

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.

Rechtskultur ist eine Zeitschrift mit europäischem Charakter.
Rechtskultur is a journal with a definite European character.
Rechtskultur est une revue à caractère européen.

The essays published in the first edition of RECHTSKULTUR stress the importance of an independent judiciary. The independence of judiciary engages the authors of the journal in various ways. On the one hand it is a legal concept of defence against external interference on judicial decisions. On the other hand it is an actual phenomenon that is threatened by the social and political position of the judge.

Rechtskultur ist strikt themenbezogen.
Rechtskultur is strictly by theme.

Rechtskultur est une revue thématisée de manière stricte.

Le thème central de cette première édition de RECHTSKULTUR est l'indépendance de la justice. Les auteurs des contributions publiées dans le présent cahier s'y intéressent sous deux aspects : d'une part, en tant que concept juridique soustrayant les décisions judiciaires à toute influence externe et, d'autre part, en tant que phénomène réel menacé par la situation sociale et politique du juge.

Rechtskultur ist transdisziplinär ausgerichtet.
Rechtskultur is a transdisciplinary endeavour.
Rechtskultur est une revue axée sur une approche interdisciplinaire.

ISBN: 978-3-86646-409-4



9 783866 464094

Rechtskultur 1
Justizgeschichte des Bürgerlichen Zeitalters / Legal history of the Bourgeois Era / Histoire de la justice à l'époque Bourgeoise

Rechtskultur 1

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte
European Journal of Legal History
Journal européen d'histoire du droit

Justizgeschichte des Bürgerlichen Zeitalters Legal history of the Bourgeois Era Histoire de la justice à l'époque Bourgeoise

Ulrike Müßig, Passau Der Kampf um die gerichtliche Selbstverwaltung in der Entstehungsgeschichte des GVG	S. 4
Matthias Kradolfer, Zürich Die „Freiherren von Regensburg“: Eine Komödie über Justiz und Politik	S. 12
Bruno Debaenst, Gent Laborers in the courtroom: from a rock to a hard place?	S. 20
Christian Thomas Huber, Neustadt Der Schutz feindstaatangehöriger Zivilisten durch deutsche Militärgerichte 1939 - 1945	S. 30
Jørn Øyrehagen Sunde, Bergen Dissenting votes in the Norwegian Supreme Court 1965-2009: A legal cultural analysis	S. 59
Katharina Theobaldy/Fabian Meyer, Regensburg Überwachen und Strafen in einem bayerischen Zuchthaus des 19. Jahrhunderts	S. 74
Sánchez de Andrés, Michuacan Die Beratungsorgane der spanischen Kolonialverwaltung 1863-1899	S. 97
Jan Dirk Harke, Würzburg Rapport de synthèse	S. 107
Marcel Senn, Zürich Debatte/debat/debate: Wozu sind Juristen auszubilden?	S. 109

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

Edition Rechtskultur

Editorial

Wer eine neue Fachzeitschrift herausgibt, muss angesichts der Flut von Zeitschriften, die dadurch weiter vermehrt wird, einen guten Grund 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, indem 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 es 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. Die nächsten Themenhefte der jährlich erscheinenden Zeitschrift werden der Methode der Rechtsgeschichte und ihrer Nachbarwissenschaften beim Umgang mit rechtshistorischen Quellen (2013), der Strafrechts- und Kriminalitätsgeschichte (2014) und der Wirtschaftsrechtsgeschichte (2015) gewidmet sein. 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. Redaktionsschluss ist jeweils der 30. August des Vorjahres. Die Schriftleitung ist an der Forschungsstelle Rechtskultur an der Universität Regensburg angesiedelt, die am besten über Email rechtskultur@ur.de zu erreichen ist.

Die Herausgeber

Impressum

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

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

Redaktion: Lehrstuhl Prof. Dr. Martin Löhnig, Universität Regensburg, rechtskultur@ur.de

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

ISBN: 978-3-86646-409-4

Preis: 39,- Euro

Abo-service: 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 are justified and do have a very good reason. There is no other journal like it out there, and there is urgent need for a journal like this one. "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 a dialogue between the nations of Europe as well as a dialogue 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@jura.uni-regensburg.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 ras-

semble 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 rechtskul-tur@jura.uni-regensburg.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)

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.¹ 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

(Kompetenz) der Gerichte zukommt; auf welchen der Staatsunterthan ein vollkommenes, aus förmlichen Gesetzen entsprungenes, von jeder Willkür unabhängiges, verfassungsmäßiges Recht hat.“² Die Schutzrichtung ist allein gerichtsextern konzipiert als Abwehr gegen Eingriffe der Exekutive oder der Legislative.³ Vor 1877 gab es weder verschiedene Spruchkörper an den Gerichten noch eine der Selbstverwaltung der Gerichte übertragene gerichtsinterne Geschäftsverteilung.⁴ 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.⁵ Demgegenüber liegt der späteren Diskussion der Ständigkeit der Spruchkörper bei den Vorarbeiten zum Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) die Konzeption der Spruchkörper als selbständige Gerichte zugrunde.⁶

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 Justizreform⁷ dokumentierte, dass in der sich

² Von Feuerbach, in: Kleine Schriften vermischten Inhalts, S. 178, 206.

³ 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.

⁴ Schorn/Stanicki, S. 11.

⁵ Von Feuerbach, in: Kleine Schriften vermischten Inhalts, S. 178, 206.

⁶ 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).

⁷ Verordnung über die Aufhebung der Privatgerichtsbarkeit und des eximierten Gerichtsstandes, sowie über die anderweitige Organisa-

¹ Sangmeister, NJW 1995, 289; Riedel, Joachim, S. 225. Zu Art. 7 rev. preußische Verf. 1850 allgemein Kotulla, S. 17 ff.

ausbildenden Kollegialverfassung auch gerichtsinterne Sicherungen der richterlichen Unabhängigkeit erforderlich sind. Statt des ständigen Einzelrichteramtes führte die Reform wechselnde Kommissionen ein,⁸ deren Zusammenstellung dem Justizminister oder dem Gerichtspräsidenten als Organen der Justizverwaltung oblagen.⁹ 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.¹⁰ 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“¹¹ durch die „flugsandartigen Kommissionen“¹² brandmarkte, war es Rudolf (von) Jhering, der vor der „Achillesferse“ der Einrichtung¹³ 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.¹⁴ 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.“¹⁵

Kurz vor dem Erscheinen Jherings „Der Zweck im Recht“, 1877 hatten im Deutschen Reichstag die Beratungen des Entwurfes des Gerichtsverfassungsgesetzes vom

29.10.1874¹⁶ begonnen. Zuvor hatte das Gesetz zur Schaffung des Bundesoberhandelsgerichts für die Staaten des Norddeutschen Bundes vom 12.6.1869¹⁷ für diesen Vorläufer des Reichsoberhandelsgerichts die Besetzung der Senate dem Gerichtspräsidenten überlassen. Der Entwurf des Gerichtsverfassungsgesetzes verkannte die von Jhering als „Achillesferse“¹⁸ 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.¹⁹ 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.²⁰

Gegen das Fehlen fester Spruchkörper und gerichtsautonomer 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 Rechtspruch berufen sind.“²¹ Denn, so Lasker weiter, sonst „werde

tion 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 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).

⁸ Diese Kommissionen sind als innergerichtliche Spruchkörper nicht zu verwechseln mit den vor 1848 bekämpften außerordentlichen (=außergerichtlichen) Kommissionen.

⁹ Die Bildung der Spruchkörper erfolgte in Zivilsachen von Jahr zu Jahr, in Strafsachen, insbesondere während des preußischen Verfassungskonfliktes, von Fall zu Fall.

¹⁰ Dazu im einzelnen Jessen, S. 384; W. Schütz, S. 150 ff.; Vossieg, S. 146.

¹¹ Gneist, S. 227.

¹² Gneist, Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, S. 527 f. Vgl. auch Reichenperger in der ersten Lesung des GVG-Entwurfes in der Reichsjustizkommission: „Denn er wünsche keine fliegenden Deputationen und wolle nicht, dass die Mißstände des gerichtlichen Deputationswesens fort dauern. Wenn die Regierung, wie in Preußen, die Mitglieder der Deputation beliebig wählen und beliebig aberufen könne, so gebe man der Justizverwaltung die Zusammensetzung des Gerichts in die Hand.“ (Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abteil., S. 600).

¹³ Von Jhering, S. 407.

¹⁴ Von Jhering, S. 407 f.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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 Charakter 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.

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

¹⁸ Von Jhering, S. 407.

¹⁹ 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.

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

²¹ 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.“

faktisch das Gericht durch Verfügungen der Verwaltung gebildet; die Richter seien zwar an den Gerichten fest angeschlossen und könnten nicht entfernt werden, innerhalb der Gerichte aber sei es die Verwaltung, welche über die Zusammensetzung entscheide.²² Unterstützung erhält Lasker durch den Zentrumsabgeordneten Ludwig Windhorst.²³ Die Notwendigkeit gerichtlicher Garantien ständiger Spruchkörper und der richterlichen Selbstverwaltung ergibt sich für den nationalliberalen Abgeordneten Rudolf Gneist aus der „doppelten Natur unseres Gerichtswesens“ in dem man „auf der einen Seite immer nur Justiz verwaltet und auf der anderen Seite immer nur Recht spricht ... Unsere Gerichte sind zum Theil Elemente der Exekutive, zum Theil selbständige Organismen. Unser Gerichtswesen beruht von jeher auf einer scharf durchgeführten Scheidung von Gerichthalten und Urtheilfinden, von Justizverwaltung und Rechtsprechung, von imperium und jurisdictio in unserem deutschen Sinne.“²⁴ Mit der Zugehörigkeit zur Rechtsprechung im Unterschied zur Justizverwaltung begründet Gneist die gerichtliche Natur der Frage nach der Ständigkeit des Richteramtes und nach der Besetzung der Spruchkörper: „Die Frage nach der ständigen Natur des Richteramtes und der gehörigen Besetzung hat niemals zur Justizverwaltung gehört, ... Die Frage, was zur gehörigen Besetzung des Gerichts gehört, ist aber eine Frage der Rechtsprechung, ist niemals abhängig gewesen von Regulativen der Minister und der Landesgesetzgebung. Die deutschen Landesherren, so lange sie eine Justizhoheit üben, sind stets verpflichtet gewesen, ihre Gerichte zu besetzen nach den allgemeinen Grundsätzen der Reichsgesetze und des gemeinen Rechts, nicht nach den Grundsätzen ihrer Justizminister und ihrer laufenden Justizverwalter.“²⁵ Daher ist für Gneist selbstverständlich, „dass die Frage nach der Besetzung des Gerichts ganz untrennbar ist von dem System der Prozeßvorschrift“,²⁶ dass eine gesetzliche

Neuordnung der Gerichtsstände und Kompetenzen nicht möglich ist, „wenn nicht zugleich die Garantien gegeben wären für die Unabsetzbarkeit, politische Unabhängigkeit des Richterpersonals ...“, wenn es im einigen Deutschland auch ferner bei den mobilen Kommissarien und mobilen Kommissionen unter dem Namen des Richteramtes bleiben soll.²⁷

In der ersten Lesung in der zuständigen Reichstagskommission, der sogenannten Reichsjustizkommission, ²⁸ vom 25.4.1875 bis 16.2.1876 beantragte Lasker, die Zusammensetzung der ständigen Kammern (Senate)²⁹ einer Kommission aus dem Präsidenten, den Vorsitzenden der Spruchkörper und aus mindestens zwei alljährlich auszulösenden Richtern zu übertragen³⁰ und die Geschäftsver-

²² Begründung des Antrags Laskers zu Tit. 4 (Landgerichte) und zu Tit. 7 (Oberlandesgerichte), zit. in: Hahn, Materialien zum GVG, I. Bd., 1. Abtheil., S. 570.

²³ Er stimmt Lasker zu, „dass es nämlich nicht zulässig ist, dass ein einzelner Mann [d.h. der Präsident als Organ der Landesjustizverwaltung] einwirke auf die Zusammensetzung des Gerichtes für einen einzelnen Fall oder auch nur für eine Reihe einzelner Fälle ... Die Senatsbildung muß geschehen vi legis nach einem festen Reglement, und zwar weder durch den Präsidenten noch durch den Justizminister.“ (Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 224). Zu Ludwig Windhorst vgl. Sellert, Windhorst, S. 10 ff.

²⁴ Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 231.

²⁵ Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 231. Vgl. auch Gneist (ibid., S. 231 f.): „Ich glaube, meine Herren, dass unser richterliches Personal sich überzeugen wird, dass wir die eigentlichen Elemente der Justizverwaltung niemals trennen können von der Landesgesetzgebung und Landeshoheit, dass wir aber auch hoffen dürfen auf Seiten der verbündeten Regierungen, dass die Herren Justizminister geneigt sein werden, die alten korrekten Grenzen ihrer eigenen Kompetenz gelten zu lassen.“ Vgl. auch Gneist, in: Protokolle der Justizkommission: „Das Landgericht [u. die anderen Kollegialgerichte] als Ganzes sei allerdings ein Gegenstand der Etatverwaltung, aber nur die Mitglieder bildeten das richterliche Kollegium; es müsse daher verlangt werden, dass gerade die Senate volle Garantien der Unabhängigkeit bieten, es könne nicht zugegeben werden, dass die Zusammensetzung derselben Verwaltungssache sei.“ (Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 2. Abtheil., S. 1040).

²⁶ Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 231.

²⁷ Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 231. Vgl. auch die Stellungnahme des württembergischen Abgeordneten Römer, in: Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abteil., S. 249 f.: „Auch durch gleichmäßige Unabhängigkeit des Richters tandes ist die Anwendung der Gleichmäßigkeit des Rechtes wesentlich bedingt.“ Nach Römers Stellungnahme garantiert erst die Ausdehnung der festen Spruchkörpergliederung des Reichsgerichts auf die kollegialen Untergerichte die richterliche Unabhängigkeit im vollen Umfang.

²⁸ Eingesetzt durch Gesetz betreffend die geschäftliche Behandlung der Entwürfe eines Gerichtsverfassungsgesetzes, einer Strafprozeßordnung und einer Civilprozeßordnung, sowie der zugehörigen Einführungsgesetze vom 23.12.1874 (Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 274 ff.), beschlossen auf den Antrag von Lasker u.a. hin am 23.11.1874 (Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 270). Die Kommissionsverhandlungen dürfen zwischen den Reichstagssessionen erfolgen. Aufzählung der Mitglieder dieser XI. Kommission des Reichstags, bei: Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 274 f. Anm. 1. Die erste Lesung der Entwürfe der Reichsjustizgesetze beginnt in der Reichsjustizkommission am 26.1.1875, wobei die Beratungen zum GVG-Entwurf erst in der 89. Sitzung am 25.4.1875 beginnen.

²⁹ Antrag Laskers zu Tit. 4 (Landgerichte) und zu Tit. 7 (Oberlandesgerichte), II Nr. 2: „Bei der ersten Einrichtung der Gerichte werden die Mitglieder derselben in die einzelnen Kammern (Senate) vertheilt.“ Die Ständigkeit der Spruchkörper betont die im Lasker-Antrag II Nr. 4 2. Abs., 3. Abs. vorgesehene Regelung der ständigen Spruchkörpermitglieder, der Vertretung und Nachfolge im Voraus für das Gerichtsjahr. Antrag II Nr. 4 2. Abs.: „In gleicher Weise bezeichnet die Kommission in jedem Jahr vor dem Beginn des Geschäftsjahres die ständigen Mitglieder und die für den Fall ihrer Behinderung erforderlichen Vertreter auf die Dauer des Geschäftsjahres.“ Antrag II Nr. 4 3. Abs.: „Scheidet während eines Geschäftsjahres ein Mitglied aus dem Gericht aus, so nimmt der für die erledigte Stelle berufene Richter den durch das Ausscheiden erledigten Platz in der Kammer (dem Senat) ein.“ Antrag II Nr. 5 regelt die Vertretung des Spruchkörpervorsitzes, der in Antrag II, Nr. 1 als ständiger Vorsitz konzipiert ist. (Hahn, Materialien zum GVG 1879, I, 1. Abteil., S. 570). Die in Antrag II Nr. 3 vorgesehene jährliche Rotation in der Zusammensetzung als Vorgabe für feste Einteilung der Spruchkörper im Voraus für ein Gerichtsjahr ist eine auch heute noch aktuelle Forderung (vgl. Zuck, NJW 1986, 986 f.)

³⁰ Antrag Laskers II Nr. 4. 1. Abschnitt (Hahn, Materialien zum GVG 1879, I, 1. Abtheil., S. 570). Lasker hält fest an der kollegialen Einbindung des Präsidenten in die Kommission oder das Plenum: „Der Hauptnachtheil liege in dem zu weit ausgebildeten Präsidialprinzip, welches den Präsidenten als einen Verwaltungsbeamten zum Herrn über die Richter macht.“ (Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 574) Vgl. auch Lasker ibid., S. 611: „Nicht ein Mißtrauen gegen den Präsidenten sei das Motiv, sondern die Erwägung, dass die Vertheilung der Mitglieder durch einen Mann keine ausreichende Sicherheit gewähre und die fernere Erwägung, dass im Interesse des Richterstandes jedes Präsidialsystem über die Mitglieder, und schon der Schein einer solchen Herrschaft vermieden, das Präsidialamt auf wirkliche Angelegenheiten der äußeren Verwaltung und Leitung eingeschränkt werden müsse.“

teilung dem Plenum der Richter zu überlassen³¹. „Der Schutz, welcher durch unabhängige Richter gewährt werde“, - begründete Lasker seinen Antrag - „gehe verloren, wenn es die Verwaltung in der Hand habe, für die einzelnen Kategorien von Rechtssachen diejenigen Richter auszusuchen, von denen vermöge ihrer Anschauung oder Gesinnung zu erwarten sei, dass sie nach einer bestimmten Richtung hin Recht sprechen würden.“³² Mit der Bedeutung der gerichtlichen Selbstverwaltung der Geschäftsverteilung für die richterliche Unabhängigkeit schließt Lasker die Begründung seines Antrages ab: „Daß die Vertheilung der Geschäfte unter die einzelnen Kammern durch das Gericht erfolge, sei für die Unabhängigkeit desselben ebenso wichtig, wie die Bildung der Kammern durch das Gericht; durch die Abänderung der Geschäftsverteilung könne der Zweck der Kammerbildung vereitelt werden.“³³ In der Abstimmung der Reichsjustizkommission über Laskers Antrag am 13.1.1876³⁴ erhoben sich zur Genugtuung des Abgeordneten Reichensperger³⁵ keine Gegenstimmen. Die Entwurffassung der Reichsjustizkommission³⁶ sah in § 46e die Geschäftsverteilung durch das Plenum und in § 46 f die Kammerbesetzung durch eine Kommission aus Präsidenten und zwei gewählten Richtern vor. In der Bundesratsberatung im April 1876 wurden §§ 46e, f der Entwurffassung der Reichsjustizkommission nicht beanstandet.³⁷

Erst in der zweiten Lesung in der Reichsjustizkommission vom 11.5.1876 bis 28.10.1876 verwarfen die Vertreter der im Bundesrat verbündeten Regierungen die Kommissionsbeschlüsse zur gerichtlichen Selbstverwaltung in §§ 46e, f und bestanden - unter ausdrücklicher Anerkennung der Ständigkeit der Kammerbesetzung und der Geschäftsverteilung³⁸ - auf einer Entscheidungskompetenz der Landesjustizverwaltung im Einvernehmen mit dem Landgerichtspräsidenten.³⁹ Durch die Entwurffassung der Reichsjustizkommission „ziehe sich wie ein roter Faden sein Mißtrauen gegen die Justizverwaltung“⁴⁰ empföhrte sich wortführend der preußische Justizminister Leonhardt. Demgegenüber beschwor Lasker, unterstützt von Gneist,⁴¹ unter Hinweis auf Beispiele aus Preußen „über willkürliche Verschiebungen des Richterpersonals zur Erreichung einer bestimmten Besetzung eines Gerichts“⁴² die gerichtliche Selbstverwaltung als „für eine sichere Rechtspflege unabweisbar“⁴³. Um den Bedenken der Bundesregierungen entgegenzukommen, einigte sich die Kommission auf das Präsidium aus Präsidenten, Spruchkörpervorsitzenden und dienstältestem Richter als gerichtliches Selbstverwaltungsorgan für Geschäftsverteilung und Kammerbesetzung.⁴⁴ In §§ 47c, d der Entwurffassung nach der zweiten Lesung⁴⁵ wurde diese Konzeption, die sich in §§ 62, 63 der Gesetzesfassung durchsetzen sollte, dem Reichstag zur zweiten Plenumsberatung vom 17.-25.11.1876 zugeleitet. Die Vorrangigkeit ständiger Spruchkörper und selbstverwalteter Ge-

³¹ Antrag Lasker II Nr. 6: „Die Vertheilung der Geschäfte unter die einzelnen Kammern (Senate) erfolgt durch Beschluss des Gerichts in einer Plenarsitzung aller Mitglieder. Hierbei soll möglichst darauf Rücksicht genommen werden, dass in jeder Zivilkammer (jedem Zivilsenat) die Gesamtheit der den Zivilkammern (Zivilsenaten) übertragenen Geschäfte vertreten ist. Innerhalb der einzelnen Kammern (Senate) verteilt der Vorsitzende die Geschäfte auf die einzelnen Mitglieder.“ (Hahn, Materialien zum GVG 1879, I, 1. Abtheil., S. 570).

³² Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 570. Vgl. die weitere Begründung Laskers (ibid.): „Die Zusammensetzung der Kammern solle in einer Weise erfolgen, dass die Verwaltung keinen Einfluß darauf habe.“

³³ Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 570.

³⁴ In der Abstimmung wird Laskers Antrag angenommen bis auf die Ablehnung von II Nr. 3 (jährliche Rotation) und die Modifizierung der Kommissionsbesetzung in II Nr. 4 aus dem Präsidenten und zwei gewählten Richtern (Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 577).

³⁵ Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 575. Auch Reichensperger vertritt das Anliegen der Ständigkeit der Spruchkörper: „Denn er wünsche keine fliegenden Deputationen und wolle nicht, dass die Mißstände des gerichtlichen Deputationswesens fort dauern. 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. Abtheil., S. 600).

³⁶ Auf Vorschlag der Redaktionskommission werden in der Sitzung der Reichsjustizkommission vom 19.2.1876 die §§ 46-49 des Regierungsentwurfes ersetzt durch §§ 46 a-m. (Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 697 f. und Anh., S. 1684 f.).

³⁷ Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 2. Abtheil., S. 994. Vgl. bereits die Stellungnahmen der Vertreter des Bundesrates, des Reichskanzleramtes und der verbündeten Regierungen in der ersten Lesung in der Reichsjustizkommission. Der Direktor im Reichskanzleramt von Amsberg, Kommissar des Bundesrates, beispielsweise sieht die Akzeptanz der Ständigkeit der Spruchkörper und der gerichtlichen Selbstverwaltung der Spruchkörperbesetzung und der Geschäftsverteilung. Abweichend votiert er für eine Kommission aus Präsidenten und Spruchkörper als gerichtliches Gremium für die Besetzungsentscheidung und für die Geschäfts-

verteilung (Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 573 f.). Vgl. auch der königl. preuß. Geheime Justizrat Schmidt: „Die preußische Regierung lege, so viel ihm bekannt, kein großes Gewicht darauf, dass die Zusammensetzung der Kammern der Justizverwaltung vorbehalten bleibe.“ (Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 575).

³⁸ Amsberg, in Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 799.

³⁹ Von Kohlhaas, in Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 794 f.; Loë, in Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 795 f.

⁴⁰ Hahn, Materialien zum GVG 1879, I, 2. Abtheil., S. 1037.

⁴¹ Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 798.

⁴² Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 797.

⁴³ Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 796. Vgl. weiter Lasker (ibid., S. 797): „Man habe allmählich erkannt, dass die Justizpflege nach ganz besonderen Rücksichten verwaltet werden müsse, wenn sie unabhängig sein solle ... Die Kommission wolle Institutionen für die Verbürgung der Unabhängigkeit der Justizpflege an Stelle der Verantwortlichkeit des Ministers oder der Ministerialräthe setzen. Nur durch solche Institutionen sei die Unabhängigkeit garantiert ... Die Souveränität des Landesfürsten mache Halt vor den Gerichten, aber die Herrschaft des Ministers und Ministerialraths soll fortbestehen! Dies entspreche nicht der geschichtlichen Entwicklung, welche die völlige Unabhängigkeit der Gerichte als ein Grundprinzip in das moderne Leben eingeführt habe ... Ohne solche grundgesetzliche Institutionen gebe die Organisation nur den Schein selbständiger, jeder Beeinflussung entrückter Gerichte. Besonders die großen, und unter ihnen die höchsten und höchsten Kollegien liefern ausreichendes Personal zu tendenziösen Kombinationen, so dass mit den gewissenhaftesten Richtern einseitige Rechtspraxis erzielt werden könne.“

⁴⁴ Antrag des Abgeordneten Struckmann, in: Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 794. Konzilient hierzu Lasker, in Hahn, ibid., I. Bd., 1. Abtheil., S. 797. Der Widerstand der Bundesregierungen in der zweiten Kommissionslesung konzentrierte sich gegen die richterliche Selbstverwaltung und den Ausschluss des Einflusses der Justizverwaltung.

⁴⁵ Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 2. Abtheil., S. 1058. Hahn, Materialien zum GVG 1879, Anh., S. 1687 f.

schäftsverteilung zur gerichtswirtschaftlichen Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit⁴⁶ ist auch in der Begründung zur Beschlussfassung der Reichsjustizkommission im Bericht⁴⁷ und den Protokollen der Kommission⁴⁸ dokumentiert.

Die Priorität der gerichtswirtschaftlichen richterlichen Unabhängigkeit wurde auch in der zweiten Plenumsberatung vom 17.-25.11.1876⁴⁹ im Reichstag vom Kommissionsvorsitzenden Miquel betont: „Das Ziel, welches die Kommission erreichen wollte, war die Ausschließung der entscheidenden Einwirkung der Landesjustizverwaltung auf die Bildung der Senate, auf die Vertheilung der Geschäfte und der Personen in dieselben und auf das Präsidium in den einzelnen Senaten. Man wollte ausschließen die Möglichkeit der Einwirkung auf die Konstruktion der Gerichte für die einzelnen Fälle nicht bloß, sondern auch für die Rechtsmaterien überhaupt.“⁵⁰ Daran anschließend stellte Lasker in der dritten Plenumsberatung vom 18.-21.12.1876 im Reichstag heraus, „dass fortan die Zusammensetzung der Gerichtsabtheilungen, der Kommissionen und Senate nicht mehr von der Regierung abhängt, sondern von den Gerichten selbst vollzogen wird, ... bezeichne ich im innersten Kern der Rechtspflege als einen ungemainen Fortschritt.“⁵¹

Der Reichsjustizkommission und federführend Lasker ist es schließlich gelungen, mit der am 21.12.1876 im Reichstag angenommenen Regelung der §§ 62, 63 GVG⁵² (=§§ 47c, d der Entwurffassung nach der zweiten Le-

sung), auf reichsgesetzlicher Ebene die Ständigkeit der Spruchkörper und der Geschäftsverteilung in richterlicher Selbstverwaltung durchzusetzen, - als „grundgesetzliche Institutionen“ in Gestalt von „Sicherungsmomenten, die zum Schutz gegen eine rechtswidrige Einflußnahme auf die Gerichte in deren Organisation selbst verlegt worden seien.“⁵³

Diese Errungenschaft genereller Regeln für die innere Organisation der Gerichte, für die Ständigkeit und die Zusammensetzung der Spruchkörper ebenso wie für die Verteilung der Geschäfte wurde 1879 noch nicht als eine Erweiterung der Garantie des gesetzlichen Richters um die persönliche Komponente „des zur Entscheidung im Einzelfall berufenen Richters“⁵⁴ gefeiert, sondern, ganz im Sinne Jherings, als Sicherung der persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit des Richters.⁵⁵

Denn die Konzeption der Garantie des gesetzlichen Richters beschränkt sich in den Arbeiten am GVG auf den gerichtswirtschaftlichen Schutzbereich. Dies dokumentieren die Beratungen zu § 5 GVG. § 5 des Regierungsentwurfes vom 29.10.1874 regelt: Ausnahmegerichte sind unstatthaft. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Die gesetzlichen Bestimmungen über Kriegsgerichte und Standrechte werden hiervon nicht berührt.⁵⁶ In der allgemeinen Begründung des Entwurfes⁵⁷ sprechen die Motive des Regierungsentwurfes die Frage des gesetzlichen Richters nur im Zusammenhang mit den unterschiedlichen Verfassungen der Kollegialgerichten in den Einzelstaaten an: „Volle Übereinstimmung besteht ferner in allen deutschen Gesetzgebungen darin, dass die Gerichte höherer Instanz eine kollegiale Verfassung haben, welche freilich mannigfach geregelt ist: - bald sind die Fälle, in denen das ganze Kollegium zu entscheiden hat, gesetzlich festgestellt, und für die Zusammensetzung einzelner Theile (Senate) der Kollegien bestehen bestimmte Grundsätze, nach denen die Theilnahme jedes Einzelnen von vornherein feststeht, - bald ist nur die Zahl gesetzlich fixirt, die bei einer Entscheidung mitzuwirken hat, hin und wieder nur so, dass eine Mindestzahl bestimmt ist, bald fehlt es auch hierüber an jeder Vorschrift.“⁵⁸ Die besondere Begründung zu § 5 des Entwurfes eines Gerichtsverfassungsgesetzes vom 29.10.1874 formuliert die gerichtswirtschaftliche Schutzrichtung: „jede

⁴⁶ „Die Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Einsicht der Gerichte [habe] ihre Grundlage jedenfalls vorzugsweise in den gesetzlichen Garantien der Stellung der Richter und der Zusammensetzung der Gerichtsbehörden.“ (Bericht der Reichsjustizkommission, in: Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 2. Abtheil., S. 928). „Die erste Rücksicht bestehe ... darin, dass unabhängige Gerichte hergestellt werden ... Alle Bestimmungen über die Unversetzbarkeit der Richter seien ohne Werth, wenn man der Justizverwaltung die Befugnis gebe, einen bestimmten Richter wegzuschaffen und einen anderen an dessen Stelle zu setzen.“ (Lasker, in: Protokolle der Justizkommission, Bericht der Reichsjustizkommission, in: Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 2. Abtheil., S. 1036).

⁴⁷ Bericht der Reichsjustizkommission, in: Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 2. Abtheil., S. 952 ff.

⁴⁸ Protokolle der Reichsjustizkommission, in: Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 2. Abtheil., S. 1036 ff. Vgl. Marquardsen, in: Protokolle der Justizkommission (Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 2. Abtheil., S. 1041): „Nach seiner Überzeugung sei der Haupt Gesichtspunkt der, die Justizverwaltung hier nicht in willkürlicher Weise eingreifen zu lassen, sondern der Justiz, den Gerichten selber die betreffende Feststellung zu gewähren.“

⁴⁹ Annahme der §§ 47c, d der Entwurffassung nach der zweiten Lesung in der Abstimmung bei Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 2. Abtheil., S. 1221.

⁵⁰ Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 2. Abtheil., S. 1220.

⁵¹ Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 2. Abtheil., S. 1523.

⁵² Zustimmung des Bundesrates am 22.12.1876, Ausfertigung am 27.1.1877; Verkündung im Reichsgesetzblatt am 7.2.1877; in Kraft getreten am 1.10.1879: §§ 62, 63 GVG i.d.F. vom 10.10.1879 bestimmt Geschäftsverteilung und Spruchkörperbesetzung durch Präsidium. Im GVG n.F. sind §§ 61-69 GVG a.F. weggefallen, jetzt § 21e GVG. Vgl. die Kommentierung der §§ 62, 63 GVG i.d.F. vom 10.10.1879 bei Hauck, §§ 61-67, S. 101 f.: „Die Jahreseinteilung ist eine dreifache: die allgemeine Geschäftsverteilung, die Aufstellung der ständigen Kammermitglieder und die Bezeichnung der Stellvertreter für Verhinderung ständiger Kammermitglieder. Die Einteilung, deren konkreter Modus im Ermessen des Präsidiums liegt, „muß, um dem Gesetze zu entsprechen, ... so bestimmt und klar sein, dass der einzelne Rechtsfall schon im Voraus seine bestimmte Kammer hat.“

⁵³ Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 803.

⁵⁴ BVerfG, Beschluss vom 24. 3. 1964, BVerfGE 17, 294. vgl. auch Betermann, AöR 94 (1969), 263, 274.

⁵⁵ Tophoff, S. 5 ff.; Sangmeister, NJW 1995, 290. Abweichende Wertung bei Kern, Eduard, Gerichtsverfassung, S. 102: „Mit der Unabhängigkeit der Gerichte hat das GVG nichts Neues gebracht. Auch die wichtigste Auswirkung des Grundsatzes der Ständigkeit: das Verbot, jemand seinem gesetzlichen Richter zu entziehen, ist schon vorher durchweg rechtens gewesen. Dagegen ist die Ständigkeit noch weiter ausgebaut und die Selbstverwaltung neu eingeführt worden.“

⁵⁶ Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 4. Kriegs- und Standgerichte i.S. des Satzes 3 sind Ausnahmegerichte, da sie außerhalb des allgemein geordneten Gerichtsstandes eingreifen, sie sind aber keine Ausnahmegerichte für Einzelpersonen oder Einzelfälle, da sie für jeden den allgemeinen Bestimmungen des Kriegszustandes oder der Standrechte Unterworfenen zuständig sind.

⁵⁷ Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 24 ff.

⁵⁸ Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 26 f.

Willkür der Staatsverwaltung auszuschließen, kraft welcher diese sich veranlaßt sehen könnte, an Stelle des ein für alle Mal durch das Gesetz bestimmten Gerichts ein anderes zu setzen.⁵⁹ Nach dem Kontext ist nicht nur jede Willkür der Exekutive durch ausnahmsweise Zuweisung eines gesetzlich nicht zuständigen Richters ausgeschlossen, sondern auch willkürliches Eingreifen der Judikative und der Legislative.⁶⁰ Darüber hinaus ist die Zuständigkeitsregelung der einzelstaatlichen Gesetzgebung entzogen.⁶¹ Der rein gerichtsexterne Schutzinhalt erschöpft sich nach den Motiven in der von Jhering als ungenügend kritisierten „prozessualische[n] Gebundenheit“⁶²: „durch die in dem Gerichtsverfassungsgesetze gegebenen Normen über die sachliche Zuständigkeit ... und durch die in den Prozeßordnungen enthaltenen Bestimmungen über die persönliche Zuständigkeit. Die Stellung des so ermittelten gesetzlichen Richters ... darf gegen den Willen der ihm unterstellten Personen nicht durch irgendwelche Willkür verrückt werden.“⁶³ Bestätigt wird die gerichtsexterne Schutzrichtung durch die Dispositionsmöglichkeiten der Prozeßparteien.⁶⁴

Zu § 5 findet in der ersten Plenumsberatung des Reichstags am 24. und 25.11.1874 keine Diskussion statt. Die diskussionslose Akzeptanz demonstriert den an Art. X § 175 der Paulskirchenverfassung vom 28.3.1849 orientierten gerichtsexternen Schutzgehalt. In der ersten Lesung in der Justizkommission vom 25.4.1875-16.2.1876 werden nur Änderungsanträge zu § 5 S. 3, die Kriegs- und Standgerichte betreffend, diskutiert,⁶⁵ im übrigen § 5 des Entwurfes diskussionslos angenommen.⁶⁶ Auch in der zweiten Lesung in der Justizkommission vom 11.5.1876-28.10.1876 konzentriert sich die Diskussion in der Justizkommission auf die Kriegs- und Standgerichte im Satz 3 des § 5 des Entwurfes.⁶⁷

In der zweiten Plenumsberatung im Reichstag vom 17.11.-25.11.1876⁶⁸ und in der dritten Plenumsberatung vom 18.-21.12.1876 wird § 5 Kommissionsentwurf nach erster und zweiter Lesung diskussionslos angenommen. Dies verstärkt noch den Eindruck der Kontinuität mit der Paulskirchenverfassung vom 28.3.1849. Als § 16

GVG wird die unveränderte Entwurffassung des § 5 am 21.12.1876 verabschiedet: Ausnahmegerichte sind unstatthaft. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Die gesetzlichen Bestimmungen über Kriegsgerichte und Standrechte werden hiervon nicht berührt.⁶⁹ Verfassungsrechtlich hatte § 16 GVG keine Entsprechung in der Reichsverfassung vom 16.4.1871, die keine Grundrechte enthielt. Art. 105 Reichsverfassung vom 11.8.1919 übernahm die gerichtsexterne Schutzrichtung des § 16 GVG und erhob die einfachgesetzliche Bestimmung ohne inhaltliche Änderung in fast übereinstimmender sprachlicher Fassung zum Verfassungsgrundsatz.⁷⁰

Die Errungenschaft der richterlichen Selbstverwaltung in §§ 61-65 GVG a.F. im gerichtsinernen Bereich verwehrte den Landesregierungen Einfluß auf die Zusammensetzung der Spruchkörper und auf die Geschäftsverteilung.⁷¹

Weder die Bundesratsvorlage vom 15.5.1885 noch die Bundesratsvorlage vom 6.12.1894 zur Beseitigung der Präsidien und zur Übertragung der Geschäftsverteilung auf die Justizverwaltung⁷² waren im Reichstag erfolgreich.⁷³ Bis zur Machtergreifung wurde die richterliche Selbstverwaltung als gerichtsinernes Komplementärstück der richterlichen Unabhängigkeit bewahrt. Erst der Nationalsozialismus missachtete die richterliche Selbstverwaltung und griff lenkend in die Justiz ein: Die Verordnung zur einheitlichen Regelung der Gerichtsverfassung vom 20.3.1935⁷⁴ ermächtigte den Reichsminister der Justiz, Grundsätze für die Verteilung der Geschäfte bei den Amts-, Land- und Oberlandesgerichten aufzustellen. Das Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 28.6.1935⁷⁵ ersetzte die vereinigten Senate beim Reichsgericht durch große Senate, deren Besetzung der Reichsjustizminister bestimmte. Das Gesetz über die Geschäftsverteilung bei den Gerichten vom 24.11.1937⁷⁶ übertrug die Geschäftsverteilung und Spruchkörperbesetzung auf den Präsidenten, der die gerichtsinernen Verwaltungsaufgabe nicht mehr unter dem Schutz seiner richterlichen Unabhängigkeit, sondern als weisungsgebundener „Funktionär der Justizverwaltung“⁷⁷ wahrnehmen sollte. Parallel wurde die richterliche Unabhängigkeit im gerichtsexternen Bereich diffamiert: „Zur weiteren Verständlichmachung ... muß mit zwei Vorstellungen aufgeräumt werden, die aus der Vergangenheit noch unser Denken belasten ... Der zweite überkommene ... Begriff ist der des zuständigen (gesetzlichen) Richters

⁵⁹ Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 64.

⁶⁰ Hauck, § 16, S. 39.

⁶¹ „Die durch das Reich bestimmte Ordnung der Gerichte darf nur reichsgesetzlich, nicht mehr staatsgesetzlich verrückt werden.“ (Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 64).

⁶² Von Jhering, S. 407.

⁶³ Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 64.

⁶⁴ „Diese Möglichkeit einer Parteieinwirkung auf die Zuständigkeit setzt § 5 voraus und läßt sie bestehen: nur entzogen werden soll Niemand seinem gesetzlichen Richter.“ (Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 64.) Vgl. auch die Zuständigkeitsentscheidung durch übergeordnete Instanz (Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 64).

⁶⁵ § 5 S. 3 i.d.F. des Kommissionsentwurfes, erste Lesung lautet: „Die für dem Fall der Kriegsgefahr, des Krieges, des erklärten Kriegs- (Belagerungs-) Zustandes oder innerer Unruhen (Aufbruchs) bestehenden gesetzlichen Bestimmungen über Kriegsgerichte und Standrechte werden hiervon nicht berührt.“ (Erste Lesung in der Reichsjustizkommission vom 25.4.1875-16.2.1876, Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 422).

⁶⁶ Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 286.

⁶⁷ Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abtheil., S. 759 f.

⁶⁸ Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 2. Abtheil., S. 1172.

⁶⁹ RGBl. 1877, 41. Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 2. Abtheil., S. 1783.

⁷⁰ RG, Urteil vom 5.10.1921, RGSt 56, 161, 164: „Der Art. 105 stimmt in seinen ersten 3 Sätzen fast wörtlich mit dem § 16 GVG überein, enthält also kein neues Recht, sondern erhebt diese Vorschriften nur zu einem Verfassungsgrundsatz.“ Dazu auch Kern Eduard, Ausnahmegerichte, S. 5. Vgl. auch Menzel, 88 ff.

⁷¹ Kern, Eduard, Gerichtsverfassungsrecht, S. 133.

⁷² Zit. bei Bockelmann, JZ 1952, 642.

⁷³ Kern, Eduard, Gerichtsverfassung, S. 128.

⁷⁴ RGBl. 1935 I, 403.

⁷⁵ RGBl. 1935 I, 844.

⁷⁶ RGBl. 1937 I, 1286.

⁷⁷ RGBl. 1937 I, 1286.

... Jeder Richter ist da zuständig, wo und wann ihn die Führung und kraft Ermächtigung der Führung andere Stellen ansetzen zu müssen glauben.⁷⁸ Außerhalb der allgemeinen Gerichtsverfassung errichtete der NS-Unrechtsstaat durch Verordnung vom 21.3.1933 Sondergerichte⁷⁹, deren richterliche Willkür par excellence im Volksgerichtshof kulminiert.

III. Ausblick auf die Erweiterung der Verfassungsgarantie auf den gerichtlichen Bereich nach 1945

Nach der Zäsur 1945 für die Gerichtsgewalt des deutschen Volkes gem. Art. 1 Nr. 1 MilRegGes. Nr. 2 betonte die Kontrollratsproklamation Nr. 3 vom 20.10.1945 als „Grundsätze für die Umgestaltung der Rechtspflege“ die „Abschaffung der Hitlerschen Ausnahme- und Sondergerichte“,⁸⁰ bevor das Besatzungsstatut vom 12.5.1949 für die westlichen Besatzungszonen die Gerichtsgewalt dem deutschen Volk zurückgab. In der britischen Besatzungszone wurde die Präsidialverfassung i.S.d. §§ 61-64 GVG a.F. durch die Verordnung des Präsidenten des Zentraljustizamtes vom 27.9.1948 wiedereingeführt und das NS-Gesetz über die Geschäftsverteilung bei den Gerichten vom 24.11.1937 ausdrücklich aufgehoben. Durch das bundesdeutsche Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts (REinhG) vom 12.9.1950⁸¹ wird das NS-Gesetz über die Geschäftsverteilung bei den Gerichten vom 24.11.1937 für das ganze Bundesgebiet aufgehoben. Nach der amtlichen Begründung stellt das REinhG vom 12.9.1950 im Kern den Rechtszustand vor 1933 wieder her. Nur die Wertschätzung der innergerichtlichen Unabhängigkeit gegen justizfremde Eingriffe hat sich geändert: Die verfassungsrechtliche Garantie des gesetzlichen Richters in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vom 23.5.1949 umfaßt anders als ihre Vor-

läufer⁸² auch den gerichtlichen Bereich.⁸³ Im diesem Sinne wird das grundrechtsgleiche Recht des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG weit ausgelegt⁸⁴ und erfordert die abstrakte Vorherbestimmung nicht nur des Rechtsweges und des zuständigen Gerichtes als organisatorische Einheit durch Gesetz, sondern erfordert auch innerhalb des Gerichtes die abstrakte Vorherbestimmung des zur Entscheidung berufenen Spruchkörpers und des konkret zur Mitwirkung bei der Entscheidung berufenen Richters durch den Geschäftsverteilungsplan.⁸⁵ Der gesetzliche Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG hat anders als im Sprachgebrauch Feuerbachs richtungsweisender Definition⁸⁶ eine gerichtsexterne⁸⁷ und eine gerichtliche⁸⁸ Bedeutungsebene.

IV. Schluss

Die nach 1945 neue Einbeziehung des gerichtlichen Schutzbereiches in die Garantie des Art. 101 GG wird durch die Diskussion um die Auswahl der mitwirkenden Richter aus einem überbesetzten Spruchkörper eindringlich illustriert.⁸⁹ Der historische Gesetzgeber des GVG von 1877 hat die Überbesetzung nicht für die einzelnen Spruchkörper, sondern nur für das Gericht als ganzes im Rahmen der Hilfsrichterproblematik erörtert.⁹⁰ Das Reichsgericht hat aus der erweiterten Beset-

⁷⁸ Jaeger, S. 95.

⁷⁹ Besondere Zuständigkeit der Sondergerichte für die in der Verordnung gegen Verrat am Deutschen Volke und hochverräterische Umtriebe (RGBl. 1933 I, 83) und der Verordnung zur Abwehr heimtückischer Angriffe gegen die Regierung der nationalen Erhebung (RGBl. 1933 I, 135) aufgeführten Delikte. Erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit des Volksgerichtshofes zur Aburteilung von Hochverrats- und Landesverratsachen (Art. III des Gesetzes zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens vom 24.4.1934, RGBl. 1934 I, 341, 345 f.). Schon die Wortwahl ist symptomatisch für das Unrecht.

⁸⁰ III., Kontrollrat, Proklamation Nr. 3 (Grundsätze für die Umgestaltung der Rechtspflege) vom 20.10.1945, zit. in: Sammlung des Alliierten Kontrollrates, K. Der III. Grundsatz lautet: „Der Volksgerichtshof, die Gerichte der Nationalsozialistischen Arbeiterpartei und die Sondergerichte sind aufgehoben. Ihre Wiederherstellung ist verboten.“ Die Einleitung erklärt: „Mit der Ausschaltung der Gewaltherrschaft Hitlers durch die Alliierten Mächte ist das terroristische System der Nazigerichte abgeschafft worden. An seiner Stelle muß eine Rechtspflege treten, die sich auf die Errungenschaften der Demokratie, Zivilisation und Gerechtigkeit gründet. Der Kontrollrat verkündet die folgenden Grundsätze für die Wiederherstellung der Rechtspflege. Sie haben für ganz Deutschland Geltung.“ Die Grundsätze umfassen neben dem zitierten dritten Gleichheit vor dem Gesetz (I), Gewährleistung der Rechte des Angeklagten (II), Unabhängigkeit des Richters (IV). Die Schlußbestimmungen (V) regeln: „Ordentliche deutsche Gerichte nach Maßgabe ihrer Rangordnung werden im Einklang mit dieser Proklamation in Deutschland die Rechtspflege ausüben.“

⁸¹ BGBl. 1950 I, 455.

⁸² Vgl. die vorangehende Darstellung, insbes. Art. X § 175 (Abschnitt VI: Die Grundrechte des deutschen Volkes) der Reichsverfassung vom 28.3.1849.

⁸³ Statt vieler: Geiger, SJZ 1952, 708, 710: Die in der Präsidialverfassung der §§ 61-64 GVG a.F. verkörperte richterliche Selbstverwaltung „schließt aus, dass die Verteilung der richterlichen Geschäfte von unsächlichen Motiven beeinflusst wird und gibt die Gewähr, dass niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen wird.“

⁸⁴ Degenhart, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, S. 86 ff. Rn. 17 ff.; Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 101, Rn. 11 ff.

⁸⁵ BVerfG, Beschluss vom 24. 3. 1964, BVerfGE 17, 294, 298 f.; BVerfG, Beschluss vom 30.3.1965, BVerfGE 18, 423, 425; BVerfG, Beschl. vom 28.4.1971, BVerfGE 31, 47, 54; BVerfG, Beschl. vom 3.12.1975, BVerfGE 40, 357, 360 f.

⁸⁶ Von Feuerbach, in: Kleine Schriften vermischten Inhalts, S. 178, 206: „Juge naturel, natürlicher, ordentlicher Richter ist der gesetzliche, d.h. der vom Gesetz bezeichnete, mit andern 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 Gesetzen entsprungenes, von jeder Willkür unabhängiges, verfassungsmäßiges Recht hat.“

⁸⁷ Betrifft das Gericht als organisatorische Einheit. Vgl. nachfolgend 1. Teil 5. Kapitel § 9; 2. Teil 1. Kapitel; 3. Teil 1. Kapitel § 15 I, 2. Kapitel § 18 I, § 19 I, § 20 I.

⁸⁸ Betrifft den Spruchkörper als erkennendes Gericht und die konkret an der Entscheidung mitwirkenden Richter. Vgl. nachfolgend 1. Teil 5. Kapitel § 10; 2. Teil, 2. Kapitel; 3. Teil 1. Kapitel § 15 II, 2. Kapitel § 18 II, § 19 II, § 20 II.

⁸⁹ Die Darstellung des gerichtlichen Schutzbereiches wird auf die Überbesetzungsproblematik beschränkt, da sich hier die Einbeziehung des gerichtlichen Schutzbereiches in die Garantie des Art. 101 GG beispielhaft darstellen läßt. Zu weiteren gerichtlichen Inhalten der Gewährleistung des gesetzlichen Richters s. vgl. statt vieler Benda/Weber, ZZP 96 (1983), 285, 289 f.

⁹⁰ Der Hilfsrichter ist von der Landesjustizverwaltung bestimmter Vertreter, der nicht Mitglied des Gerichts ist. Dazu Lasker: „Bei den obersten Gerichten lasse sich durch eine reichere Stellenzahl, als die gewöhnliche Erledigung der Geschäfte erfordere, dem Mißstande vorbeugen. [Arbeitsunfähigkeit eines Kollegiums wegen Verhinderung eines Mitgliedes] Für die sämtlichen Gerichte aber sei eine solche Schöpfung von Mehrstellen und durchführbar ... Für diese Fälle wolle er der Landesjustizverwaltung die Befugnis ein-

zung der Strafkammer in der Hauptverhandlung gem. § 77 GVG i.d.F. vom 27.1.1877⁹¹ eine Zustimmung des historischen Gesetzgebers zur Überbesetzung von Spruchkörpern abgeleitet.⁹² Nach der in § 77 GVG i.d.F. vom 27.1.1877 vorgesehenen Regelung der Kammerbesetzung⁹³ entschied die Strafkammer in der Hauptverhandlung in der Regel mit 5 Mitgliedern, ausnahmsweise⁹⁴ nur mit 3 Mitgliedern. Die hierbei auftretende Besetzungsproblematik der reduzierten Richterbank wurde in der Justizkommission nicht diskutiert.⁹⁵ Die Überbesetzung kollegialer Spruchkörper wurde in der Folgezeit allgemeine Praxis. Gegen eine Überbesetzung ohne abstrakte Besetzungsregeln regte sich nur vereinzelt Widerspruch⁹⁶, darunter auch des Kammergerichts⁹⁷. Das Reichsgericht beanstandete diese Besetzungspraxis jedoch nicht, solange sie die Spruchkörper nicht vorsitzlos werden ließ.⁹⁸

Die Ausdehnung der Verfassungsgarantie des gesetzlichen Richters auf die Richter, die im Einzelfall zur Entscheidung berufen sind, ist durch den Beschluss der Vereinigten Großen Senate des BGH vom 5. 5. 1994⁹⁹ und nach dem Vorlagebeschluss des 1. Senates des Bundesverfassungsgerichts vom 10. 8. 1995¹⁰⁰ in die Diskussion gera-

ten. Die Auswahl der mitwirkenden Richter aus einem zulässig überbesetzten¹⁰¹ Spruchkörper erfolgt gem. § 21g Abs. 2 GVG durch den Vorsitzenden anhand vorausbestimmter Kriterien. Nach dem Beschluss der Vereinigten Großen Senate des BGH vom 5. 5. 1994 ist § 21g Abs. 2 GVG eine über Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG hinausgehende Sicherung. Nach dieser auf den Beschluss des 2. Senates des Bundesverfassungsgerichts vom 15. 1. 1985¹⁰² gestützten Auffassung bedeutet ein Verstoß gegen § 21g Abs. 2 GVG nicht zugleich eine Verletzung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, der die Bestimmung des einzelnen mitwirkenden Richters nicht mehr erfasst.¹⁰³ Genau entgegengesetzt lautet der Vorlagebeschluss des 1. Senates des Bundesverfassungsgerichts vom 10. 8. 1995, nach dem der „Vorsitzende eines überbesetzten Spruchkörpers vor Beginn des Geschäftsjahres nach abstrakt-generellen Maßnahmen zu bestimmen hat, welche Mitglieder des Spruchkörpers bei den einzelnen richterlichen Geschäften mitwirken“¹⁰⁴. Gesetzlicher Richter ist nach dem Vorlagebeschluss des 1. Senates auch der im Einzelfall zur Entscheidung berufene Richter. Diese Auffassung hat der Plenarbeschluss des BVerfG vom 8.4.1997 bestätigt: „Nach Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes ist es grundsätzlich geboten, für mit Berufsrichtern überbesetzte Spruchkörper eines Gerichts im voraus nach abstrakten Merkmalen zu bestimmen, welche Richter an den jeweiligen Verfahren mitzuwirken haben.“¹⁰⁵ Danach erfasst die Erweiterung der Verfassungsgarantie auf den gerichtlichen Bereich auch die Organisationsentscheidungen über die mitwirkenden Richter aus einem überbesetzten Spruchkörper. Die im deutschen Recht einzigartige Absicherung der gerichtlichen Geschäftsverteilung und Spruchkörperbesetzung wird so von anderen europäischen Rechtsordnungen nicht geteilt. Diese innereuropäischen Divergenzen war Anlass für die diplomatischen Verwicklungen vor dem EuGH in der Rechtssache Landesamt für Ausbildungsförderung Nord-rhein-Westfalen gegen Lubor Gaal vom 4. 5. 1995.¹⁰⁶ Doch dies ist ein anderer Beitrag.¹⁰⁷

räumen, die Vertretung durch einen nicht ständigen Richter anzuordnen.“ Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 1. Abteil., S. 579. Vgl. auch Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 2. Abteil., S. 1414.

⁹¹ Entspricht § 57 Entwurf vom 29.10.1874.

⁹² RG Beschl. vom 18.5.1931, RGZ 133, 29. Soweit sich das RG für seine Auffassung auf die GVG-Materialien bezieht (RGZ 133, 29, 31), verkennt es, dass der dort behandelte Antrag von Bähr zur Teilnahme der Richter an den Sitzungen nach einer im voraus festgelegten Reihenfolge gegenstandslos geworden war, weil im GVG auf die zunächst vorgesehene Einrichtung großer und kleiner Schöffengerichte verzichtet worden war (Hahn, Materialien zum GVG 1879, I. Bd., 2. Abteil., S. 1668 ff.).

⁹³ Galt für alle Kammern des Landgerichts, für Strafkammern ebenso wie für Zivilkammern.

⁹⁴ In der Berufungsinstanz gegen schöffengerichtliche Urteile, deren Gegenstand eine Übertretung oder das Vergehen der Beleidigung oder Körperverletzung im Privatklageverfahren ist.

⁹⁵ Löwe/Hellweg (§ 77 GVG Anm. 1a, S. 87), fordern eine im voraus bestimmte Reihenfolge für die Teilnahme der Richter an den Sitzungen.

⁹⁶ Hellwig, S. 61 ff.

⁹⁷ Zit. in RG, Beschl. vom 18.5.1931, RGZ 133, 29.

⁹⁸ RG, Urteil vom 12.2.1921, RGSt 55, 236; RG, Urteil vom 20.12.1927, RGZ 119, 280; RG, Beschl. vom 18.5.1931, RGZ 133, 29. Vgl. die Übersicht über die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Besetzung der Gerichte und zur Geschäftsverteilung bei Helber, DRiZ 2 (1929), 48 ff. und bei Tophoff, S. 41 ff. Zur Geschäftsverteilung in den Senaten des RG und dessen Geschäftsverteilung siehe Bekanntmachung, betreffend die Geschäftsordnung des Reichsgerichts, Central-Blatt für das Deutsche Reich (=ZBIDR) 1880, 190; Bekanntmachung, betreffend die Geschäftsordnung des Reichsgerichts, Central-Blatt für das Deutsche Reich (=ZBIDR) 1886, 30.

⁹⁹ BGH, NJW 1994, 1735 = BGHZ 126, 63.

¹⁰⁰ BVerfG, NJW 1995, 2703 = BB 1995, 1782 m. Anm. G. Felix, 1811. Der Vorlagebeschluss erging auf Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil des BFH vom 11. 2. 1991, NJW 1992, 1062.

¹⁰¹ Die Überbesetzung ist verfassungsrechtlich unbedenklich, solange nicht zwei personell verschiedene Sitzgruppen gebildet werden können: BVerfG, Beschluss vom 24. 3. 1964, BVerfGE 17, 294, 298 f.; Beschluss vom 3. 2. 1965, BVerfGE 18, 344, 349 f.; BGH, Urteil vom 12. 6. 1985, NJW 1985, 2840; Gummer, in: Zöller, 21e GVG, Rn. 9 m.w.N.

¹⁰² BVerfGE 69, 112, 120; vgl. auch BVerfGE 22, 282.

¹⁰³ A.A. G. Felix, BB 1992, 1001 ff.; NJW 1992, 217 f., 1607 ff.; MDR 1992, 830 ff.

¹⁰⁴ BVerfG, NJW 1995, 2703, 2705.

¹⁰⁵ Tenor des Plenarbeschlusses (1 PBvU 1/95) vom 8.4.1997; NJW 1997, 1497; BVerfGE 95, 322. Vgl. jetzt auch BGH Beschl. vom 29.9.1999, NJW 2000, 371.

¹⁰⁶ Urteil des EuGH vom 4. 5. 1995, Rs. C-7/94, Slg. 1995, 1031. Statt vieler: Mößlang, EuZW 1996, 69 ff.

¹⁰⁷ Müßig, Recht und Justizhoheit, Historische Grundlagen des gesetzlichen Richters in Deutschland, England und Frankreich. Berlin 2003, 2. Aufl. Berlin 2009.

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 Schmähchriften 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 raffgerigen Statthaltern, machtverliebten Gerichtswibern, 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).¹ Dem Erstling von 1866 ließ Locher weitere Publikationen unter dem gemeinsamen Titel „Die Frei-

herren 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“.² 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 Perisflage auf den Ständerat und 1862 zum Bundesrichter ernannten Thurgauer Eduard Häberlin (1820–1884)³ – zwischen zwei Abschnitten fröhlich ein Gedicht aufsaugen:

„O sacra justitia! (...) 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 expectoriren, zu inspizieren, zu raisonniren, zu echauffiren und zu maltraitieren (...). Auf ein Wort, man siehts mir an. Ich bin ad specimen ein ganzer Mann.“⁴

Die Blossstellung der „Mächtigen“ und die – wahren oder erfundenen – Geschichten über vetternwirtschaftliche Zustände im Kanton Zürich fanden beim Publikum grossen Anklang.⁵ 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.

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

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

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

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

¹ 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;⁶ für den Verfassungshistoriker Eduard His (1886–1948) entfesselten die „hässlichen“ Pamphlete die „niedrigsten Leidenschaften“ des Menschen und „beschmutzten“ geradezu die demokratische Bewegung.⁷ 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.⁸ 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.⁹

Die nachfolgenden Ausführungen wollen weder die Person Lochers noch dessen Pamphlete verfassungshistorisch einordnen.¹⁰ 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.¹¹ 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“¹². Die Zentralgewalt war vergleichsweise schwach ausgestaltet. Die Kantone blieben „souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist“¹³, womit namentlich das Projekt einer nationalen Rechtsvereinheitlichung in die Ferne rückte.¹⁴ Gleichwohl wuchsen die Kantone 1848 in formeller Hinsicht zu einem Rechtsraum zusammen: Die Bundesverfassung gewährleistete in Art. 49 die interkantonale Freizügigkeit von zivilrechtlichen Urteilen.¹⁵ 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 kantonrechtlicher 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“.¹⁶ 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.¹⁷

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

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

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

⁸ Theodor Curti, *Geschichte der Schweizerischen Volksgesetzgebung*, 2. Auflage, Zürich 1885, 215.

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

¹⁰ 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.

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

¹² 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.

¹³ 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.

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

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

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

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

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

tigkeit ist daher in seiner Biografie zu suchen.¹⁹ Im Verlauf von Lochers Leben verdichteten sich negative Erfahrungen mit der kantonalen Justiz und den Bundesbehörden zu einer eigentlichen Aversion gegenüber dem Rechtssystem.²⁰

Der spätere Anwalt studierte in Zürich und Berlin Rechtswissenschaften, unter anderem bei Johann Caspar Bluntschli (1808–1881) und Georg Friedrich Puchta (1798–1846).²¹ Nach erfolgreichem Studienabschluss zog es ihn in die Praxis. Sein Heimatkanton Zürich hatte die Advokatur seit der Regeneration 1831 streng normiert. Es bestand ein *numerus clausus*, angehende Anwälte mussten studiert haben und eine dreiteilige Prüfung bestehen.²² Das Obergericht nahm die Anwaltsprüfung ab. Da es größtenteils mit Laien besetzt war, schuf das Examen ein konfliktanfälliges Hierarchieverhältnis zwischen der meist nicht studierten Richterschaft und den akademisch gebildeten Anwälten.²³ Auch Locher, der sein Anwaltsexamen in den 1840er-Jahren bestand, verspürte latente Animositäten gegenüber seinen Prüfern. Diese akzentuierten sich nach ersten Negativerfahrungen mit den Zürcher Behörden.²⁴ Das eigentliche Schlüsselerlebnis für ihn war jedoch der vor Bundesbehörden ausgetragene Prozess Guex-Perey.²⁵ In der Sache ging es um die Durchsetzung eines Leistungsurteils der Erben Guex-Perey gegen die Erben Schellenberg.

Die langwierige Vorgeschichte des Prozesses sei hier nur skizziert: Am 6. Januar 1846 starb in Cossonay (Kanton Waadt) Heinrich Schellenberg aus Pfäffikon (Kanton Zürich).²⁶ Er hinterließ Frau und Kinder. Die Waadtländer Behörden ernannten Frau Schellenberg zum Vormund der Kinder. Als 1855 deren Großvater, Martin Schellenberg aus Pfäffikon, starb, erbten die Kinder ein Vermögen von knapp 11'000 Franken. Die Waadtländer Vormundschaftsbehörden bemühten sich um die verlassene Erbschaft in Zürich, doch kam ihnen die Gemeinde Pfäffikon zuvor: Sie zog das Geld ein, ernannte ihrerseits einen Vormund für die Schellenberg-Kinder und verwei-

gerte die Herausgabe der Summe, mit der Begründung, die Erbschaft werde im Kanton Zürich zuhanden der in Cossonay wohnhaften Schellenberg-Kinder verwaltet. Das unkooperative Vorgehen der Behörden von Pfäffikon weckte bei der Waadtländer Vormundschaft Zweifel über die Absichten der Zürcher Kollegen; Friedrich Locher suggeriert in seiner Schilderung der Vorgänge, dass die Gemeinde Pfäffikon aus Raffgier handelte. Er selbst kam 1859 mit der Sache in Kontakt. Die Erben Guex-Perey klagten aus hier nicht interessierenden Gründen mit Erfolg in Cossonay gegen die Schellenberg-Kinder und mandatierten Locher mit der Durchsetzung des Urteils. Dieses verpflichtete die Familie Schellenberg zur Zahlung von 11'300 Franken, also just etwa jener Summe, die in Zürich lag, aber unter Verwaltung der Gemeinde Pfäffikon stand. Auf das Vermögen wollten die Erben Guex-Perey greifen. Locher sollte das Urteil aus dem Kanton Waadt im Kanton Zürich vollstrecken lassen, was nach Art. 49 der Bundesverfassung möglich war.

Die auf den ersten Blick klare Rechtslage entpuppte sich jedoch als verwickelt, zumal prozessuale Feinheiten die Vollstreckung des Urteils in Zürich verunmöglichten. Das Zürcher Obergericht verwarf eine Klage von Locher auf Herausgabe des Geldes mit Stichentscheid des Obergerichtspräsidenten Rudolf Eduard Ullmer (1813–1886).²⁷ Im Dezember 1860 rekurrierte Locher an die Bundesversammlung. Während der Nationalrat den Rekurs Guex-Perey befürwortete, stellte sich die Rekurs-Kommission des Ständerats unter Vorsitz des Zürcher Rechtsprofessors Johann Jacob Rüttimann (1813–1876) dagegen.²⁸ Zudem reichte der Zürcher Obergerichtspräsident Ullmer, welcher das Urteil Guex-Perey zu vertreten hatte, rechtliche Erwägungen nach. Locher reagierte darauf mit einem weiteren Schriftenwechsel. Die Entscheidung der politischen Behörden kam nur schleppend voran. Der Fall provozierte mehrere prozessuale Wendungen und wurde 1867 mit Urteil zugunsten der Erben Guex-Perey abgeschlossen.²⁹ Der juristische Schlagabtausch zwischen Locher und Ullmer hatte allerdings wei-

¹⁹ Ob und wie weit die Pamphlete im Dienst der politischen Opposition Zürichs standen, ist zweifelhaft. Der damals bei der „Bülach-Regensberger Wochen-Zeitung“ tätige Friedrich Scheuchzer urteilte: „Dr. Locher verfasste, so viel wir wissen, jeweilig seine Pamphlete auf seine Faust und seine Rechnung, jedenfalls zog er niemals die oppositionellen Parteiführer zu Rath.“ Friedrich Scheuchzer, Salomon Bleuler, Bülach 1887, 96.

²⁰ Vgl. Locher, Fn. 1, 188.

²¹ Locher, Fn. 1, 133.

²² Hannes Siegrist, *Advokat, Bürger und Staat. Sozialgeschichte der Rechtsanwälte in Deutschland, Italien und der Schweiz* (18.–20. Jh.), Band 1 (= Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Band 80), Frankfurt am Main 1996, 292 f., 299.

²³ Vgl. Kradolfer, Fn. 18, 41 f.

²⁴ Vgl. Locher, Fn. 1, 164–166, 190 ff.; Locher charakterisiert einlässlich den damaligen Obergerichtspräsidenten Johann Georg Finsler (1800–1863). Dieser wird als schrulliger, aber ehrlicher und geistreicher Jurist dargestellt. Zu Finsler vgl. Ferdinand Elsener, *Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert*, Zürich 1975, 371 Fn. 29.

²⁵ Die Affäre wird von Locher im dritten Pamphlet geschildert: Locher, Fn. 4, 87 ff., sie wird nochmals auf S. 169 aufgegriffen.

²⁶ Sachverhalt und Urteil sind dokumentiert bei: Rudolf Eduard Ullmer, *Die staatsrechtliche Praxis der schweizerischen Bundesbehörden aus den Jahren 1848–1863*, Band 2, Zürich 1866, Nr. 941, 264–267.

²⁷ Locher versuchte eine relativ riskante Prozessstrategie: Anstatt das Urteil aus dem Kanton Waadt in Zürich zur Zwangsvollstreckung zu bringen, klagte er gegen die Vormundschaftsbehörde Pfäffikon, offenbar in der Hoffnung, ein rechtskräftiges Urteil nach zürcherischem Recht erstreiten zu können. Dies misslang; das Obergericht wies Lochers Klage wegen materiell-rechtlicher Unbegründetheit ab.

²⁸ Nachweise in: Bericht des Bundesrates an den schweiz. Ständerath, betreffend den Rekurs der Kinder Guex-Perey von Cossonay gegen die Kinder Guex-Schellenberg von Pfäffikon, vom 7. Oktober 1861, BBl 1861 III 66–70; Bericht der Rekurs-Kommission des Ständerathes über den von dem Nationalrathe gefassten Beschluss in Sachen der Kinder Guex-Perey von Cossonay gegen die Kinder Schellenberg von Pfäffikon, vom 7. Februar 1862, BBl 1862 I 432 f.

²⁹ Siehe im Einzelnen: Bericht der nationalrätlichen Kommission über die Rekursbeschwerde der Kinder Guex-Perey gegen die Kinder Schellenberg in Cossonay, vom 1. Dezember 1860, vom 11. Juli 1862, BBl 1862 III 159–168; Beschluss des Bundesrates, BBl 1863 II 86–89; Spezialbericht des Herrn Fracheboud, betreffend den Rekurs der Kinder Guex-Perey, vom 12. Juli 1866, BBl 1866 II 742–746; Bericht der nationalrätlichen Kommission über die Rekursbeschwerde der Kinder Guey-Perey von Cossonay gegen die Kinder Schellenberg, betreffend Vollziehung eines waadtländischen Civilurtheils im Kanton Zürich, vom 19. Juli 1867, BBl 1867 II 469–507; Bundesbeschluss in Sachen des Rekurses der Kinder Guex-Perey, betreffend Vollzug eines waadtländischen Civilurtheils im Kanton Zürich, vom 22. Juli 1867, BBl 1867 II 38 f.

tergehende Konsequenzen. In den Rekursakten befand sich ein Schreiben des Obergerichtspräsidenten, welches Locher am Rand mit der Äußerung „O Ullmer, du Schurke!“ kommentiert hatte. Rüttimann setzte sich in der Ständeratskommission dafür ein, Lochers Eingaben wegen ungebührlichen Verhaltens aus dem Recht zu weisen. Ullmer seinerseits reagierte mit Klage wegen Beschimpfung.³⁰

Sowohl Ullmer als auch Rüttimann zählten zum Kreis der einflussreichen Zürcher Liberalen. Ersterer hatte sich über die Bezirksbehörden in Regensburg in die kantonalen Gerichtsbehörden emporgearbeitet.³¹ Zudem genoss er einen hervorragenden Ruf als Jurist. In enger Zusammenarbeit mit dem eidgenössischen Justizdepartement verfasste Ullmer eine Sammlung der staatsrechtlichen Rechtsprechung der Bundesbehörden,³² das diesbezügliche Referenzwerk, dessen Übersetzung ins Französische gar vom eidgenössischen Justizdepartement subventioniert wurde.³³ Rüttimann stammte ebenfalls aus Regensburg. Seine kompetente politische Karriere begann in den 1840er Jahren.³⁴ Überdies war Rüttimann Professor für öffentliches Recht an der Universität Zürich, Verwaltungsrat der 1853 gegründeten Schweizerischen Nordostbahn, Mitbegründer der Schweizerischen Kreditanstalt (1856) und Verwaltungsrat der Schweizerischen Rentenanstalt. Zwischen den drei Unternehmungen bestanden enge Verbindungen. Die Kreditanstalt deckte den Kapitalbedarf der expandierenden Nordostbahn,³⁵ die Rentenanstalt kooperierte mit der Kreditanstalt und erschloss ihr indirekt den entstehenden Versicherungsmarkt.³⁶ Auch Ullmer war in dieses wirtschaftspolitische Geflecht verstrickt; er zählte zu den Gründungsaktionären der Schweizerischen Kreditanstalt.³⁷ Schließlich verkehrten beide Juristen im 1861 gegründeten Schweizeri-

schen Juristenverein.³⁸ Man konnte sich also bestens.³⁹ Vor dem Hintergrund verlieh das persönliche Engagement der beiden Zürcher Rechtskoryphäen dem Verfahren einen unschönen Beigeschmack. Fragen drängten sich auf: War Rüttimanns Vorgehen im Ständerat gegen Locher persönlich motiviert? Nicht zu verkennen waren ferner die Interessen des Kantons Zürich am Ausgang des Rekursverfahrens. Mit wie viel Gewicht lag die rechtsstaatliche Integrität des Kantons in der Waagschale? Mit diesen Folgefragen lieferte der Rekurs Guex-Perey Friedrich Locher das Material für seine Justiz-Komödie, nämlich das Thema (eine vermeintlich dysfunktionale Justiz), den Spannungsbogen (der Verdacht des Nepotismus) und die Feindbilder (die „Mächtigen“).

III. Die „Freiherren von Regensburg“

1. Die Kulisse

Der Hauptteil der Inszenierung Lochers spielt im Kanton Zürich der 1860er Jahre. 1831 hatten die Liberalen die Macht errungen; die Verfassungsgeschichte bezeichnet diese Zeit als Regeneration, weil die revolutionäre Bewegung der Liberalen auf die Ideen der französischen Revolution zurückgriff und umsetzte. Die damals erlassene Zürcher Verfassung war entsprechend fortschrittlich, verwirklichte repräsentative Demokratie und Gewaltenteilung. Doch wuchs in der Bevölkerung knapp 30 Jahre später der Wunsch nach Erneuerung. Während benachbarte Kantone die Wahl- und Stimmrechte der Bevölkerung ausbauten, blockierte in Zürich namentlich Alfred Escher (1819–1882) die demokratische Modernisierung.⁴⁰ Escher demissionierte 1855 aus dem Regierungsrat, behielt aber grossen Einfluss auf diesen, da mit Jakob Dubs (1822–1879) einer seiner Protégés die Nachfolge antrat.⁴¹ Escher blieb darüber hinaus aktiver Politiker im Kanton (Großer Rat) und im Bund (Nationalrat). Zusätzlich zu seiner hervorragenden politischen Position bündelte Escher eine phänomenale wirtschaftliche Macht. Der private Ausbau der Eisenbahn in der Schweiz ging auf Eschers Initiative und vor allem auf sein Kapital zurück. Er präsierte lange Jahre den Verwaltungsrat der Nordostbahn, der Schweizerischen Kreditanstalt und der Schweizerischen Rentenanstalt, stand also mitten im Netzwerk, in das auch die beiden Akteure des Guey-Perey-Prozesses, Rüttimann und Ullmer, eingebunden waren. Kanäle, um sein wirtschaftliches Gewicht auch auszuspielen, hatte Escher zielstrebig geschaffen, etwa die akademischen Vereinigungen der Mittwochs- und Don-

³⁰ Die Wendungen der Affäre lassen sich anhand der zeitgenössischen Presse nachverfolgen. Die Artikel in der Neuen Zürcher Zeitung sind ausgewertet bei Ernst Gagliardi, Alfred Escher. Vier Jahrzehnte neuer Schweizergeschichte, Frauenfeld 1919, 522, Fn. 1.

³¹ Oberrichter 1852–1868, Nachfolger von Obergerichtspräsident Johann Georg Finsler (1861); vgl. Historisch Biografisches Lexikon der Schweiz, 7 Bände, 1921–1934, Band VII, 115 f.

³² Ullmer beschränkte sich nicht auf die Wiedergabe der Entscheide, er ging zudem systematisch die Originalakten im Bundesarchiv durch. Siehe die Hinweise in: Bericht des schweiz. Bundesrates an die h. Bundesversammlung über seine Geschäftsführung im Jahre 1865, in: BBl 1866 I, 667 ff., 798.

³³ Vgl. BBl 1862 III, 180, 206, 243.

³⁴ 1844–1856 Mitglied des Regierungsrats, 1862–1869 Mitglied des Ständerates, 1848–1854 Mitglied des Bundesgerichts; weitere Ämter. Zur Biografie vgl. Gruner, Fn. 3, 99 f.

³⁵ 1860 hielt die Schweizerische Kreditanstalt Aktien der Nordostbahn im Wert von knapp 4'000'000 Franken und Obligationen für 159'000 Franken. Damit ballte sich mehr als die Hälfte des gesamten, in inländischen Wertpapieren angelegten Kapitals von 7'444'000 Franken bei der Nordostbahn, vgl. Geschäftsbericht der Schweizerischen Kreditanstalt vom 1. Januar bis 31. Dezember 1860, Zürich 1861, 4 f.

³⁶ Ausführlich zur Geschäftspolitik der Kreditanstalt in diesen Jahren: Adolf Jöhr, Schweizerische Kreditanstalt 1856–1956, Zürich 1956, 59 ff.; Schweizerische Kreditanstalt (Hrsg.), Schweizerische Kreditanstalt 1856–1956, Zürich 1956, 18 ff.

³⁷ Nachweise bei Joseph Jung, Alfred Escher (1819–1882). Aufstieg, Macht, Tragik, 3. Auflage, Zürich 2008, 225.

³⁸ Ullmer war Gründungsmitglied des Vereins im Kanton Zürich, vgl. Henri Le Fort, Der Schweizerische Juristenverein – La société suisse des juristes 1861–1910, Genf 1911, 41. Rüttimann trat später bei, 1863 referierte er am Juristentag in Basel über das Strafuntersuchungsverfahren; anwesend war auch Ullmer. Nachweise in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 12 (1864), 4 ff.

³⁹ Beide Juristen sassen überdies gemeinsam in mehreren beratenden Kommissionen des Kantons, siehe beispielsweise Amtsblatt des Kantons Zürich 1861, Nr. 52, S. 980.

⁴⁰ Alfred Kölz, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848, Bern 2004, 50 f.; Stefan G. Schmid, Die Zürcher Kantonsregierung seit 1803 (= Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Band 154), Zürich 2003, 163 ff.

⁴¹ Vgl. Gerold Ermatinger, Jakob Dubs als schweizerischer Bundesrat von 1861–1872, Horgen-Zürich/Leipzig 1933, 8.

nerstagsgesellschaften.⁴² In Zürich gastierte der Politiker oft im Café Littéraire im Haus zum roten Turm; in den 1860er-Jahren soll das gediegene Wirtshaus die Schaltzentrale der Liberalen gewesen sein.⁴³ Um Escher bildete sich somit ein „geschlossenes Regierungssystem“⁴⁴. Rüttimann gehörte dank seiner ausgewiesenen Kenntnisse im öffentlichen Recht zum engeren Kreis dieses „Systems“, zumal er und Escher sich auch persönlich nahe standen.⁴⁵

Zu Beginn der 1860er Jahre formierte sich Opposition gegen Escher. Der liberalen Partei brachen Wähleranteile weg. Arbeitnehmervertreter, welche den ausgesprochen wirtschaftsfreundlichen Regierungskurs nicht unterstützten, wurden in den Großen Rat gewählt.⁴⁶ Eine von über 26'000 Männern unterschriebene Petition für Neuwahlen sowie für die Totalrevision der Verfassung besiegelte 1868 das Ende der liberalen Regierung.⁴⁷ Die Niederlage der Liberalen hing auch mit krisenhaften Ereignissen dieser Jahre zusammen: Es grassierte eine Choleraepidemie, und eine Hypothekarkrise schürte die Wut der ländlichen Bevölkerung auf das kantonale „Magnatentum“. Die im Juli 1867 ausgebrochene Epidemie stellte alle bisherigen Erfahrungen mit der Seuche in den Schatten. Zuerst in der Stadt, dann auch auf dem Land starben immer mehr Personen, bereits im September zählte man 428 Tote.⁴⁸ Die medizinischen Ursachen der Cholera und die Gründe für deren Übertragung waren noch mangelhaft erforscht. Die Konsequenzen dieser Ungewissheit waren fatal, weil man die Krankheit nicht wirksam bekämpfen konnte, sie durch untaugliche Massnahmen gar verschleppte. Die Zürcher Regierung war hilflos; sie konnte kaum mehr tun, als die sofortige Isolierung von Kranken zu verfügen sowie eine amtliche Meldepflicht für Leid geplagte einzuführen.⁴⁹ Der Direktor der bernischen Klinik, Anton Biermer (1827–1892), diagnostizierte wohl zurecht, dass die Dimensionen der Epidemie massgeblich mit den schlechten Wohn- und Hygieneverhältnisse der Arbeiterschaft zusammen hingen: „Die socialen Gebrechen und ungünstigen Lebensbedingungen gewisser Volksklassen sind für die Verbreitung der Seuchen oft ebenso wichtig, wie die specifischen Krankheitsgifte selbst.“⁵⁰ So schärfte die Cholera den Blick der Öffentlichkeit für das soziale Elend der Arbeiterklasse. In der Stadt war dieses offenkundig. Auf dem Land hingegen zerfraßen steigende Zinsen schleichend das wirtschaftliche Substrat der Agrarwirtschaft. Den

Zürcher Bauern spielten die nationalen und internationalen Finanzmärkte übel mit: In den 1850er Jahren hatten hohe Liquidität und der Bedarf nach Anlagemöglichkeiten die hypothekarische Belastung des Bodens attraktiv gemacht; zahlreiche Bauern waren grundpfandgesicherte Schulden zu günstigen Konditionen eingegangen. Knapp zehn Jahre später zerfielen die Rohstoffpreise, kamen neue Finanzprodukte auf den Markt und erlitt der internationale Handel einen Schock durch den amerikanischen Sezessionskrieg.⁵¹ Die Zinsen für Darlehen stiegen. Wetterbedingte Missernten verschärfen die Situation der Bauern zusätzlich. Auch die exportorientierte Seiden- und Baumwollindustrie im Zürcher Oberland litt unter Absatzschwierigkeiten.⁵² Auf der Suche nach den Schuldigen für die strukturellen und sozialen Probleme der Zeit offerierten die Pamphlete Lochers klare Feindbilder. Dies mag den reißenden Absatz in Zürich miterklären.

2. Die Erzählung

Die drei Pamphlete von 1866 und 1867 befassen sich schwerpunktmäßig mit den Zuständen in der Justiz, wobei die einzelnen Teile nicht durch eine eigentliche Handlung zusammen gehalten werden. Das erste Pamphlet, gleichsam der erste Akt der Justiz-Komödie, beginnt mit einer historischen Rückblende ins mittelalterliche Zürich.⁵³ Stilistisch durchaus geschickt, weil für das Publikum zunächst unvermittelt, wird das Schicksal des Adelsgeschlechts von Regensberg skizziert. Die Regensberger standen im 13. Jahrhundert auf dem Höhepunkt ihrer Macht: Sie trugen den Freiherren-Titel mit kaiserlichem Segen und hielten zahlreiche Ländereien im Zürcher Oberland. Ungeschicktes diplomatisches Taktieren von Leuthold von Regensberg provozierte jedoch einen militärischen Konflikt mit Rudolf von Habsburg, aus dem Letzterer siegreich hervorging. Die aufsteigende Stadt Zürich verdrängte die nun geschwächten Regensberger allmählich aus der Kommunalpolitik. Eine unglückliche Heiratspolitik besiegelte schließlich das Aussterben der Regensberger.⁵⁴ Das Schicksal der Freiherren von Regensberg lieferte den Pamphleten einerseits den Titel. Andererseits diente die gescheiterte Macht- und Verbändelungspolitik des Adelsgeschlechts als thematische Klammer.

Die „Komödie“ lebt von den Personen. Diese werden vor dem Publikum entblößt wie „eine Artischoke Blatt um Blatt“⁵⁵. Hauptpersonen sind neben Locher selbst, der aus der Warte des anonymen Beobachters über sich berichtete, Alfred Escher und der aus der Rekursache Guex-Per-

⁴² Jung, Fn. 37, 130–133.

⁴³ Locher, Fn. 1, 254 f.

⁴⁴ Gruner, Fn. 3, 63.

⁴⁵ Vgl. die Einschätzung bei: Anton Lagiader, Johann Jakob Rüttimann und die Bundesrevision von 1848, Zürich 1948, 9: „Dem um sechs Jahre jüngeren Alfred Escher ordnete er sich bereitwillig unter und ging ihm bei den neuen wirtschaftlichen Gründungen der Nordostbahn und der Schweizerischen Kreditanstalt an die Hand.“

⁴⁶ Karl Dändliker, Geschichte der Stadt und des Kantons Zürich, Band 3, Zürich 1912, 368 ff.; Franz Wirth, Johann Jakob Treichler und die soziale Bewegung im Kanton Zürich (= Basler Beiträge zur Geschichtswissenschaft, Band 144), Basel 1981, 228 ff.

⁴⁷ Vgl. Kölz, Fn. 40, 54.

⁴⁸ Schaffner, Fn. 10, 162.

⁴⁹ Amtsblatt des Kantons Zürich vom Jahre 1867. II. Abtheilung, Nr. 53–105, Zürich 1867, 1800–1803.

⁵⁰ Anton Biemer, Ueber die Ursachen der Volkskrankheiten, insbesondere der Cholera, Zürich 1867, 3.

⁵¹ Die Jahre 1866/1867 waren schweizweit von wirtschaftlichen Kontraktionen geprägt: Hansjörg Siegenthaler, Die Schweiz 1850–1914, in: Wolfram Fischer/Jan. A. Van Houte/Hermann Kellenbenz/Illja Mieck/Friedrich Vittinghoff (Hrsg.), Handbuch der europäischen Wirtschafts- und Sozialgeschichte, Band 5, Stuttgart 1985, 443–473, 458.

⁵² Ausführlich Schaffner, Fn. 10, 89–121.

⁵³ Vgl. Friedrich Locher, Die Freiherren von Regensberg, I. und II. Theil, Bern 1867, 15 ff.

⁵⁴ Vgl. Johann Caspar Bluntschli, Geschichte der Republik Zürich, Band 1, Zürich 1847, 96 ff.; Josef Harder, Die Freiherren von Regensberg, Eglisau 2007.

⁵⁵ Locher, Fn. 4, 100.

ey bekannte Präsident des Zürcher Obergerichts Rudolf Eduard Ullmer. Zahlreiche weitere Personen der Lokal- sowie der Nationalpolitik kommen in den zweifelhaften Genuss von Gastauftritten, beispielsweise die Nationalräte Johann Jakob Ryffel (1807–1867) und Johann Jakob Bucher (1814–1905),⁵⁶ der bereits erwähnte Bundesrichter Eduard Häberlin, und in den letzten Pamphleten der Zürcher Publizist und Politiker Salomon Bleuler (1829–1886).⁵⁷ Die Rollen, die Locher den Genannten zuwies, waren allesamt recht grob geschnitzt. Locher spielte mit „Stereotypen“, die sein Publikum sofort einordnen konnte, und die deshalb dankbare Projektionsflächen für Klischees abgaben.⁵⁸ Escher etwa stellte den „Prinzeps“ dar, den Hauspatriarchen, der selbstgerecht und großspurig die Fäden im Kanton zog. An denselben hing Ullmer. Er war eine der effizientesten Marionetten des „Prinzeps“ im „System“. Locher selbst schlüpfte in seinem Kampf gegen die „Aristokraten“ bald in die Rolle des freiheitsliebenden Republikaners, bald trat er als Anwalt der „kleinen Leute“ auf.⁵⁹ Die Nationalhelden Wilhelm Tell und Arnold Winkelried⁶⁰ mussten als Vergleichsgrößen herhalten.⁶¹

Neben Escher attackierte Locher vor allem den Obergerichtspräsidenten Ullmer. An ihm demonstrierte Locher die Wurmstichigkeit des „Systems“ und versuchte, ihm verschiedene „Justizmorde“ – verwerfliche oder zumindest fehlerhafte Urteile – nachzuweisen. Anzügliche Anspielungen durchziehen die gegen Ullmer gerichtete Argumentation; er wird als Schwerenöter präsentiert, der sich im Dunstkreis der Prostitution bewegte. Locher ließ etwa eine gewerbsmäßige Kupplerin auftreten und keck verkünden, wie gut sie am Obergerichtspräsidenten verdient habe.⁶² Auch Zwielfichtiges aus der persönlichen Vita von Ullmer sezierte er vor dem Publikum. Der Obergerichtspräsident habe beispielsweise eine (namenlose) Dame geschwängert, ihr die Ehe versprochen, sich dann jedoch aus dem Staub gemacht und die Schwangerschaft seinem Bruder Rudolf Ullmer angelastet. Dieser sei allerdings bereits verstorben: „Die Todten aber sind bei uns vom Zeugnisse ausgeschlossen, welche Vorschrift Herrn Ullmer als Prozessualist nicht unbekannt ist. Wie

ist es nun möglich, gegen Herrn Ullmer einen Beweis zu erbringen?“⁶³

Ullmer und Escher verkörpern zwei von Locher wiederholt variierte Themen. Die populistische Sexualisierung des Ersteren spielt mit dem klassischen Motivs des moralisch unvollkommenen Rechts. Der Obergerichtspräsident personifiziert dieses geradezu. Zahlreiche der von Locher berichteten „Justizmorde“ beziehen ihre Tragik aus dem Auseinanderfallen von Rechtsgefühl und formeller Rechtslage. Der Dramaturg beklagte denn auch: „Unser Themistempel ist modernen Styls. Bekanntlich pflegte in dem Tempel des Alterthums der Gott auch zu wohnen, während er in denjenigen der Neuzeit lediglich angerufen wird.“⁶⁴ Die Ursachen für diesen Befund bündeln sich in der Person Eschers. Dessen Einfluss infiziert in der Darstellung Lochers das Rechtssystem mit politischen und wirtschaftlichen Interessen. Wie dieses „System“ konkret funktionierte, erläutert eine Erzählung im dritten Pamphlet. Ort des Geschehens ist das Café Littéraire.⁶⁵ Dorthin wird der Protagonist (Locher) eingeladen. Der „Prinzeps“ (Escher) empfängt seinen Gast vor versammelter Gesellschaft und führt ihn in eines der Hinterzimmer des Wirtshauses. Dann beginnt ein filigranes Katz- und Mausspiel zwischen beiden. Der Prinzeps will Locher für das „System“ gewinnen. Seine Offerte lautet: Gefolgschaft gegen einen raschen Aufstieg. Dem unmoralischen Angebot, Locher wird etwa das Amt als Oberrichter in Aussicht gestellt, widersteht Locher.

Die Vetternwirtschaft um Escher – so die Botschaft Lochers – bedient sich gezielt des Rechtssystems – „byzantinische Zustände!“⁶⁶. Ein Hinweis auf den 1859 vor Zürcher Obergericht ausgetragenen Prozess gegen die Nordostbahn soll diese Behauptung untermauern.⁶⁷ Friedrich Locher suggeriert seiner Leserschaft, das Gericht habe das Recht zugunsten der von Escher beherrschten Nordostbahn gebogen. Der Rechtsstreit betraf einen Kommissionsvertrag zwischen der Letzteren und dem internationalen Bankhaus Rothschild. Die Nordostbahn mandatierte Johann Caspar Bluntschli mit einem unabhängigen Gutachten, das die juristischen Streitfragen einlässlich klärte.⁶⁸ Lochers Andeutungen erscheinen vor dem Hintergrund als wenig plausibel. Der Hinweis auf die Nordostbahn appellierte jedoch an unterschwellig vorhandene Ängste des Publikums: Die Öffentlichkeit beurteilte den privaten Eisenbahnbau in der Schweiz äußerst widersprüchlich. Für die neuartigen Geschäftsmodelle fehlte das Verständnis, und die Volatilität der Eisenbahn-Aktienmärkte erschreckte die Bevölkerung.⁶⁹ Dementsprechend konnte das Verfahren gegen

⁵⁶ Ryffel und Bucher tauchen im ersten Pamphlet auf. Letzterer war Gerichtsschreiber im Bezirk Regensburg, Ersterer Statthalter. Zu den Biografien: Gruner, Fn. 3, 57 f.; 101 f.

⁵⁷ Locher und Bleuler waren zunächst politische Gesinnungsbrüder, doch kam es je länger je mehr zu Friktionen. In der Biografie von Bleuler findet sich ein Abriss auch der politischen Tätigkeit Lochers sowie eine Dokumentation des Zerwürfnisses: Scheuchzer, Fn. 19, 168 ff.

⁵⁸ Dazu Schaffner, Fn. 10, 173 f.

⁵⁹ Zu diesem „klassenkämpferischen Impetus“ von Locher vgl. Weinmann, Fn. 10, 295 f. In seiner Autobiografie plädiert Locher für Rechtsveränderungen, die man mit frühsozialistischem Gedankengut in Verbindungen bringen kann, so die vollständige Unentgeltlichkeit der Justiz bei gleichzeitiger Ausdehnung der Untersuchungsmaxime, vgl. Locher, Fn. 1, 179 f.

⁶⁰ Arnold von Winkelried gilt als Held der Schlacht von Sempach (1386). Seinen Ruhm erlangte er, weil er sich (angeblich) in die Lanzen der Habsburger stürzte, um dem eigenen Heer eine Schneise zu bahnen.

⁶¹ Vgl. Locher, Fn. 4, 156 f.

⁶² Locher, Fn. 4, 124.

⁶³ Friedrich Locher, *Othello, der Justizmohr*, Bern 1867, 12.

⁶⁴ Locher, Fn. 53, 132.

⁶⁵ Friedrich Locher, *Die Freiherren von Regensburg*, IV. Theil. Der Prinzeps und sein Hof, Bern 1867, 7 ff.

⁶⁶ Locher, Fn. 4, 123

⁶⁷ Locher, Fn. 4, 124.

⁶⁸ Johann Caspar Bluntschli, *Rechtsgutachten in Sachen der Herrn Gebrüder Rothschild wider die schweizerische Nordostbahn*, Zürich 1859. Aus dem Gutachten erschließen sich Sachverhalt und Rechtslage.

⁶⁹ Vgl. Albert Hauser, *Schweizerische Wirtschafts- und Sozialgeschichte*, Erlenbach/Zürich 1961, 261 ff.; Alain Prêtre, *Verkehrs-*

die Nordostbahn als Symptom für systemische Probleme gewertet werden. Hier – und auch andernorts – verstand es Friedrich Locher, zielgenau die sozialpolitisch aufgeladenen Themen der Zeit aufzugreifen.

IV. Zeitgenössische Reaktionen

Derart heftige Attacken auf angesehene Personen der Lokal- und Nationalpolitik konnten nicht ohne Erwiderung verhallen. Es erstaunt kaum, dass einige davon ebenso hart mit Locher ins Gericht zogen wie er es mit seinen Opfern getan hatte. Die wohl schärfste Negativreaktion stammte von Gottfried Keller (1819–1890), der in der Novelle „Das verlorene Lachen“ die eigenen Erlebnisse aus der Zeit des Zürcher Umsturzes von 1868 verarbeitete. Keller spielte auch auf die Agitationen Lochers an:

„So eilten denn aus allen Ritzen und Schlupfwinkel die Teilnehmer an dem allgemeinen Reichstage der Verleumdung und der Beschimpfung herbei: Personen, deren eigenen physiognomische Beschaffenheit, Lebensarten und Taten sie selbst zum Gegenstande der Schilderung, des Unwillens und des Spottes zu machen geeignet waren, stellten sich gerade in die vorderste Reihe und erhoben als rechte Herzoge der Schmähsucht und der Verleumdung ihre Stimme, und je lauter der grimme Lärm war, desto stiller und kleinlauter wurden die Geschmähten. Ein für die Betroffenen furchtbarer Gemeinplatz wurde von den gedankenlosen Gaffern ausgesprochen: wenn nur der hundertste Teil der Anschuldigungen wahr wäre, so würde das mehr als genug sein!“⁷⁰

Solche Verteufelungen waren indes die Ausnahme. Weit- aus häufiger bewegten sich Lochers Kritiker auf dem von Keller angesprochenen Gemeinplatz. Der publizistische Gegenschlag der „Systemler“ wurde von dort aus geführt. 1867 veröffentlichte der Rechtsprofessor Rüttimann eine Artikelserie in der Neuen Zürcher Zeitung.⁷¹ Darin durchleuchtete er Lochers Justiz-Komödie auf ihren juristischen Gehalt. Im Wesentlichen kam Rüttimann zum Schluss, die angeblichen „Justizmorde“ seien auf die Ungenauigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft zurückzuführen: „Ist es doch eine ganz alltägliche Erscheinung, dass juristische Fakultäten in guten Treuen über einen Rechtsfall diametral entgegengesetzte Gutachten abgeben“⁷². Von vorwerfbaren Verfehlungen der Behörden könne deshalb keine Rede sein. Rüttimann eröffnete damit eine neue Diskursebene. Locher hatte seine Publikationen bewusst spielerisch konzipiert; ob die von ihm geschilderten Zustände real seien, müsse der kritische Leser selbst entscheiden.⁷³ Rüttimann ignorierte dieses Schattenspiel mit der Wahrheit. Er rückte die Komödie

in ein ernsthaftes Licht – plötzlich wurden die Kategorien wahr/falsch auf das Grotteske anwendbar. Daran knüpfte eine vom Zürcher Richter Leonhard Tobler anonym verfasste Replik auf Locher an. Tobler sprach seinem Kontrahenten darin den „juristische Sinn“ ab, bestritt die „geistige Schärfe“ und die Fähigkeit Lochers, das „Wesentliche vom Unwesentlichen zu sondern“.⁷⁴ Die Substanzlosigkeit der Pamphlete schien mithin erwiesen. Tobler gelang es indessen nicht, die Frage nach dem Wahrheitsgehalt der Pamphlete aus der öffentlichen Diskussion zu verbannen. Die gegen Ullmer vorgetragenen Vorwürfe sowie dessen persönlicher Kampf gegen Locher mittels Ehrverletzungsklagen veranlassten den Großen Rat zur Einsetzung einer Untersuchungskommission unter Vorsitz des Zürcher Rechtsprofessors Friedrich von Wyss (1818–1907). Die Kommission überprüfte alle von Locher behaupteten Fehlurteile, indem sie die einschlägigen Prozessakten entsiegeln ließ und sich mehrere Wochen in diese vertiefte. Am 10. Februar 1868 legte sie ihren Bericht dem Großen Rat vor, mit Antrag auf Entlastung des Obergerichts.⁷⁵ Auch wenn die Untersuchung somit das Obergericht entlastete, stand Ullmer in einem ungünstigen Licht da. Unter öffentlichem Druck legte er sein Amt nieder.⁷⁶ Das Gesicht verlor Ullmer endgültig, nachdem er mehrere Ehrverletzungsklagen gegen Locher aus prozesstaktischen Gründen fallen ließ. Jakob Dubs urteilte daraufhin gegenüber Escher: „Der Kerl ist wirklich kein Schuss Pulver wert!“⁷⁷.

Die offizielle Abklärung des juristischen Gehalts der Pamphlete beschleunigte deren Verbreitung. Weit über die Kantonsgrenzen erfuhr die Öffentlichkeit von angeblichem Schlendrian und Nepotismus in Zürich. Das „Neue Tagblatt aus der östlichen Schweiz“ druckte im Januar 1868 sogar einen Auszug aus den „famosen Locher'schen Broschüren“.⁷⁸ Die Öffentlichkeit interessierte sich nicht für die juristische Substanz der Publikationen, sie zelebrierte stattdessen die Dekonstruktion des „Systems“. Die griffige Zuspitzung von sozialen Verwerfungen in Begriffen wie „Prinzeps“ oder „Geldprotz“ sowie die Schilderung von „aristokratischen“ Strukturen fingen die latenten Wertungen der Bevölkerung ein. Sie erklären auch Lochers Erfolg.⁷⁹ Wie durchschlagend dieser war, lässt sich am Interesse der Bürger für die Grossratswahlen ablesen. Die Wahlbeteiligung schnellte in diesen Jahren von 30.4 % (1862) auf 43.2 % (1866) bis zu 93.7 % (1868, Verfassungsrat) in die Höhe!⁸⁰ Ein direkt

technik und Rechtsentwicklung – Über die Einflüsse der Eisenbahn auf das Recht im 19. Jahrhundert, in: Lukas Gschwend/René Pahud de Mortanges (Hrsg.), Wirtschaftsrechtsgeschichte der Modernisierung in Mitteleuropa (= Europäische Rechts- und Regionalgeschichte, Band 9), 87–123, 95 f.

⁷⁰ Gottfried Keller, Die Leute von Seldwyla: Das verlorene Lachen, in: Gustav Steiner (Hrsg.), Gottfried Kellers Werke, Band 4, Basel (ohne weitere Angaben), 241–346, 302.

⁷¹ Auch in Form einer Sammelpublikation erschienen: Johann Jakob Rüttimann, Ueber die Freiherren von Regensberg, Zürich 1867.

⁷² Rüttimann, Fn. 71, 10.

⁷³ Locher, Fn. 53, 178 f.

⁷⁴ Anonym (Leonhard Tobler), Dr. Friedrich Locher, Zürich 1867, 6.

⁷⁵ Erinnerungen aus dem Leben von Dr. Friedrich von Wyss (= Separatdruck aus dem Zürcher Taschenbuch 1912/1913), Zürich 1913, 100. Anspielungen auf die Untersuchung finden sich bei Friedrich Locher, Die Freiherren von Regensberg, V. Theil. Die Prozesshexe, Bern 1868, III f.

⁷⁶ Robert Hauser, Die Zürcherische Rechtspflege im Wandel 1831–1981, in: Blätter für Zürcherische Rechtsprechung 1981 (Sonderheft), 257–319, 287 f.

⁷⁷ Zitiert nach Ermatinger, Fn. 41, 91.

⁷⁸ Neues Tagblatt aus der östlichen Schweiz, Nr. 19, 24. Januar 1868; weitere, ähnlich heftige, aber nicht immer positive Reaktionen der zeitgenössischen Medien sind zusammengestellt bei: Traugott Keller, Heinrich Grunholzer, Lebensbild eines Republikaners im Rahmen der Zeitgeschichte, Band 2, Zürich 1878, 878 f.

⁷⁹ Schaffner, Fn. 10, 171–174, Weinmann, Fn. 10, 296.

⁸⁰ Schaffner, Fn. 10, 84.

nachweisbarer Zusammenhang zwischen Wahlbeteiligung und Verbreitung der Pamphlete besteht zwar nicht, doch sensibilisierten Letztere zweifellos die Wählerschaft für die politischen Vorgänge. Einschätzungen von zeitgenössischen Beobachtern bestätigen die gleichsam elektrisierende Wirkung der Publikationen. Der Zürcher Historiker Georg von Wyss (1816–1893), der Bruder von Friedrich von Wyss, urteilte: Ungeachtet eines „erschreckend leichtfertigen“ Umgangs mit der Wahrheit habe Locher berechnete Kritik formuliert; die Lunte am Pulverfass sei nun entzündet, die Verfassung müsse revidiert werden. Locher erscheint als „agent provocateur“.⁸¹ Selbst die juristische Öffentlichkeit, also Exponenten des angeprangerten „Systems“, teilte die Einschätzung, wobei die zeitgenössischen Beobachter je nach politischen Präferenzen entweder mit den Liberalen oder mit der Opposition sympathisierten.⁸²

V. Deutungen

Lochers Pamphlete entziehen sich einer verlässlichen Interpretation. Das liegt an der Fülle der ausgebreiteten Themen, dem fraglichen Wahrheitsgehalt und auch an der undurchsichtigen Motivation von Friedrich Locher. Trieb ihn vor allem persönliche Profilierungssucht an? Verbietet sich somit eine konkret am Inhalt der Pamphlete haftende Deutung, so ist eine Würdigung im größeren Kontext umso ertragreicher. Entweder mit erstaunlichem Scharfsinn oder ausgeprägtem Instinkt thematisierte Friedrich Locher strukturhistorische Konfliktlinien der schweizerischen Justizgeschichte. Als Zeitdokumente spiegeln die Pamphlete die konfliktreiche Transformation einer nach wie vor ständisch geprägten Gesellschaft in eine funktional-differenzierte, auf Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit basierende Nation. Zwei Problemfelder zeichnen sich im historischen Kontext von Lochers Publikationen besonders markant ab: Die schwierige Durchsetzung der richterlichen Unabhängigkeit im jungen Rechtsstaat und die prekäre Legitimation desselben.

1. Richter und Politik

Bis 1831 herrschten in den schweizerischen Kantonen aufgrund verkrusteter Strukturen durchaus Zustände, wie sie Locher schilderte. In den Stadtkantonen ballte sich enorme Macht bei einem einzigen Gremium, dem Kleinen Rat. Die Rechtsprechung der kantonalen Obergerichte konnte in Konkurrenz treten zu dessen Sozialgestaltung. Der Justiz fehlte in erster Linie die fachliche Integrität, um sich im Kollisionsfall gegenüber dem Kleinen Rat zu behaupten. So beklagte der Zürcher Rechtsgelehrte und Historiker Ludwig Meyer von Knonau fehlendes juristisches Wissen an zürcherischen Gerichten, die dadurch begünstigte Beeinflussung pender Verfahren sowie die bewusste Unterbindung einer Professionalisierung der Justiz durch den Kleinen Rat: „Alles, was ge-

lehrt schien, war einer Anzahl von Tonangebern im Kleinen Rat verdächtig.“⁸³ Prekäre juristische Kenntnisse auf Seiten der Richterschaft begünstigten autoritäre und intentionale Übergriffe der Politik in die Sphäre der Justiz.⁸⁴ Solche stießen zwar auf Kritik. Aber normative Grundsätze wie die Gewaltenteilung oder der Vorrang des Gesetzes waren noch zu porös, um Eingriffe der Politik in den Rechtsgang wirksam zu verhindern.⁸⁵ Erst nach und nach wurden sie zu einem handlungsrelevanten Orientierungssystem verfeinert. Die 1831 an die Macht gelangten Liberalen setzten hier an; sie beabsichtigten die substantielle Modernisierung der Justiz durch Verfahrensreformen.⁸⁶ Für die Doktrinäre der Regeneration schützte der Richter bürgerliche Freiheit und Eigentum gegenüber Dritten, vor allem aber vor staatlichen Interventionen.⁸⁷ Den noch lebendigen Erinnerungen an willkürlich ausgeübte Macht wurde die Gesetzesherrschaft entgegen gesetzt. In dieser Situation schien die unabhängige und ans Gesetz gebundene Justiz eine Verbündete gegen arbiträre Praktiken der Exekutive.⁸⁸ Das liberale Rechtsstaatsmodell des 19. Jahrhunderts hatte demnach die Ausdifferenzierung eines sowohl gegenüber gesellschaftlichen als auch gegenüber politischen Einflüssen autonomen Justizsystems zum Ziel, was erstens die normative Trennung von Justiz und Politik sowie zweitens die formal-rationale Konstituierung des Justizsystems bedingte.⁸⁹ Lochers Pamphlete konfrontierten dieses Modell mit seinen Realisierungsbedingungen. Sie zeigten knapp 30 Jahre nach dem politischen Durchbruch der Li-

⁸³ Gerold Meyer von Knonau (Hrsg.), *Lebenserinnerungen von Ludwig Meyer von Knonau 1769–1841*, Frauenfeld 1883, 288.

⁸⁴ Kradolfer, Fn. 18, 143–161, mit Nachweisen.

⁸⁵ Siehe dazu den Appell bei: Samuel Ludwig Schnell, *Handbuch des Civilrechts*, Bern 1811, 112 f.: „Der Regent, welcher die drey Zweige der öffentlichen Gewalt alle selbst ausübt oder durch Beamte ausüben lässt, die in allen ihren Handlungen unter seinem Einflusse stehen, ist freylich Regent: Allein die Meinung, dass er in dieser Eigenschaft bloss das allgemeine Beste zu bewerkstelligen sucht (...) wird bey weitem nicht einen so festen Grund haben, als sie haben würde, wenn er es einem wohlgewählten, von seinem Einflusse ganz unabhängigen Volksausschusse überliesse, das Bedürfniss des Staates in allgemeinen Regeln (Gesetzen) anzugeben, und einem anderen eben so unabhängigen Ausschusse von Rechtskundigen die richterliche Gewalt übertrüge.“

⁸⁶ Vgl. Elsener, Fn. 24, S. 370 f.; René Pahud de Mortanges, *Schweizerische Rechtsgeschichte*, St. Gallen/Zürich 2007, Rz. 344.

⁸⁷ Vgl. [Anonym] (Ludwig Snell), *Entwurf einer Verfassung nach dem reinen und ächten Repräsentativsystem*, das keine Vorrechte und Exemptionen kennt, sondern auf der Demokratie beruht, Basel 1831, 48: „Von dem Richterstande hängt mehr, wie von irgend einer Staatsgewalt, die Erreichung des Staatszwecks: persönliche Freiheit, Sicherheit des Eigentums und die dadurch erst mögliche Entwicklung aller menschlichen Anlagen, also die Behauptung der Menschenwürde ab.“

⁸⁸ Wilhelm Snell, *Naturrecht nach den Vorlesungen des Dr. Wilh. Snell*, Bern 1859, 215 f.: „Wo die Behörde, welche die physische Gewalt in den Händen hat, d.h. wo die Regierung sich selbst das Gesetz geben und den Richterspruch fällen kann (...), da ist der Bürger in der Hand der Willkür (...). Die Nothwendigkeit der Gewaltentrennung folgt schon aus ihrer [der Regierung] naturgemässen Unterordnung; denn da der Richter das Gesetz und die Regierung Gesetz und Richterspruch über sich anerkennen soll, so muss daher jede dieser Funktionen in eine andere Hand gelegt werden (...).“

⁸⁹ Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, 4. Auflage, Wiesbaden 2008, 172 f.; Regina Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert (= Aufklärung über Justiz, Band 2, Rechtsprechung: Materialien und Studien, Band 28)*, Frankfurt am Main 2008, 13 ff.

⁸¹ Eduard His, *Briefwechsel zwischen Georg v. Wyss und Andreas Heusler-Ryhiner: 1843–1867*, in: *Basler Zeitschrift für Geschichte und Altertumskunde* 32 (1933), 5–237, 230 f.

⁸² Vgl. Jakob Dubs, *Die schweizerischen Demokratie in ihrer Fortentwicklung*, Zweiter Abdruck, Zürich 1868, 73; Edouard Tallichet, *La crise politique dans le canton de Zurich*, *Bibliothèque universelle et revue suisse* 34 (1869), 270–300, 357–398, 359 f.; *Erinnerungen aus dem Leben von Dr. Friedrich von Wyss (= Separatdruck aus dem Zürcher Taschenbuch 1912/1913)*, Zürich 1911, 101.

beralen faktisch gegebene, aber normativ durch das Gewaltenteilungsprinzip überdeckte Verflechtungen zwischen Justiz und Politik auf und setzten hinter die formal-rationalen Qualitäten der Rechtsprechung ein Fragezeichen.

Die enge Verbindung von Rechts- und politischem System war charakteristisch für den jungen Bundesstaat: Von den 38 Bundesrichtern, die zwischen 1848 und 1874 amtierten, saßen 33 im eidgenössischen Parlament. Fünf von ihnen wurden Bundesräte, etwa der Berner Radikale Jakob Stämpfli und der Zürcher Liberale Jakob Dubs.⁹⁰ Wie erklärt sich die hohe Durchlässigkeit? Der 1848 gegründete Bundesstaat war auf juristisches „Know-How“ angewiesen.⁹¹ Dem Juristen eröffnete sein Fachwissen deshalb nicht nur Betätigungsfelder in der Justiz, sondern vor allem in der eidgenössischen Politik. Da die Richterwahl in den Schweizer Kantonen an keine oder an geringe Voraussetzungen geknüpft war,⁹² fehlte dem Richterstand zudem eine vorgezeichnete Berufsbiografie, womit einheitliche Sozialisierungsbedingungen und identitätsbildende Wertvorstellungen entfielen. Unter diesen Bedingungen war es für den Juristen des 19. Jahrhunderts attraktiver, eine Karriere im politischen statt im Rechtssystem anzustreben. Weder die Kantone noch der Bundesstaat veränderten diese Ausgangslage durch gezielte Reformen.

Die träge Justizpolitik erklärt sich teilweise aus längerfristigen und verzögerten Modernisierungsprozessen der kantonalen Gemeinwesen. Bis 1798 war die Schweiz ein Konglomerat vertraglich verbundener Kleinstaaten. Dieses Bündniswesen fing interne Konflikte erfolgreich ab. Die Bundesgenossen konnten sich in den kleinräumigen, teils geografisch schwer erschließbaren Gebieten der heutigen Schweiz friedlich zu zwar elitären, im Grundsatz aber republikanischen (nicht monarchischen) Gemeinwesen entwickeln.⁹³ Strukturell blieben sie schwach, da sie weder innen- noch außenpolitisch auf einen Erzwingungsapparat zur Durchsetzung ihrer Kommunalpolitik angewiesen waren.⁹⁴ Die vergleichsweise defizitäre Staatlichkeit der schweizerischen Orte wirkte im 19. Jahrhundert nach und konnte die Entstehung rechtsstaatlicher Organisationsformen hemmen.⁹⁵ Weiter spielten ideologische Faktoren eine Rolle. Die Eidgenos-

sen pflegten seit der Neuzeit ein bewusst bodenständig-pragmatisches Rechtsdenken, das einerseits mit dem republikanischen Selbstverständnis harmonisierte, andererseits erwünschte Kontraste zum Heiligen Römischen Reich schuf.⁹⁶ Hierarchische Behördenstrukturen, generell-abstrakt normierte Verfahrensabläufe und durch Bildungsvoraussetzungen verengte Zugänge zum Rechtswesen standen daher im Geruch, unrepublikanisch – unschweizerisch – zu sein. Eine historisch-genetische Rechtstheorie, wie sie die Gründer der 1852 ins Leben gerufenen Zeitschrift für schweizerisches Recht kolportierten, verlieh solchen tradierten Leitbildern mindestens unterschwellig Dignität.⁹⁷ Somit stieß die Durchsetzung des formal-rationalen Rechtsstaats in der Schweiz auf ungünstigste mentalitäts- und strukturhistorische Prädispositionen. Ausgleichend wirkte die demokratische Tradition.⁹⁸

2. Legitimationsprobleme des Rechtsstaats

Lochers Pamphlete rücken den schweizerischen Rechtsstaat in ein schiefes Licht, indem dessen formal-rationale Qualitäten entweder als ineffizient oder als moralisch defizitär dargestellt werden. Die breite Bevölkerung übernahm diese Wertungen bereitwillig angesichts krisenhafter Ereignisse und den nur schwer durchschaubaren wirtschaftlichen Veränderungen der Zeit. Die öffentliche Wahrnehmung des Rechtsstaats war somit eine kritische.⁹⁹ Allerdings artikulierte Locher in erster Linie Sorgen und Ängste des „einfachen“ Volks, die führenden Liberalen und Radikalen hingegen hatten spätestens seit der Regeneration den formal-rationalen Rechtsstaat als einzig denkbare Form für politische Herrschaft verinnerlicht. Dieses Staatsverständnis teilten zahlreiche Bürger nicht. Insbesondere den aus ländlichen Gegenden der Schweiz stammenden Personen fehlten Erfahrungen mit moderner „Staatlichkeit“. Sie begriffen den Staat vor dem Hintergrund ihres Alltags in einer kleinräumigen Gemeinde, mithin als informalen Verbund gleichberechtigter Bürger. Der bürokratische Rechtsstaat war ihnen nicht selten suspekt.¹⁰⁰ Die zürcherische Verfassungsbe-
wegung von 1868 offenbarte solches Missbehagen und provozierte Abwehrreaktionen. Das Volk rief nach „Popularisierung“ der Rechtspflege.¹⁰¹ In einer Würdigung dieser Forderung erkannte Johann Jakob Rüttimann,

⁹⁰ Michele Luminati, *Ges(ch)ichtslose Justiz? – Prolegomena zur Justizgeschichte des Schweizerischen Bundesstaats*, in: Senn Marcel/Soliva Claudio (Hrsg.), *Rechtsgeschichte & Interdisziplinarität. Festschrift für Clausdieter Schott zum 65. Geburtstag*, Bern 2001, S. 339–349, 347.

⁹¹ Vgl. Thomas Maissen, *Geschichte der Schweiz*, Baden 2010, 211.

⁹² Kradolfer, Fn. 18, 40 f., mit Nachweisen.

⁹³ Roger Sablonier, *Schweizer Eidgenossenschaft im 15. Jahrhundert. Staatlichkeit, Politik und Selbstverständnis*, in: Josef Wiget (Hrsg.), *Die Entstehung der Schweiz. Vom Bundesbrief 1291 zur nationalen Geschichtskultur des 20. Jahrhunderts*, Schwyz 1999, S. 9–42, 24 ff.

⁹⁴ Rudolf Braun, *Das ausgehende Ancien Régime in der Schweiz*, Göttingen/Zürich 1984, S. 211 ff.; Hans Conrad Peyer, *Verfassungsgeschichte der alten Schweiz*, Zürich 1978, 107 ff.; Wolfgang Reinhard, *Geschichte der Staatsgewalt*, 3. Auflage, München 2002, 251 ff.

⁹⁵ Kradolfer, Fn. 18, 31–48; Clausdieter Schott, *Wir Eidgenossen fragen nicht nach Bartele und Baldele*, in: Kroeschell Karl (Hrsg.), *Gerichtslauben-Vorträge. Freiburger Festkolloquium zum 75. Geburtstag von Hans Thieme, Sigmaringen 1983*, S. 17–45, 43 f.

⁹⁶ Vgl. Clausdieter Schott, *Die Eidgenossen vor dem Reichskammergericht*, in: Lingelbach Gerhard/Lück Heiner (Hrsg.), *Deutsches Recht zwischen Sachsenspiegel und Aufklärung*, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris 1991, S. 79–93.

⁹⁷ Emil Franz-Joseph Müller-Büchi, *Johannes Schnell und die Pflege der vaterländischen Rechtsgeschichte in der „Zeitschrift für schweizerisches Recht“*, in: *Ius et lex. Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller*. Herausgegeben von der juristischen Fakultät der Univ. Freiburg (Schweiz), Basel 1959, S. 97–116, 106 ff.

⁹⁸ Vgl. Fritz Fleiner, *Beamtenstaat und Volksstaat*, in: Fritz Fleiner, *Ausgewählte Schriften und Reden*, Zürich 1941, 138–162.

⁹⁹ Vgl. zum Spannungsverhältnis zwischen politischer Öffentlichkeit und Rechtsstaat grundsätzlich: Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuaufgabe 1990, Frankfurt am Main 1990, 148 ff.

¹⁰⁰ Andreas Suter, *Probleme des Rechtsstaates: Die schweizerische Entwicklung als Sonderfall?*, in: Rolf Kappel/Hans-Werner Tobler (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit im Zeitalter der Globalisierung*, Freiburg im Breisgau 2005, S. 49–76, 70.

¹⁰¹ Kölz, Fn. 40, 71.

dass sie nicht nur an der aktuellen Organisation der Justiz rüttelte, sondern sich im Kern gegen formal-rationales Recht, ja gegen juristische Rationalität überhaupt richtete. Rüttimann meinte, die Kritik einer angeblich zu formalen und zu wenig „volkstümlichen“ Justiz in Zürich gehe von der falschen Annahme einer Unvereinbarkeit von Wissenschaft und Recht aus. Dem sei keineswegs so, „sonst müsste man je baldier je lieber die Jurisprudenz über Bord werfen.“¹⁰² Was Rüttimann hier mit Selbstverständlichkeit voraussetzte – die Ausdifferenzierung des juristischen aus dem allgemeinen praktischen Diskurs – hatte die gesellschaftliche Wahrnehmung indes noch nicht erreicht. Die Reaktionen auf Lochers Pamphlete demonstrieren, dass die Bevölkerung mit einer moralisch vorstrukturierten Erwartungshaltung an das Rechtssystem herantrat, während dessen Exponenten gerade die formal-rationale Rechtsprechung als Fortschritt gegenüber einer überwundenen „Billigkeitsjustiz“ werteten.¹⁰³ In der öffentlichen Wahrnehmung der Bürger wurde der Rechtsstaat zu einem Vexierbild: Er garantierte zwar (formal) Rechtssicherheit, dies aber um den Preis von materieller Gerechtigkeit. Die in der ersten Hälfte des 19. Jahrhundert errungene und in der schweizerischen Verfassungsrealität verankerte Scheidung von Recht, Moral und Politik litt in der öffentlichen Wahrnehmung unter Auflösungserscheinungen. Die relativ geringe institutionelle Ausdifferenzierung des kantonalen Rechtswesens konnte diese Tendenz gewiss verstärken. Aber der Befund ist nicht ausschließlich mit dem retardierenden Staatenbildungsprozess der Kantone erklärbar; erst die zusätzliche Berücksichtigung struktureller Voraussetzungen des Rechtsstaats erlaubt eine plausible Bewertung. Es rechtfertigt sich daher, den Bogen zum heutigen Verhältnis von Justiz und Öffentlichkeit zu schlagen.

Legitimität ist grundsätzlich eine knappe Ressource. Die Pluralität der Medien in der modernen Gesellschaft verschärft das Legitimationsdefizit zusätzlich, da sie Informationen tendenziell verzerrt.¹⁰⁴ Augenfällig wird dies, wenn rechtspolitisch heikle Gerichtsurteile öffentliche Aufmerksamkeit erlangen. Medien und Kommentatoren bewerten Urteile regelmäßig anders und zumeist stärker unter materiellen Gesichtspunkten als die juristische Fachwelt. Recht, Moral und Politik drohen im öffentlichen Diskurs zu verschmelzen.¹⁰⁵ Dies drängt die Justiz in

ein Dilemma: Will sie ihre rechtsstaatlichen Qualitäten nicht einbüßen, namentlich die im 19. Jahrhundert durchgesetzte Autonomie gegenüber anderen gesellschaftlichen Wertsphären, muss sich ihre Sozialgestaltung auf den juristischen „point of view“ beschränken.¹⁰⁶ Sie enttäuscht dadurch nicht selten die öffentlichen (medialen) Erwartungen, woraufhin Kritik nicht ausbleibt: „Die gerichtlichen Verfahren und die darin ergehenden Urteile werden nicht mehr blosse referiert (...). Gefragt ist nicht Zustimmung, sondern Widerspruch als Ausdruck der öffentlichen Justizkontrolle.“¹⁰⁷ Wie das Legitimationsproblem der Justiz bewältigt werden soll, hängt maßgeblich davon ab, welche Funktionen Recht und Justiz in einer Gesellschaft zugeschrieben werden. Mindestens zwei theoretische Standpunkte sind denkbar: Einmal kann gerade in der sozialen Entfremdung von Konflikten die eigentliche Aufgabe von Recht und Justiz erblickt werden, mit der theoretischen Konsequenz, dass die Sicherstellung von öffentlicher Akzeptanz durch Recht weder möglich noch wünschbar ist.¹⁰⁸ Weniger radikal ist die zweite Deutungsweise. Die öffentliche Auseinandersetzung über die richterliche Tätigkeit verfügt danach über eine entspannende Integrationswirkung; es ist zwar aufgrund unterschiedlicher Dispositionen der Beteiligten kein Konsens über die Güte eines gerichtlichen Urteils zu erwarten, aber bereits die Möglichkeit von Kritik erhöht die Legitimität der Justiz. Die integrative Wirkung des öffentlichen Diskurses verkehrt sich jedoch in das Gegenteil, sobald die Öffentlichkeit hinreichend Druck aufbaut, um tatsächlich die innere Entscheidungsautonomie der Richterschaft zu tangieren.¹⁰⁹

Ungeachtet der theoretischen Fassung des Problems bleibt fraglich, ob die Justiz ihre gesellschaftliche Autonomie allein aufgrund eigener sozialer Funktionen legitimieren kann. Ohne ein politisches System, welches seinerseits gesellschaftlichen Konsens erzeugt und an die Träger administrativer Macht weitergibt, dürfte ein kaum zu überwindender Graben zwischen Justizsystem und Gesellschaft bestehen bleiben. Die Pamphlete Lochers deuten zumindest in diese Richtung.

¹⁰² Johann Jacob Rüttimann, Zur Geschichte und Fortbildung der Zürcherischen Rechtspflege, in: Johann Jacob Rüttimann, Kleine vermischte Schriften juristischen und biographischen Inhalts, Zürich 1876, S. 123–150, 148.

¹⁰³ Vgl. Friedrich Ludwig Keller, Die neuen Theorien in der Zürcherischen Rechtspflege, Zürich 1828, 36 f.: „... unterscheidet man noch, was moralisch schön und durchaus lobenswerth ist (...) und anerkennt man die Nothwendigkeit und Wohlthätigkeit der Lehre vom rechtlichen Beweis (...) so wird die Differenz zwischen wahrem Recht und wahrer Billigkeit sicherlich so gross nicht mehr sein.“

¹⁰⁴ Vgl. Roland Burkart, Kommunikationswissenschaft, 4. Auflage, Wien/Köln/Weimar 2002, 186 ff.

¹⁰⁵ Regina Ogorek, Recht, Moral, Politik: Zum Richterbild in der Mediengesellschaft, in: Regina Ogorek, Aufklärung über Justiz, Band 1: Abhandlungen und Rezensionen (= Rechtsprechung, Materialien und Studien, Band 28), 343–360, 351 ff.; ähnliche Beobachtungen bei: Kurt Eichenberger, Sonderheiten und Schwierigkeiten der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz, in: Georg Müller/René Rhinow/Gerhard Schmid (Hrsg.), Vom schweizerischen Weg

zum modernen Staat. Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, Basel/Genf/München 2002, 290–314, 310 f.; Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, 210 ff.; Peter Studer, Medien, Gerichte und Kritik an Gerichten, in: Benjamin Schindler/Patrick Sutter (Hrsg.), Akteure der Gerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2007, 339–362, 357 f.; Hans Peter Walter, Gedanken zum Richteramt, ZBJV 1991, 611–633, 628 f.

¹⁰⁶ Vgl. Manfred Rehbinder, Rechtssoziologie, 6. Auflage, München 2007, § 6 Rz. 106; Helmut Schelsky, Die juristische Rationalität, Opladen 1980, 16.

¹⁰⁷ Hans Peter Walter, Selbstbewusste Justiz, in: Ruth Herzog/Reto Felber (Hrsg.), Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart, Bern 2010, 561–586, 568.

¹⁰⁸ Gunther Teubner/Peer Zumbansen, Rechtsentfremdung: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 2000, 189–215; Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993, 257 ff.: Die Reformulierung sozialer Probleme in der Sprache des Rechts sei Bedingung für Evolution.

¹⁰⁹ Vgl. Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, erweiterte Auflage, Frankfurt am Main 1994, 208 ff.; 435 ff.; 529 f.

Laborers in the courtroom: from a rock to a hard place? Two case studies from nineteenth century Belgium

Bruno Debaenst, Gent

Judicial activities in the past have to be studied from a contextual, legal historical point of view in order to bypass blurring caused by 'Hineininterpretierung'. This article discusses two cases from nineteenth century Belgium: the criminal practice regarding the coalition prohibition and the labor accident compensation trials. In both cases judges only applied the law, with respect for it.

Abstract: Die Jurisprudenz vergangener Jahrhunderte soll in in dem historischen Kontext erforscht werden. So kann man das Hineininterpretieren vermeiden. Dieser Aufsatz enthält zwei belgische Rechtshistorische Themen des 19. Jahrhunderts: die Verstöße gegen das Koalitionsverbot und ihre Bestrafung, sowie das Gerichtsverfahren bei Arbeitsunfälle. In beiden Fällen haben die belgischen Richter sich strikt das Gesetz gehalten.

Resumé: Il faut étudier la jurisprudence du passé d'une perspective contextuelle afin d'éviter des interprétations fautive causées par une 'Hineininterpretierung'. Dans cet article deux cas de la Belgique du 19^e siècle sont analysés : la répression criminelle du délit de coalition et les procès concernant les accidents du travail. Dans les deux cas, les juges n'appliquaient que le droit.

I. Introduction

Belgian judges were almost per definition typical exponents of nineteenth century bourgeois society.¹ They were all university schooled², belonged to the wealthy higher classes, spoke French³, had a high ranking status in society, etc. From that perspective it is interesting to investigate how they (re)acted towards the laborers who appeared in their courtrooms. As these laborers belonged to the lower classes in society, it is tempting to (re)define their interaction from a perspective of 'class justice'. The concept 'Klassenjustiz' was first used by the German socialist Karl Liebknecht in 1907, to point at an assumed severe attitude of the judges, who belonged to the ruling class, towards laborers, who belonged to the subordinated classes.⁴ This view inspired by communist ideas certainly has influenced and contaminated our popular view

of the 'class struggle' of nineteenth century Belgium. In order to get a clearer and more unbiased view of judicial reality, we will study two specific cases where the world of labor coincided with the judicial world. The first one is the criminal practice of the coalition crime ('délit de coalition'), where laborers were being prosecuted because of collective actions they had taken. Subsequently, we will analyze the attitude of the judiciary towards the problem of labor accidents in the last quarter of the nineteenth century. In doing so, we hope to refine our perception of the judiciary in this fascinating period of industrialization that changed Belgian society profoundly.

II. 'Striking' justice?

During a heated debate in the Chamber in 1904, the famous Flemish socialist Emile Vandervelde referred to an event that had occurred half a century earlier.⁵ According to Vandervelde, Charles de Kerckhove de Denterghem, the liberal major of Ghent, had played a decisive role in impounding a labor resistance fund in 1858.⁶ This accusation led to a fierce reaction from the major's son Oswald,⁷ who wrote a pamphlet to refute the allegations of Vandervelde and to restore the fame of his father.⁸ It turned out that Vandervelde had based the story upon some inaccurate sources that only can be described as socialist propaganda.⁹ Vandervelde, who considered himself the ideological successor of the striking laborers of

¹ The discussion about the meaning of the term 'bourgeois' itself could be the subject of an article. Here we interpret 'bourgeois' as belonging to these classes that governed nineteenth century society. About the genesis of this 'class' in France, see: S. MAZA, *The myth of the French bourgeoisie. An essay on the social imaginary. 1750-1850*, Harvard, 2003.

² All the professional judges in Belgium had to be university schooled lawyers. Even the lowest judges, the judges of the peace, had to be university schooled lawyers from 1841 on. J.-P. NANDRIN, *La justice de paix à l'aube de l'indépendance de la Belgique (1832-1848). La professionnalisation d'une fonction judiciaire*, Brussels, FUSL, 1998, 142.

³ Justice in nineteenth century Belgium was for the bigger part French. It took a long and hard struggle to reinstate Dutch as an official language in the North of the country, where it was the mother tongue of the majority of the population. About this evolution, see: H. VAN GOETHEM, *De taaltoestanden in het vlaams-belgisch gerecht, 1795-1935*, Brussels, KAWLSKB, 1990.

⁴ S. PARMENTIER, *Met en twee maten en twee gewichten. Van klassejustitie naar justitie met klasse?*, in: D. HEIRBAUT, X. ROUSSEAU en K. VELLE (ed.), *Politieke en sociale geschiedenis van justitie in België van 1830 tot heden*, Bruges, Die Keure, 369-385.

⁵ 'En 1858, c'était pourtant un libéral, ce bourgmestre de Gand qui allait au local de l'Association ouvrière confisquer le pauvre argent que les ouvriers tisserands gantois étaient parvenus à réunir pour créer un fonds de résistance.' Chamber, session 20 April 1904, *Annales parlementaires*, 1337.

⁶ Charles de Kerchove de Denterghem (1819-1882) was the major of Ghent between 1858 and 1882. He was also a member of the provincial council of Eastern Flanders between 1851 and 1863. T. VALCKE (ed.), *De fonteinen van de Oranjeberg. Politiek-institutionele geschiedenis van de provincie Oost-Vlaanderen van 1830 tot nu*, IV. Biografieën van twintigste-eeuwse beleidsmakers, Ghent, Academia Press, 2003, 21.

⁷ Oswald Charles de Kerchove de Denterghem (1844-1906) was a Ghent lawyer. He had a rich political career. Between 1875 and 1878, he was a member of the provincial council of Eastern Flanders, between 1878 and 1884 he was the governor of the province of Henegouwen. Between 1884 and 1894 he was a liberal member of the lower house of parliament and from 1900 till his death in 1906 he was a senator.

⁸ O. DE KERCHOVE DE DENTERGHEM, *La grève des tisserands Gantois en 1859. Souvenir d'autrefois*, Brussels, Bruylant, 1904.

⁹ It was Vandervelde himself who mentioned his sources in a letter to Oswald de Kerchove: the first source was a novel entitled 'Voor 't volk geofferd' and the second source was a book about the history of socialism in Belgium, written by Vandervelde himself and Jules Destrée, another socialist. O. DE KERCHOVE DE DENTERGHEM, *La grève des tisserands Gantois en 1859. Souvenir d'autrefois*, Brussels, Bruylant, 1904, 16.

the middle of the nineteenth century, had appropriated an infamous story of criminal repression to attack his political opponents. After all, the anecdote brought to mind the harsh criminal repression of striking laborers in the middle of the nineteenth century in Ghent, which fit perfectly with the popular image of the suppressed, miserable 'classes laborieuses, classes dangereuses' that were being crushed by the ruling classes, with the willing help of the judiciary.

Although Vandervelde had dramatized the story a little, it was based upon true facts. From 1857 till 1861, Ghent, often referred to as the Manchester of the continent, was hit by a number of long lasting, big scale strikes in the mechanic textile industry.¹⁰ It was not the first time that the problems of the 'social question' led to a crisis, but previously, the laborers used a different arsenal of action, such as petitions to King and parliament, demonstrations, gatherings, meetings with the city council, etc.¹¹ In the second half of the nineteenth century however, the laborers developed new techniques to put pressure upon their employers in order to get a pay raise. One of these was to shut down factories sequentially, i.e. one after another, which allowed striking laborers to be supported by their working comrades. Another technique was the organization of resistance funds in order to sustain the hardship caused by unemployment. From 1857 on, several new associations of laborers - weavers, spinners and metal workers - were founded with this purpose.¹²

Soon thereafter, the first factories were shut down.¹³ When the news of this organized action reached the factory owners, 35 of them decided on the 8th of September 1857 to write a letter to the public prosecutor to put a formal complaint against the striking laborers, because of the obvious infraction against the 'délit de coalition'.¹⁴ It was the beginning of a criminal investigation, which led to a big trial that started on the 12th of November 1857. In total, 40 laborers were being prosecuted, of whom 28 were condemned and 12 acquitted.¹⁵ Two years later, in 1859, the workers of three factories went into strike

again. Money was collected in the other, still operational factories, to support their striking brethren. When the factory owners found out about this resistance fund, they asked the judicial instances to intervene. The public prosecutor responded to their request by ordering the police to impound the money, which happened on the 20th of March, 1859, despite loud protests of the laborers.¹⁶ This was the event to which Vandervelde referred during the parliamentary debates in 1904. This time, 43 laborers were indicted before the Ghent criminal court. Six of them were being condemned because of 'rebellion' and 37 because of an infraction against the infamous 'délit de coalition'. In 1861, the same thing happened all over again.¹⁷

These subsequent Ghent trials drew the attention of public opinion and judicial harshness led to a lot of protest in several journals, like *l'Economiste belge* edited by Eugène de Molinari.¹⁸ Every condemnation of laborers made the cry for abolition of the 'délit de coalition' sound louder. The 'Association pour l'abrogation des lois sur les coalitions', for example, organized meetings all over the country.¹⁹ Many petitions were being sent to parliament.²⁰ Previously, the coalitions also had been regularly prosecuted, as can be seen on the graph below, but now, with its application on such a big scale, it became obvious that it had become outdated.²¹ For this reason, the infamous 'délit de coalition' was deleted from the criminal code in 1866 and replaced by a less harsh new article 310.²²

The graph above shows the number of laborers prosecut-

¹⁰ G. DENECKERE, *Sire, het volk mort. Sociaal protest in België 1831-1918*, Antwerp, Hadewijch, 1997, 169-196.

¹¹ For an example, we can refer to the uprisings of 1839, that have been thoroughly studied by Gita Deneckere. G. DENECKERE, *Het katoenoproer van Gent in 1839: collectieve actie en sociale geschiedenis*, Leuven, Kritak, 1999.

¹² It's hard to find out the exact date of founding, but the statutes of the 'Broederlijke Maetschappij der Wevers van Gent' were dated on the 4th of March 1857 and the statutes of the 'Maetschappij der Noodlijdende broeders' (spinners) on the 5th of April 1857. In 1859 an association of mechanics was founded. Other would soon follow. J. NEUVILLE, *Il y a cent ans naissait le syndicat des „Broederlijke Wevers“*, Brussels, La pensée catholique, 1957, 16-17.

¹³ The laborers wanted a pay rise. A second demand was the abolition of the so-called truck-system, whereby they had to buy their groceries in the expensive shops of the employers. Another reviled practice was the cheating by the employers with the length of the fabrics. J. NEUVILLE, *Il y a cent ans naissait le syndicat des „Broederlijke Wevers“*, Brussels, La pensée catholique, 1957, 27.

¹⁴ Art. 414-416 Criminal Code. J. NEUVILLE, *Il y a cent ans naissait le syndicat des „Broederlijke Wevers“*, Brussels, La pensée catholique, 1957, 24.

¹⁵ The two leaders got 2 years, 5 laborers got 3 months, 13 two months, 5 one month and 9 got 8 days of prison. J. NEUVILLE, *Il y a cent ans naissait le syndicat des „Broederlijke Wevers“*, Brussels, La pensée catholique, 1957, 25.

¹⁶ It was not the first time that judicial authorities took the funds of associations of laborers. In 1857, the same happened in Brussels with the fund of the 'Société des compositeurs-typographes'. Correctional Tribunal of Brussels, 26 May 1858, *la Belgique judiciaire* 1858, 824-830.

¹⁷ J. NEUVILLE, *Il y a cent ans naissait le syndicat des „Broederlijke Wevers“*, Brussels, La pensée catholique, 1957, 46.

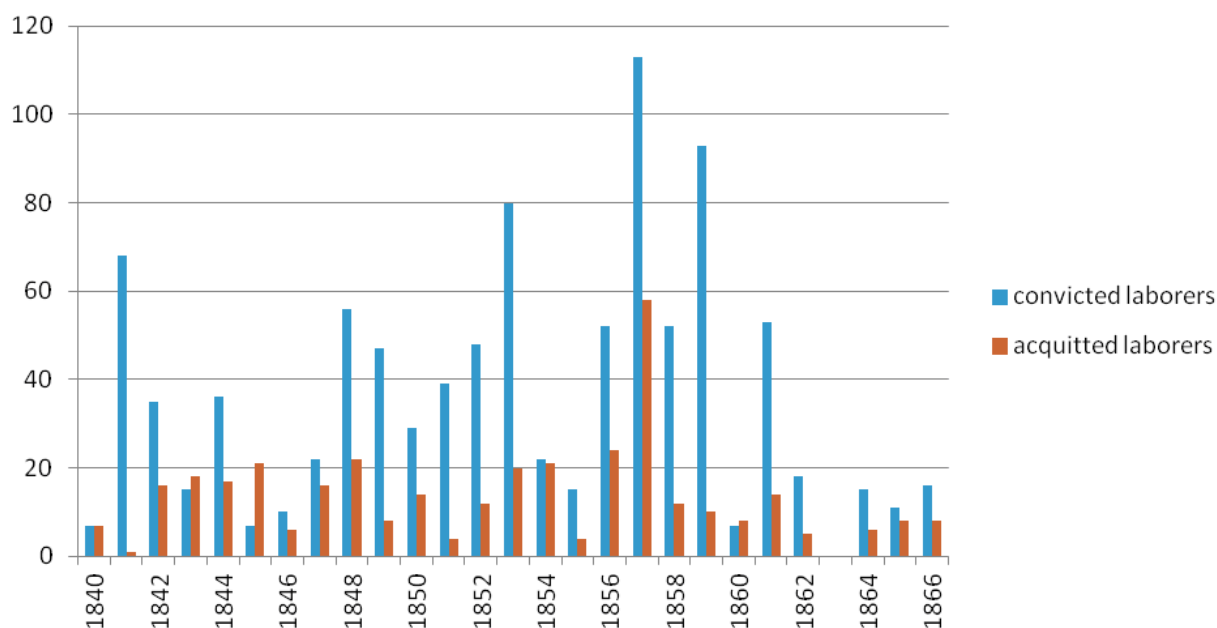
¹⁸ In this newspaper, trials regarding the repression of coalitions from all over the country were being discussed. The laborers were portrayed as martyrs and the infamous coalition prohibition was heavily criticized.

¹⁹ F. BILEN and J. DE RIDDER, *De wet op de samenspanning in de katoen-nyverheid. Meeting van 23 oktober 1859*, Ghent, Dullé-Plus, 1859.

²⁰ 'Par 10 pétitions, un grand nombre d'ouvriers et d'industriels demandent l'abrogation des articles 414 à 417 du code pénal, relatifs aux coalitions et aux enrôlements d'ouvriers pour l'étranger.' *l'Economiste belge*, 20 March 1858, n° 9, 5.

²¹ This was also the opinion of the jurisprudence at that moment. E.g. P. VANHUMBEECK, *Révision du code pénal. Des coalitions de maîtres et d'ouvriers*, *La Belgique Judiciaire*, 7 April 1859, 433-450; Previously, there had been no real criticism in the Belgian jurisprudence towards these provisions. J.-J. HAUS, for example, kept them quasi unchanged in his draft of a new penal code in 1835-1836. J.-J. HAUS, *Observations sur le projet de révision du code pénal, présenté aux Chambres belges; suivies d'un nouveau projet*, Ghent, Busscher-Braeckman, 1835-1836, 110-112. On the contrary: in 1836, the penalties for the leaders were even increased. F. STEVENS, 'Het coalitieverbod in België (1795-1866)', in: X, *Liber Amicorum Roger Blanpain*, Bruges, Die Keure, 1998, 405.

²² For an overview of the parliamentary debates, see: J. NEUVILLE, *La condition ouvrière au 19e siècle, 2, l'ouvrier suspect*, Brussels, Editions Vie Ouvrière, 223-263 and R. DEVLEESHOUWER, 'Logique sociale et législation du travail en Belgique au cours de la première moitié du XIXe siècle', in: *Revue de l'institut de sociologie* 1962, 495-517; The new article 310 was introduced by article 4 of the Act of 31 May 1866. B.-S. CHLEPNER, *Cent ans d'histoire sociale en Belgique*, Brussels, Editions de l'Université de Bruxelles, 91.



Graph 1: Number of laborers prosecuted and convicted or acquitted because of the 'délit de coalition' in Belgium in the period 1840-1866.

ed and convicted or acquitted because of the 'coalition crime'.²³ One can see a steady, slowly increasing application, with a peak in the period 1857-1861, because of the big Ghent trials. In the 1860's the number was historically low, as this crime was already the object of fierce discussion.

The question arises whether these prosecutions of laborers can be considered to be an illustration of the harsh, blind repression of the judiciary against the laborers? De Molinari for example pointed at the difference in treatment between employers and workers: the coalitions of the laborers were crushed, while those of the employers were never prosecuted.²⁴ More in particular the tenacity of the Ghent public prosecutor to strike down the Ghent coalitions was being criticized.²⁵ A history of the labor movement in Ghent written in 1908 stated that the judiciary only had one purpose: to discover infractions against the law of coalitions; 'no wonder they did not care if the grievances were well-founded or not'.²⁶ These writings seem to portrait the judicial instances as blind ac-

complishes of the employers, who only had to bring charges to get a criminal investigation started and to see the laborers put behind bars. Analysis of a number of nineteenth century criminal files regarding labor conflicts seems to support this thesis.²⁷ A lot of criminal investigations were started after an oral or written complaint from the employer and, more important, also stopped if requested by the employer. After all, in a number of cases, the sheer presence of the police was enough to get the laborers back to work. With social peace restored, there was no need for further prosecution, as this would only cause unnecessary grievances.²⁸ All of this seems to confirm the thesis that the judiciary was an instrument of the employers, that could be used at will. Although in essence this may be true, some nuances have to be made.

First of all, one has to look at the goal of the criminal procedure and the specificity of the penal provision. The task of the prosecuting instances in the nineteenth century, just like today, was not to start questioning the desirability of certain penal provisions. They had to discover infractions against the penal code, investigate and prosecute them.²⁹ The fact that the criminal instances

²³ J. NEUVILLE, *La condition ouvrière au 19e siècle*, 2, l'ouvrier suspect, Brussels, Editions Vie Ouvrière, 186.

²⁴ 'Quand les entrepreneurs d'industrie s'entendent pour 'régler en commun le taux des salaires' cela paraît tout naturel, et aucun procureur du roi ne s'avise de requérir la gendarmerie pour disperser leurs réunions.' *L'Economiste belge*, 1 December 1857, n° 34, 8 : Another example : 'Mais nous avons le droit, et nous en usons, de dire que la loi n'est ni juste, ni logique quand elle punit les coalitions des petits et des faibles et respecte et favorise les coalitions des grands et des forts.' *L'Economiste belge*, 10 December 1858, n° 35, 4.

²⁵ 'Mais, en attendant, il y a dans cette douloureuse affaire, une circonstance sur laquelle nous croyons utile d'appeler l'attention publique: c'est l'insistance de M. le procureur du roi à ne pas lâcher sa proie, c'est la ténacité que ce magistrat a mise à vouloir que les lois sur les coalitions fussent appliquées, une fois de plus, en dépit des réclamations énergiques de l'opinion contre ces lois iniques et surannées.' *L'Economiste belge*, 10 June 1858, n° 12, 4.

²⁶ AVANTI, *Een terugblik. Proeve eener Geschiedenis der Gentsche Arbeidersbeweging gedurende de XIXe eeuw*, Ghent, Volksdrukkerij, 1908, 177.

²⁷ 65 cases of collective action in the period 1831-1884 have been studied for this article. The reader can consult them in: H. WOUTERS, *Documenten betreffende de geschiedenis der arbeidersbeweging (1831-1853)*, Leuven, Editions Nauwelaerts, 1963, 3 volumes; H. WOUTERS, *Documenten betreffende de geschiedenis der arbeidersbeweging (1853-1865)*, Leuven, Editions Nauwelaerts, 1966, 3 volumes; H. WOUTERS, *Documenten betreffende de geschiedenis der arbeidersbeweging ten tijde van de 1e internationale (1866-1880)*, Leuven, Editions Nauwelaerts, 1970, 3 volumes.

²⁸ H. WOUTERS, *Documenten betreffende de geschiedenis der arbeidersbeweging (1853-1865)*, Leuven, Editions Nauwelaerts, 1966, II, 70-72.

²⁹ Of course we are aware of the fact that the prosecuting instances in reality conduct a certain policy and that not all crimes and misdemeanors receive the same treatment. This policy however, in general, does not imply a certain appreciation of the penal provisions. K. BEYENS, *Straffen als sociale praktijk: een penologisch onderzoek naar straftoemeting*, Brussels, VUB, 2000.

prosecuted the laborers only showed that they did what they had to and was not necessarily an indication for a negative attitude towards the laborers. This was even acknowledged by de Molinari, who did not blame the courts, but the criminal code for the harsh and unfair repression of striking laborers.³⁰

The 'coalition crime' was a specific prohibition to form associations in order to influence wages.³¹ Originally, it was intended to neutralize the traditional struggle between associations of masters and those of journeymen.³² In theory, it was not only directed against coalitions of laborers, but also against coalitions of employers.³³ In practice though, only those of the laborers were prosecuted, as it was so much easier to prove the existence of their coalitions, due to legal and practical circumstances. An employers' coalition could be hidden much easier. The employers, who belonged to the upper class of society, had a lot of informal gatherings where they could come to informal agreements to lower wages. Furthermore, there were only a small number of employers, which made it very difficult to prove the existence of an employers' coalition. Even when it could be proven, the judge had to determine whether the decision to lower wages was justified or not, which was in fact very difficult, as this was a decision of economic policy. In the case of the laborers, such an evaluation was absent. Thus, the fact that only coalitions of laborers were being prosecuted, was not an indication of the discriminatory attitude of the judiciary, but rather the result of a combination of practical and legal difficulties that made it very hard to discover, prove and condemn employers' coalitions.

Secondly, when striking down laborers' coalitions, employers and public prosecutors had divergent, though similar interests. Both wanted collective actions to stop. The employers wanted the restoration of social peace and the resumption of normal economic activities. Striking down strikes also made perfectly good sense from the point of view of the judicial authorities. After all, they had to preserve law and order and striking laborers were the text book manual example of public disorder.

When we look at the judicial activities in Ghent in the period 1857-1861, we have to take into account the specific, exceptional circumstances. At that time, Ghent was a huge center of modern big industry, characterized by all the problems of the industrialization process. Laborers earned very low wages and had to work and live in harsh conditions. The conflicting interests of employers and laborers were a constant source of tensions. In the period

1857-1861, these tensions reached new heights, as laborers started experimenting with new techniques of social struggle. It is highly likely that the magnitude and seriousness of the collective actions in Ghent strongly intimidated the local ruling classes, industrialists and judges alike. An indication can be found in the opinions which the Chambers of commerce ('Chambres de commerce') had to deliver to the minister in the debate about the abolition of the 'délit de coalition'.³⁴ In these Chambers, the regional economic and political elite came together. In contrast with the majority of its colleagues,³⁵ the Ghent Chamber opposed abolition, because it considered laborers' coalitions not just to be unlawful, but also a threat to public safety.³⁶ Although this point of view was not that surprising, as the majority of the Ghent Chamber consisted of big Ghent industrialists,³⁷ it is just another illustration of the exceptional climate of fear that reigned in the city at that time. Thus, the actions of the judiciary made perfectly good sense. When anxious Ghent employers asked the judicial authorities to intervene, the latter took swift action because they did not want the situation to run out of hand. A hungry, mad army of textile laborers easily could set the city on fire. The magistrates probably believed that only decisive action could keep the situation under control, hence their harsh intervention.

Nevertheless, although, in general, employers and prosecuting authorities had similar interests, their motives clearly diverged. After all, the 'délit de coalition' was not only about preserving peace and order:³⁸ it was a specific socio-economic criminal rule, which prohibited the establishment of associations in order to influence wages. More specifically, in the case of laborers, it was forbidden to put pressure upon employers, by all at the same time putting down the work, by making it difficult for other laborers to go to their job, or, in general, by making labor

³⁰ 'Est-ce à dire que nous blâmons les tribunaux de Bruxelles, de Gand, de Liège et d'ailleurs d'avoir condamné des ouvriers pour les prétendus délits que nous venons de caractériser? Pas le moins du monde. Ces tribunaux ont appliqué la loi et ils ont bien fait.' *L'Economiste belge*, 10 December 1858, n° 35, 4.

³¹ F. STEVENS, 'Het coalitieverbod in België (1795-1866)', in: X, *Liber Amicorum Roger Blanpain*, Bruges, Die Keure, 1998, 395-420.

³² G. AUBIN et J. BOUVÉRESSE, *Introduction historique au droit du travail*, Paris, PUF, 1995.

³³ 'toute coalition entre ceux qui font travailler des ouvriers, tendant à forcer injustement ou abusivement l'abaissement des salaires, suivie d'une tentative ou d'un commencement d'exécution, sera punie d'un emprisonnement de six jours à un mois et d'une amende de 200 à 3000 frs.' Article 414 Penal Code of 1810.

³⁴ It was in response of a letter of the chamber of commerce of Mons, asking for the abolition of the 'délit de coalition', that the minister had asked the opinion of all the chambers of commerce. *Bulletin du Conseil Supérieur de l'industrie et du commerce*, 1860-1861, I, Brussels, Lesigne, 1862, 340-341.

³⁵ Only three opposed abolition: Ghent, Oudenaarde and Dendermonde.

³⁶ *Bulletin du Conseil Supérieur de l'industrie et du commerce*, 1860-1861, I, Brussels, Lesigne, 1862, 379-382.

³⁷ 'A Gand par exemple, nous retrouvons dans la Chambre différents fabricants de coton importants : Bossaert, De Bast, de Hemptinne, de Smet-de Naeyer, Rossel. D'autres, comme A. De Cock, étaient négociant-armateur, mais ils finançaient l'industrie textile. La linière mécanique La Linière Gantoise par exemple était principalement financée par les marchands et entrepreneurs du coton de Gand.' C. VANCOPPENOLLE, *Entre mission publique et intérêts privés : histoire des chambres de commerce en Belgique (XVIIe-XXe siècles)*, Brussels, Rijksarchief, 59.

³⁸ In the discussion about the abolition of the penal provision, the Brussels Chamber testified that there were many peaceful laborer manifestations that never threatened the public order. *Bulletin du Conseil Supérieur de l'industrie et du commerce*, 1860-1861, I, Brussels, Lesigne, 1862, 345 ; The Liège Chamber admitted that there could be a danger for the public order, but that there was no need for a separate penal provision, as the violent coalitions could be strike down as rebellions. 'On dit encore que la plupart des coalitions d'ouvriers sont menaçantes pour la sécurité générale : mais dès qu'elles auront réellement ce caractère on pourra les réprimer comme émeutes.' *Bulletin du Conseil Supérieur de l'industrie et du commerce*, 1860-1861, I, Brussels, Lesigne, 1862, 371.

difficult.³⁹ It was also forbidden to the laborers to put pressure upon their employers in other ways, like threatening them.⁴⁰ But all of this had to have a certain specific goal, to force the employer to give higher wages.

From this perspective, it is necessary to make a distinction between so-called 'offensive' and 'defensive' collective actions. In the former, laborers start a coalition and organize collective actions (such as strikes) in order to get wage increases. In the latter, laborers only react towards a negative act of the employer, such as an unilateral pay cut. Research of criminal judgments has learned that judges were in general very hesitant to condemn laborers in the case of defensive strikes. To give some examples: in 1839 the hatters in Brussels quit their job because they opposed a reduction of their wages. The tribunal decided that there was not enough proof and acquitted them.⁴¹ In 1853 the laborers of a factory in Neder-over-Heembeek had a spontaneous strike because the employer had asked them to work longer without compensation. The tribunal ruled that the facts were not to be considered to fall under the heading of the coalition prohibition and acquitted them.⁴² This partly explains the relatively large number of acquittals in that year, as can be seen in the graph above.⁴³

All of this shows that the judges cannot be seen as 'blind accomplices of the employers'. They primarily applied the law, with respect for it. More in general, whereas one can argue that the 'délit de coalition' was a discriminatory penal provision towards the laborers, it cannot be stated that the judges as such were discriminatory. When investigating, they suppressed strikes mainly to preserve public order. When prosecuting, they respected the letter of the law and acquitted these laborers who only had spontaneously resisted against a hostile, unilateral decision of their employers. Correspondingly, it becomes obvious, at least for Belgium, that one has to be careful with the 'myth' of 'class justice' in the middle of the nineteenth

century. Although it has a certain historical foundation, this 'class justice' was in the first place the result of a later political recuperation of the socialist movement. After all, the image of a harsh, judicial repression of the early labor movement fit perfectly with the political strategy of later socialists, who considered themselves the ideological successors of this early 'victims of capitalism and bourgeois society'. However, this popular image of 'class justice' cannot be fully sustained, when verified through legal historical research.

III. 'Accidental' justice?

In 1897, the French scholar Saleilles wrote:⁴⁴

'Dans cette matière des accidents du travail, tant en Belgique que chez nous (France), il y a longtemps déjà que la jurisprudence, avec une conscience des besoins pratiques et des nécessités également de la justice sociale qu'on ne saurait trop admirer, paraît chercher une ligne de direction et comme une orientation définitive.'

This statement seems to indicate a positive attitude of the judiciary towards the victims of labor accidents at the end of the nineteenth century both in Belgium and in France. Saleilles speaks about an 'awareness of the practical needs and necessities' and of 'social justice' to describe the developments in case law regarding labor accidents. Does this portrait of judges as late nineteenth century 'social engineers' fit reality? Once again, contextualization is needed.

In the nineteenth century, labor accidents evolved from simple facts to facts with legal consequences, which can be described as a process of juridification.⁴⁵ One of the first cases of labor accidents being brought to court concerned the Société linière de Saint Gilles.⁴⁶ On the 14th of April 1870, one of the steam boilers of this textile factory near Brussels exploded with great force.⁴⁷ In less than a second the building containing the boilers was completely destroyed. Flaming pieces of iron flew into all directions, causing death and destruction. Five laborers died on the spot, while 17 others were heavily burned by the steam clouds. Seven of them would later succumb to their injuries. An administrative investigation later revealed that the accident was due to the bad quality of the iron plate.⁴⁸

Interestingly enough, a number of relatives found the way to the civil tribunal in Brussels to demand compensation for the loss of their beloved ones. During the trial, the judicial experts found out that the owner had made a mistake because of the lack of maintenance of the boiler. Faider, the public prosecutor, made a long and detailed summing-up and concluded that the Société linière was

³⁹ Art. 415: 'toute coalition de la part des ouvriers pour faire cesser en même temps le travail dans un atelier, empêcher de s'y rendre et d'y rester, avant ou après certaines heures et, en général pour suspendre, empêcher, enclêmer les travaux, sera punie d'un mois au moins et de trois mois au plus. Les chefs ou moteurs seront punis d'un emprisonnement de 2 à 5 ans.'

⁴⁰ Art. 416: 'Seront punis de la peine portée par l'article précédent et d'après les mêmes distinctions, les ouvriers qui auront prononcé des amendes, des défenses, des interdictions ou toutes proscriptions sous le nom de damnation et sous quelque qualification que ce puisse être, soit contre les directeurs d'ateliers et entrepreneurs d'ouvrages, soit les uns contre les autres. Dans le cas du présent article et dans celui du précédent, les chefs ou moteurs du délit mourront après l'expiration de leur peine, être mis sous la surveillance de la haute police pendant deux ans au moins et cinq ans au plus.'

⁴¹ H. WOUTERS, Documenten betreffende de geschiedenis der arbeidersbeweging (1831-1853), Leuven, Editions Nauwelaerts, 1963, I, 212-213.

⁴² 'Attendu que les faits qui sont établis, ne peuvent constituer le véritable délit de coalition, disons qu'il n'y a pas lieu à poursuivre.' H. WOUTERS, Documenten betreffende de geschiedenis der arbeidersbeweging (1831-1853), Leuven, Editions Nauwelaerts, 1963, I, 865-868.

⁴³ This was not the sole ground for acquittal. Other acquittals can be explained because of the innocence of the accused (for example a laborer who had left his position to work in another place where he could make more money), the lack of evidence or the peaceful character of the action.

⁴⁴ R. SALEILLES, Les accidents du travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle, Paris, Arthur Rousseau, 1897, 1-2.

⁴⁵ B. DEBAENST, Een proces van bloed, zweet en tranen ! Juridisering van arbeidsongevallen in de negentiende eeuw in België, Brussels, KVABWK, 2011.

⁴⁶ The Société linière was a big mechanic textile factory in Saint Gilles, a community near Brussels.

⁴⁷ Tribunal Brussels, 31 May 1871, La Belgique Judiciaire 1871, 758-764.

⁴⁸ Annales des travaux publics 1873, 192-193.

responsible, based upon the articles 1382 and 1384 of the Civil code. The judges followed him and on the 31th of May 1871, the Société linière was condemned to pay damages to the victims and their relatives. The Brussels Court of Appeal confirmed this judgment on the 16th of April 1872.⁴⁹ Meanwhile, disaster had struck again. On the 26th of March 1872, less than two years after the first incident, another boiler exploded in the factory, with even more devastating consequences. This time 12 people died in the blink of an eye. Thorough criminal investigations led to the conviction of the director by the correctional tribunal of Brussels on the 4th of March 1874, confirmed by the Court of Appeal of Brussels the 4th of February 1875.⁵⁰ Again, some victims or their relatives found the way to the court to demand compensation for their losses.⁵¹

When we look for these first labor accidents to appear in Belgian criminal published case law, we find them as collateral damage of certain catastrophes in the mines, on the railroads and with steam engines.⁵² There are a number of contextual and legal reasons why these accidents were the first to be ‘juridified’. To start with, these accidents happened in huge, dangerous and wealthy economic sectors. Because of the obvious dangers and financial losses, these sectors were soon subject to administrative regulation and inspection. The magnitude of the events and the catalyzing role of the administrative investigations explain why these accidents were the first to appear before the judges. The second element is the juridical factor. The Belgian code civil contained in the articles 1382 and following general fault liability rules, that allowed the victims of these kind of catastrophes to get compensation for the damages they had suffered.⁵³ In fact, Belgian judges did nothing more than applying the existing rules upon these specific, labor accident cases.

The first mining, railroad and steam engine accident cases that appeared in the published case law in the 1870’s and 1880’s caused a certain dynamic. To start with, cross references linked the different categories of accidents together.⁵⁴ The early case law also served as a source of inspiration for other lawyers. Finally, they led Charles-Xavier Sainctelette to develop a new theory entitled ‘De la garantie et de la responsabilité’, which was published in

1884.⁵⁵ He made a clear distinction between contractual and extra-contractual obligations.⁵⁶ When applying it upon labor accidents, Sainctelette claimed that employers had a contractual obligation to pay for the damages suffered by their laborers at work, unless they could prove that they had not made a mistake.⁵⁷ In practice, this meant a shift of the burden of proof. As according to the rules of fault liability, the employee had to prove that the employer had made a mistake.⁵⁸ When we look at the success of Sainctelette’s new theory in practice, we get a diffuse image. On the one hand we see that a number of lower judges applied the new theory upon labor accidents, but on the other hand the theory was rejected by the higher courts. Moreover, in 1886, the Cour de cassation, the highest court in Belgium, rejected this radical theory.⁵⁹

This rejection however, did not mean the end of the labor accident trials. In fact, the number of cases kept on rising during the 1890’s. This evolution was only stopped by the labor accident insurance statute of 1903, which made it impossible for the laborers to go to court to demand compensation from their employers.⁶⁰ On the graph below, one can see the number of labor accident cases published in two important legal periodicals at the time, la Belgique Judiciaire and the Pasicrisie, in the period 1852 till 1902.⁶¹

At first sight, this evolution seems to confirm the image of an increased attention of the judiciary for the problem of the labor accidents, as testified by Saleilles in 1897.⁶² To verify this image, we first have to make a distinction between the qualitative and quantitative aspects of this evolution.

Quantitatively, we have to further distinguish between criminal and civil cases. It is obvious that the judiciary had no direct impact upon the increase or decrease of the

⁴⁹ Court of Appeal Brussels, 16 April 1872, La Belgique Judiciaire 1872, 1313.

⁵⁰ Tribunal Brussels, 4 May 1874, La Belgique Judiciaire 1874, 630-631; the information about the date of the decision in appeal can be found in: Court of Appeal Brussels, 20 March 1876, Pasicrisie 1876, II, 242-243.

⁵¹ ‘Plusieurs actions furent intentées à la société Linière par les enfants ou parents des victimes’ Tribunal Brussels 21th July 1875, La Belgique Judiciaire 1875, 1098-1099.

⁵² For an overview, see: B. DEBAENST, Een proces van bloed, zweet en tranen! Juridiseren van arbeidsongevallen in de negentiende eeuw in België, Brussels, KVABWK, 2011, 83-154.

⁵³ In France, the highest court already accepted in 1841 that the employers could be held responsible for damages suffered by laborers because of a labor accident. J.-L. HALPÉRIN, Histoire du droit privé français depuis 1804, Paris, PUF, 1996, 111.

⁵⁴ To give one example: in the procedure of a railroad accident, we found references to the mining accidents and to the accident in the Société linière de Saint Gilles. Tribunal Liège, 15 juni 1872, La Belgique Judiciaire 1873, 63.

⁵⁵ C. SAINCTELETTE, De la responsabilité et de la garantie (accidents de transport et de travail), Brussels, Bruylant, 1884.

⁵⁶ In an article in 1883, he summarized it as follows: La garantie naît du contrat; la responsabilité, de la loi d’ordre public’. C. SAINCTELETTE, Droit commercial. Du contrat de transport. Transport des choses. Obligations du voiturier. Difficultés principales, La Belgique Judiciaire 1883, 386.

⁵⁷ ‘Car de quoi pourrait provenir un accident de travail, qui ne serait le résultat ni d’un cas fortuit, ni d’une force majeure, ni de la faute de l’ouvrier, si ce n’est de quelque faute du patron.’ C. SAINCTELETTE, De la responsabilité et de la garantie (accidents de transport et de travail), Brussels, Bruylant, 1884, 159.

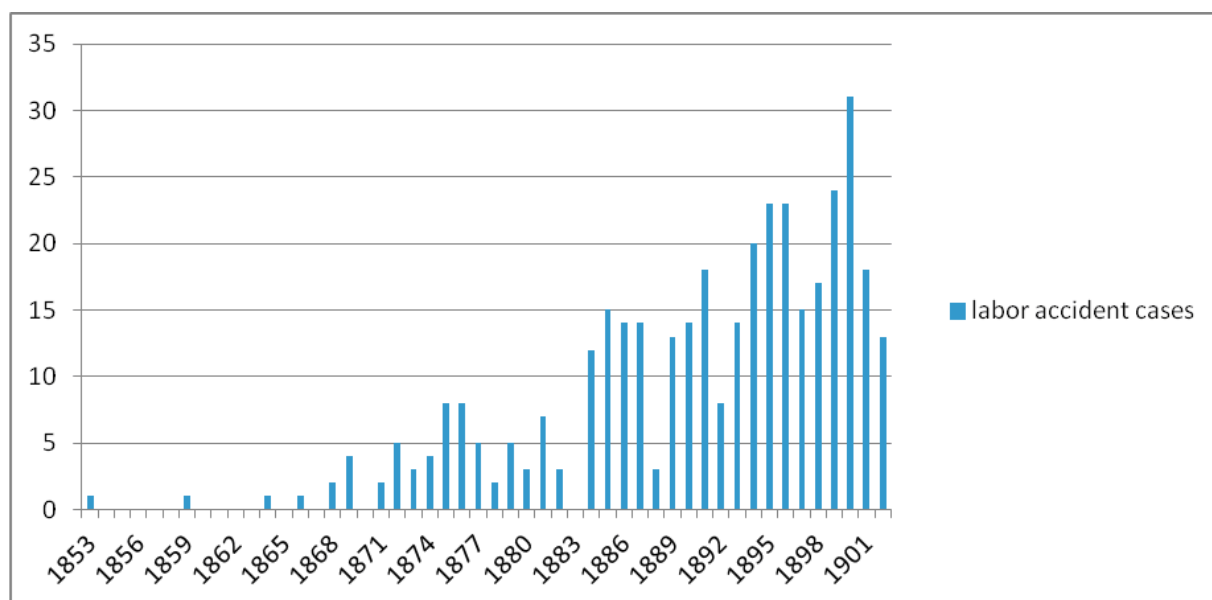
⁵⁸ To start with, there had to be a fault of the employer. In many cases, an accident was due to the laborer himself. In other cases, its cause could not be found. And in these cases where the blame of the employer was obvious, it was not easy to prove that, because he could easily get rid of incriminating elements. Moreover it was hard to find laborers who were willing to testify in court, as this could be interpret as an attack against the employer, or because the colleague was himself to blame for the accident.

⁵⁹ Cour de Cassation, 8 January 1886, La Belgique Judiciaire 1886, 129-135.

⁶⁰ Statute 24 december 1903 sur la réparation des dommages résultant des accidents du travail, Moniteur belge 28-29 December 1903, Pasinomie (belge) 1903, 286-324.

⁶¹ B. DEBAENST, Een proces van bloed, zweet en tranen! Juridiseren van arbeidsongevallen in de negentiende eeuw in België, Brussels, KVABWK, 2011, 241.

⁶² R. SALEILLES, Les accidents du travail et la responsabilité civile. Essai d’une théorie objective de la responsabilité délictuelle, Paris, Arthur Rousseau, 1897, 1-2.



Graph 2: Number of labor accident cases published in *La Belgique Judiciaire* and the *Pasicrisie* in the period 1852-1902.

number of civil cases, as these had to be started by the victims of a labor accident, or their relatives.

As for the criminal cases, a study of the criminal archives of the judicial district of Mons in the south of the country has revealed an increase of the number of labor accident cases.⁶³ It turned out that the judicial authorities in the beginning of the 1880's only investigated big catastrophes or mortal labor accidents, whereas at the end of the nineteenth century also smaller labor accidents (like sheared off fingers) were being investigated. This seems to indicate an evolved, more sensitive attitude of the judiciary towards labor accidents. Although basically correct, two comments have to be made. Firstly, the increased judicial activities seem to have been the result of a rather general phenomenon of professionalization of the judicial authorities, rather than a changed attitude towards labor accidents. Secondly, the increase of criminal investigations did not lead to an increase of prosecutions and convictions, as the huge majority of the investigations ran dead.⁶⁴ In other words, labor accidents were more thoroughly and intensively investigated by criminal authorities, but this did not have direct further consequences for the employers.

A more likely explanation is that Saleilles referred to qualitative changes in case law. It could be possible for example that the judges became more compassionate with the poor victims of a labor accident. In 1901, Van Cleemputte, the reporter of the project for a labor accident bill, testified:⁶⁵

'Les tribunaux et les Cours marquent plus fortement chaque jour, s'ils ne l'étendent pas, l'obligation du chef d'entreprise de prendre toutes les précautions possible

pour assurer la sécurité des ouvriers; - la jurisprudence admet très facilement qu'il y a quelque faute dans le chef du patron, tout au moins qu'il y a une faute commune au patron et à l'ouvrier.'

According to Van Cleemputte, the judges had become harsher towards employers, who were more often convicted for their presumed role in a labor accident. We have verified this by analyzing civil judgments of the judicial district of Mons in the period 1870-1903.⁶⁶ There were a number of cases where one could possibly discern a certain 'appreciation' of the judge, which could indicate a changed attitude in favor of the poor victims of a labor accident. Labor accidents of minors are a good example. In many of these cases the judges were quite harsh towards the employers. They argued that it was irresponsible to give certain dangerous jobs to young people who were physically or mentally not adapted to them. This could be a sign of a changed attitude, as child labor at the end of the nineteenth century was more and more controversial.⁶⁷ Yet, at the same time, it was just an application of a general rule of conduct, of common sense, that it is irresponsible to give certain dangerous jobs to children; an irresponsibility that leads towards liability. Moreover, already in 1884, Saintelette had noticed the severe attitude of the judiciary regarding the use of young, inexperienced children in industry.⁶⁸ In fact, this severe attitude towards the supervisors of minors was nothing new. The civil code already contained a clause that held supervisors liable for the damages caused by the apprentices under their supervision.⁶⁹

Another possible indication of the human side of the judges can be found in the compensations that were assi-

⁶³ B. DEBAENST, *Een proces van bloed, zweet en tranen ! Juridisering van arbeidsongevallen in de negentiende eeuw in België*, Brussels, KVABWK, 2011, 303-344.

⁶⁴ In Mons, we found 335 files without further consequences and only 16 with cases that had been taken before the criminal court.

⁶⁵ Report Van Cleemputte, *Parliamentary Pieces Chamber 1901-02*, n° 302, 4.

⁶⁶ B. DEBAENST, *Een proces van bloed, zweet en tranen ! Juridisering van arbeidsongevallen in de negentiende eeuw in België*, Brussels, KVABWK, 2011, 345-436.

⁶⁷ The first child labor Act in Belgium dates from 1889.

⁶⁸ C. SAINTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie (accidents de transport et de travail)*, Brussels, Bruylant, 1884, 140.

⁶⁹ Article 1384, 3th paragraph Civil Code.

igned for moral damages. In their motivation, judges often referred to the lamentable state of the victim, the cruel suffering caused by the accident or the pain caused by the loss of a loved one. Again, this should not let us jump to conclusions. To start with, in the study for Mons, 1875-1903, moral damages were already awarded as soon as in 1875 and thereafter not much seems to have changed. More important for awarding moral damages was the specificity of the case. Moreover, in many cases, the judges only responded to a specific demand of the plaintiffs advocate.

This shows that we need to take into account the mechanisms specific to any civil trial. Advocates have to bring and put forward their arguments. It is up to the judge to verify whether they are plausible or not. From this perspective, it is only logical that a lawyer will invoke the young age of the victim in order to win a compensation for his client. The same is true for moral damages: to get a high compensation, a lawyer will stress the bad condition of the victim or the horror of the accident, as this is beneficial to his case. These examples show that one does not have to stress the importance of the judge, but rather the role of the lawyers.

Moreover, when we look at the reasoning of the judges, we do not find many traces of some kind of 'compassionate behavior'. As jurists, they looked at the facts of the case and decided whether the employer had acted wrongly and whether that could justify the payment of damages. In a number of cases, the outcome was clear. It could be that the employer had been convicted by a criminal tribunal, which made it easy to prove the fault necessary to obtain damages. In other cases the administrative investigations pointed at the liability of the employer. In yet other cases, like accidents with animals, the constitutive elements required by law (article 1385 civil code) were easy to deliver. In all these cases the judge did nothing but applying the law correctly to the facts of the labor accident.

However, the arguably most important fact to invalidate the assumption that the judiciary deliberately conducted a kind of social engineering in labor accidents at the end of the nineteenth century, is the very low success rate of labor accident claims. The majority of the civil trials did not have a happy ending for the victim. In Mons, only 80 of the 293 trials studied were successful for the plaintiffs (= 27%). Moreover, in 25 of these cases, the judges did nothing more than confirming a previous settlement.⁷⁰

Therefore, the rising number of cases lost by the employers, as noticed by some contemporaries like Saleilles and

Van Cleemputte, has to be contextualized. This evolution was not really the result of a changed attitude of the judiciary, but rather the result of a bigger evolutionary process, wherein laborers or their relatives more easily found the way to the judiciary to try to get compensation for their losses. More claims led to more convictions, which gave the impression that the judiciary became more intolerant towards employers. In reality, civil courts only continued to evaluate the elements of the case and if they judged that the employer was to blame for the accident, they condemned him to pay the damage.

IV. Conclusion

Judges in nineteenth century Belgium were first and foremost lawyers who performed their job as a magistrate. In the case of the coalition prohibition, they arrested, prosecuted, convicted or, if the constitutive elements were not present, acquitted the laborers who had organized a collective action. At the beginning of the twentieth century, this criminal repression by the judiciary was portrayed as an early example of 'class struggle' in Ghent, but this was more a politically colored 'Hineininterpretierung' than an objective observation. The real 'class struggle' happened daily in the factories and on the streets and much less in the courtrooms. At best, the courtroom drama demonstrated the unjust harshness of an outdated penal provision.

The second discussed example in which laborers had to appear before the judiciary, concerned the trials to get compensation for the damage caused by a labor accident. Some contemporaries claimed that the judiciary fulfilled an important role in the development of a safety discourse and a labor accident liability law, by gradually imposing harsher obligations upon employers. The reality was slightly different. The judiciary, of course, had a certain role to play, but the evolutions of the law were more the result of a changing context than of a changed attitude of the judges. The rising number of condemnations, for example, was not the result of a change in the qualitative discourse of the judiciary, but rather of the rising number of labor accident cases.

Both examples from Belgian nineteenth century case law shed a light upon the attitude of the Belgian judiciary towards laborers. Of course, more research is needed to verify and refine these findings in other branches of law and in other countries. Yet, although limited, the two studied topics show the necessity to study judicial activities from a contextual, legal historical point of view, in order to get a more nuanced view upon reality. This prevents the risk of biases caused by the colored, subjective view of contemporaries or later observers.

⁷⁰ These 25 cases have to be considered a minimum. In reality there were probably more, but in a number of cases this did not lead to traces in the judgment.

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 Kriegsverrates¹ 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.² Im Jahre 2009 wurden sodann un-

ter Beifall der Medien³ 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 Wehrmichtsjustiz 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“.⁴ 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?“⁵, fragte Messerschmidts Koautor Wüllner, der sich infolge familiärer Betroffenheit speziell der Fahnenfluchtthematik in besonderer Weise angenommen hatte.⁶ Messerschmidt selbst sprach hinsichtlich des besetzten Teiles der Sowjetunion sogar von einem „rechtsfreien Raum“⁷ und stellte

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

http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/34_ns/04_stellungnahmen/Stellungnahme_Messerschmidt.pdf.

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

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

⁵ Wüllner, Die NS-Militärjustiz und das Elend der Geschichtsschreibung, S. 429.

⁶ 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.

⁷ Messerschmidt, Der Minsker Prozess 1946 (in: Heer, Vernich-

¹ http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/34_ns/04_stellungnahmen/Stellungnahme_Muller.pdf.

² „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].⁸

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 OKH⁹ war dieser Erlass allerdings leicht abgeschwächt worden, indem man die Gerichtsherrn¹⁰ 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.¹¹

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

⁸ 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).

⁹ 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-, Armeekorps- 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 administrativen 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.

¹⁰ 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).

¹¹ 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 regimiekritische 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.¹² 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.¹³ 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 Kriegsgerichte 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“.¹⁴

Ferner fällt auf, dass in vielen Ostbestandsakten¹⁵ die nach dem Barbarossa-Erlass ausdrücklich erforderliche Anordnung des kriegsgerichtlichen Verfahrens durch den Gerichtsherrn gänzlich fehlte.¹⁶ 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.

¹² 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.

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

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

¹⁵ Zum Begriff sogleich.

¹⁶ 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].

Die Verurteilungszahlen im Heer nach der Auswertung von Hennicke																		
	1940				1941				1942				1943				1944	
	I	II	III	IV	I	II	III	IV	I	II	III	IV	I	II	III	IV	I	II
S	163	238	316	247	227	290	245	210	158	185	199	145	148	213	233	242	238	274
	964				972				687				836				512	
P	392	550	1.068	733	500	423	565	648	545	612	556	597	651	698	612	677	1.117	1.484
	2.743				2.136				2.310				2.638				2.601	

Wehrmachtstrafstatistik, mittels derer nachvollzogen werden kann, dass die Verfahrenszahlen ab Juli 1941 nicht die Dimensionen erreichten, die man angesichts der Zahlen für 1940 hätte erwarten können. Laut Hennicke weist die Wehrmachtstrafstatistik für die „Sittlichkeitsdelikte“ (ohne die Verfahren wegen §§ 175, 175a RStGB) und die „Eigentumsdelikte“ (§§ 128, 129, 132, 134 MStGB)¹⁷ die oben stehenden Zahlenwerte aus.¹⁸ Hennickes Zahlen belegen zunächst einmal deutlich, dass nach dem Angriff auf die Sowjetunion weiterhin eine Strafverfolgung bei diesen Delikten stattfand, schon weil ein Großteil der Wehrmacht auf dem Gebiet der Sowjetunion eingesetzt war. Allerdings lässt sich auch hier – ähnlich wie bei den Zahlenwerten für den Ostbestand – feststellen, dass die Werte, die man ausgehend vom Frankreichfeldzug im Jahre 1940 für die Zeit nach dem Angriff auf die Sowjetunion hätte prognostizieren können, nicht erreicht wurden. Hieraus wurde vielfach gefolgert, dass den Bestimmungen des Gerichtsbarkeitserlasses entsprechend Sexualstraftaten nur auf disziplinarischem Weg bestraft oder überhaupt nicht geahndet wurden, wenn sie die Manneszucht nicht ernsthaft gefährdet hätten.¹⁹ Auf die Frage, ob sich auch andere Erklärungsansätze anbieten, wird noch einzugehen sein.

Was die erhalten gebliebenen Aktenbestände betrifft, muss man feststellen, dass diese nicht nur im Hinblick auf ihren Umfang, sondern auch auf ihre Zusammensetzung unbefriedigend sind. Wüllner ging von etwa drei Millionen Strafverfahren aus.²⁰ Der verbliebene Restbestand dieser Akten gliedert sich in einen Westbestand mit etwa 220.000 und einen Ostbestand mit etwa 49.000 Akten. Diese Aufteilung geht auf einen Erlass des OKH vom 8. März 1940 über „Abgabe, Aufbewahrung und Verwaltung der Strafakten der Gerichte des Feldheeres“²¹ zurück, wonach alle Strafakten, die „weglagereif“ waren, in das Heeresarchiv nach Potsdam überführt werden sollten. Weglagereif in diesem Sinne waren Verfahren jedoch so lange nicht, wie die Strafverfolgung lief oder (vorläufig) ausgesetzt war. Bis dahin wurden die Akten bei Gerichten des Ersatzheeres²² gelagert und gelangten

erst dann in das Heeresarchiv in Potsdam, wenn die genannten Voraussetzungen eingetreten waren. Diese Bestände kamen später in die Archive der DDR und bilden heute den so genannten Ostbestand.

Aus diesem Sortiersystem ergibt sich bereits, dass der zahlenmäßig zwar reichhaltigere Westbestand nur aus überwiegend lückenhaften und unvollständigen Verfahrensakten oder gar nur einzelnen Verfügungen besteht und für eine statistische Untersuchung denkbar ungeeignet ist. Aber auch der Ostbestand ist mit einigen Unsicherheitsfaktoren behaftet. So etwa war es bei längeren Haftsachen auch bei Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung naturgemäß ausgeschlossen, dass die Weglagereife durch Haftverbüßung eintrat. Dass sich im Ostbestand gleichwohl auch Zuchthausfälle finden, lässt sich damit erklären, dass die Akten möglicherweise auch dann nach Potsdam abgegeben wurden, wenn nachträglich ein dauerhaftes Vollstreckungshindernis eintrat, also insbesondere wenn der Täter fiel, und möglicherweise auch, wenn er fahnenflüchtig wurde. Dies würde auch erklären, warum sich im Ostbestand neben der hohen Anzahl von Akten im Bagatellbereich auch sehr viele Fahnenfluchtfälle finden, aber nur einige Dutzend von all den Notzuchtsverfahren, die unter anderem für Frankreich in anderen Quellen dokumentiert sind.²³ Einen weiteren Unsicherheitsfaktor stellt der Brand dar, durch den 1945 große Teile der Aktenbestände vernichtet wurden und dessen Wirkungsweise auf einzelne Kategorien kaum einschätzbar ist.²⁴ Trotz dieser Unsicherheiten lässt sich aber feststellen, dass der Ostbestand nicht nur die Wehrmachtstrafstatistik nachzeichnet, sondern auch gewisse Kriegereignisse zahlenmäßig widerspiegelt. Hierbei ist von Vorteil, dass der Ostbestand im Gegensatz zur Wehrmachtstrafstatistik durch die Nennung der Opfer auch eine räumliche Eingrenzung zulässt: Für 1940 finden sich besonders viele Fälle, in denen sich die Täter an der französischen Zivilbevölkerung vergangen hatten. Für 1941 und insbesondere 1942 verlagerte sich der Schwerpunkt auf Ausschreitungen gegenüber Sowjetbürgern, die ihrerseits 1944 wieder von Fällen aus Italien überrundet wurden. Auch bezüglich der geringen Fallzahlen, welche die Wehrmachtstrafstatistik für

¹⁷ Hauptsächlich also unerlaubtes Beutemachen und Plünderung.

Diese Einordnung entspricht vollständig der der P-Gruppe des Ostbestandes.

¹⁸ Hennicke, Auszüge aus der Wehrmachtstrafstatistik, S. 452, 454).

¹⁹ Beck, Wehrmacht und sexuelle Gewalt, S. 184.

²⁰ Wüllner, Die NS-Militärjustiz und das Elend der Geschichtsschreibung, S. 123.

²¹ BA-MA-RH 14/v.30.

²² Das Ersatzheer war im Heimatgebiet stationiert. Es umfasste Kommando- und Verwaltungsbehörden, Ausbildungseinheiten sowie Wachtruppen.

²³ So etwa schreibt Beck: „Einige Militär Richter hatten bereits während der bestehenden Kämpfe und kurz nach dem Waffenstillstand so hart durchgegriffen, dass von Brauchitsch sich zum Einschreiten veranlasst sah. Die Urteilspraxis ist auch anhand einiger Verfahren aus dem Ostbestand S und durch Verfahren der einzelnen Divisionsgerichte zu belegen. Darüber hinaus finden sich Hinweise auf entsprechend hohe Strafmaße in den Strafsachenlisten, in den Bestätigungslisten sowie in den Gnadenlisten, die das jeweilige Urteil für ‚Sittlichkeitsdelikte‘ benennen.“; Beck, Wehrmacht und sexuelle Gewalt, S. 261.

²⁴ Im Gegensatz zum Westbestand, der nach Gerichten sortiert ist, ist der Ostbestand in verschiedene Deliktsbereiche gegliedert.

den Krieg gegen die Sowjetunion im Vergleich zum Frankreichfeldzug ausweist, findet sich eine Übereinstimmung zum Ostbestand, weshalb allenfalls er sich für weitere Untersuchungen mit vorsichtig repräsentativen Bezügen anbietet.

III. Der Streitstand

Der Strafrechtslehrer Hans-Heinrich Jescheck, der den Krieg im Osten noch selbst als Offizier miterlebt hatte, äußerte sich auf Bitte des Verfassers zu seinen Eindrücken von den Militärstrafgerichten brieflich wie folgt: „Ich war zuletzt Hauptmann d. R. und Kommandeur der Pz.-Aufkl.-Abt. 118. Wir hatten in der Division nur wenige Fälle, in denen ein Tatbericht erstattet werden musste und die dann von dem Divisionsgericht abgeurteilt wurden. Unser Kriegsgerichtsrat war ein sehr gerecht denkender aktiver Wehrmichtsrichter, den ich gut kannte. Seine Urteile hielten sich durchaus im Rahmen von Unrecht und Schuld. Ich hatte bei meiner Einberufung zur Wehrmacht eben noch vorher das Referendarsexamen abgelegt und wurde deswegen gelegentlich als Beisitzer, Anklagevertreter oder Verteidiger zu Sitzungen des Feldkriegsgerichtes herangezogen und müsste es wissen, wenn in der Rechtsprechung gravierende Mängel vorgekommen wären. Ein einziges Mal habe ich ein Todesurteil erlebt, aber gerade ein solches zum Schutze der Zivilbevölkerung. [...]“

Wie lassen sich derartige Äußerungen mit den Forschungsergebnissen von Messerschmidt und Wüllner vereinbaren? Alfred de Zayas, der nach dem Kriege selbst mit vielen Richtern gesprochen hatte, formulierte in diesem Zusammenhang den Vorwurf, dass Autoren wie Messerschmidt oder Wüllner einzelne Fälle herausgegriffen und damit das Gesamtbild völlig verfremdet hätten.²⁵

In der Tat lassen sich im Militärarchiv bereits nach kurzer Recherche Fälle finden, die mit den Thesen dieser beiden Autoren kaum vereinbar sind, wie etwa der des Gefreiten Drechsel²⁶: Am 27. August 1942 entfernte sich Drechsel von seinem Truppenteil, um von einem einige Kilometer entfernt liegenden Bauernhof Honig zu holen. Unterwegs sprach er ein 16-jähriges russisches Mädchen an, das ihn dort hinbringen sollte. Als er auf dem einsamen Weg das Mädchen zu sexuellen Handlungen zwingen wollte, ergriff dieses die Flucht. Drechsel gelang es allerdings sie aufzufinden. Er schlug mit einem Axtstiel auf sein Opfer ein und versuchte erneut, den Geschlechtsverkehr gewaltsam herbeizuführen, was ihm infolge der Gegenwehr aber wieder nicht gelang. Das Mädchen konnte vielmehr erneut flüchten und versteckte sich nun in einem Unkrautacker. Nachdem Drechsel durch Vorhalten der Waffe einen Russen genötigt hatte, ihm das Versteck preiszugeben, schoss er die 16-Jährige, die er im Unkraut zusammengekauert fand, aus nächster Nähe nieder. Ohne sich weiter um das Opfer zu kümmern, entfernte er sich und begab sich wieder zur Truppe. Als er zwei Tage später Anlass zu der Befürchtung bekam, dass sein Ver-

brechen aufkommen könnte, wurde er fahnenflüchtig und versuchte, sich zur türkischen Grenze durchzuschlagen. Vorher wollte er noch einen Tatzeugen töten, was allerdings an dessen Misstrauen scheiterte.

Obwohl es um die Verurteilung eines deutschen Soldaten ging, stützte sich das Feldkriegsgericht der 1. Gebirgsdivision trotz Drechsels Leugnens auf das Zeugnis des Russen und verurteilte den Täter aufgrund der Aussagen des russischen Zeugen zum Tode. Als Mordmerkmal wurde Verdeckungsabsicht angeführt. Begründet wurde das Strafmaß mit der außerordentlichen Kaltblütigkeit des Täters während und nach der Tat. „Der Angeklagte hat während und nach der Tat und auch während der Hauptverhandlung ein kaltblütiges Verhalten an den Tag gelegt. Er hat sich nicht gescheut, in unmittelbarer Anwesenheit eines alten Mannes seine gemeine Absicht, ein 16 Jahre altes Mädchen geschlechtlich zu gebrauchen, in brutaler und rücksichtsloser Weise fortzusetzen. Mit klarer Überlegung und unter den Augen des alten Mannes hat der Angeklagte das Mädchen über den Haufen geschossen und zwar aus dem Grund, wie er zynisch in der Hauptverhandlung angab: ‘weil sie mir nicht willens war’, und außerdem, wie das Gericht überzeugt ist, um seine Handlungsweise zu verdecken. Er hat nach diesen schweren Verbrechen offensichtlich keinerlei Mitleid und Reue empfunden und hat das Mädäl, ohne sich um sie zu kümmern, in ihrem Blute liegen lassen. Er hat drei Tage nach diesem Mord erneut die Absicht gefasst, einen zweiten Menschen ‘zum Schweigen zu bringen’. Dass es nicht dazu kam, ist nur einem glücklichen Zufall zu verdanken. Der Angeklagte hat weder bei seiner Verhaftung noch in der Hauptverhandlung auch nur einen Funken von Reue gezeigt. Er hat in zynischer, fast spöttischer Weise kaltblütig seine Angaben gemacht, ohne auch nur ein Wort des Bedauerns über seine Handlung zu finden. Bei dem Angeklagten handelt es sich nach der Überzeugung des Gerichts wie auch des Vertreters der Anklage um einen gemeingefährlichen Menschen, der, ohne mit der Wimper zu zucken, einen Mitmenschen aus irgendwelchen Gründen umlegt. Zugunsten des Angeklagten kann auf Grund der Beweisaufnahme nichts angeführt werden.“ Als Sühne meinte man daher nur die Todesstrafe aussprechen zu können, wobei sich die Richter übereinstimmend gegen einen Gnadenerweis aussprachen. Auch der Rechtsgutachter schloss sich dem an und empfahl die Bestätigung des Urteils. Der Oberbefehlshaber der 17. Armee, Generaloberst Ruoff, bestätigte, wie vom Gerichtsherrn, Generalmajor Lanz, zudem auch schon erbeten worden war²⁷, als hier bestätigungsberechtigter Truppenbefehlshaber das Todesurteil und wies den zuständigen Gerichtsherrn an, die Vollstreckung umgehend durchzuführen, da er das Gnadengesuch nicht befürworten werde und nach seinem pflichtgemäßem Ermessen ein Gnadenerweis auch nicht zu erwarten sei.

²⁵ De Zayas, Die Wehrmacht und die Nürnberger Prozesse (in „Die Soldaten der Wehrmacht“, S. 488 ff.).

²⁶ BA-ZNS-K 771; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 1. Gebirgsdivision vom 13. September 1942 zu Michojan-Schachar.

²⁷ „Die Schwere des Verbrechens, die wohlüberlegte, gemeine und rohe Einstellung des Angeklagten erfordern als Sühne die Todesstrafe.“

Ich bitte das Urteil zu bestätigen und den Vollzug anzuordnen.“

Lanz geriet später in amerikanische Gefangenschaft und wurde 1947 im „Südost-Generale-Prozess“ wegen Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu 12 Jahren Haft verurteilt.

Das Urteil und die Tatsache der Vollstreckung solle dieser im Divisionstagebefehl bekannt geben lassen.

Warum wurden solche Fälle verschwiegen? Wüllner war, wie er selbst schrieb, bereits zur Wendezeit von Otto Hennische mit Akten aus dem Militärarchiv in Potsdam versorgt worden.²⁸ Dieser hatte sich während seiner schriftstellerischen Tätigkeit in der DDR schon selbst berühmt, dass sich „vor allem marxistische Autoren“ „um eine sachgerechte wissenschaftliche Interpretation der diesbezüglichen Dokumente der Wehrmachtführung verdient gemacht und die Forschungsmethoden auf diesem Gebiet weiterentwickelt“ hätten.²⁹ Dementsprechend verwundert es auch nicht, dass Hennische und Wüllner unter 840 „K-Akten“ des Ostbestandes alle Akten ignorierten, die ihren Thesen widersprachen. Offenbar wollte man nur bestimmte Fälle finden. Dabei liegt es natürlich auf der Hand, dass man bei einem Täterpotential von über 17.000.000 Mann, für die die Wehrmachtsjustiz insgesamt zuständig war,³⁰ alles finden und belegen kann, was man wünscht. Doch selbst das wurde von Wüllner in Abrede gestellt. Es sei schwer, „unter den Akten der Militärjustiz Urteile zu finden, die konkreten Anforderungen an die selbstverständlichste Pflicht eines Richters entsprechen, auch unter erschwerten Bedingungen Gerechtigkeit zu suchen, zu finden und walten zu lassen. Gerechtigkeit blieb fast überall auf der Strecke.“³¹

Fälle wie der eben beschriebene, die angeblich also gar nicht existieren oder zumindest kaum zu finden seien, sind trotz der dürftigen Gesamtaktenlage ohne weiteres nachweisbar.³² Demgegenüber ergingen in zwei von den drei im Ostbestand erhalten gebliebenen Fällen von Totschlagsdelikten gegenüber Deutschen nur Gefängnisstrafen. Hinzu kommen Fälle, in denen das Verfahren nur deshalb nicht durchgeführt werden konnte, weil der Täter nach Entdeckung seiner Tat fahnenflüchtig geworden war.³³ All dies lässt sich mit Wüllners Behauptungen schwerlich vereinbaren. Wie sehr sich die Thesen von Messerschmidt und Wüllner bereits festgesetzt haben

und wie notwendig es ist, dem entschieden entgegenzutreten, zeigt der Umstand, dass die Thesen dieser Autoren ganz selbstverständlich und ungeprüft vorausgesetzt werden. So etwa jubilierte „Die Zeit“ 1991: „Dieser historische Laie“ ist „ein Glücksfall für die Zeitgeschichte“. „Unglaubliche Energie, Findigkeit, Interesse für das Detail und Forscherdrang verbinden sich bei dem ehemaligen Wirtschaftsmann Wüllner mit sprachlicher Gewandtheit, Unbefangenheit und Furchtlosigkeit vor den Irritationen der Historikerzunft [...]“. Und obwohl der Verfasser des Artikels selbst vorausschickt, dass ein Bruder Wüllners bei der Flucht aus einem Strafbataillon „von Hitlers Schergen“ erschossen worden sei, wird die Frage nach Wüllners Objektivität überhaupt erst gar nicht gestellt. Vielmehr greift der Autor dessen Wortschatz auf, in dem von „Tatsachenverdrehung“, „faustdicken Lügen“ und „gezielt betriebener Geschichtsfälschung“ die Rede ist, was „manche, vor allem an schonende Töne gewöhnte Wissenschaftler“ störe. Der Artikel schließt mit der Feststellung: „Wüllners Buch rechtfertigt ganz und gar den Untertitel: Es ist ein grundlegender Forschungsbericht.“³⁴ Die Frage, wie der Verfasser dieses Artikels, Hanno Kühnert, zu dieser sachkundigen Einschätzung gelangt ist und auf welche Quellenuntersuchung er sich stützen kann, bleibt dabei leider unbeantwortet.

Ähnlich wie Wüllner äußerte sich Omer Bartov, der noch im Jahre 2001 schrieb: „Wie wir gesehen haben, wurden im Westen die strengsten Urteile gegen Soldaten verhängt, die der Vergewaltigung, des Raubes oder des Plünderns für schuldig befunden wurden. Jene Fälle, die am stärksten bekannt gemacht wurden, die Kommandeure am meisten erzürnten und gelegentlich in der Hinrichtung der Schuldigen gipfelten, betrafen also Übergriffe gegen Angehörige der feindlichen Zivilbevölkerung und ihr Eigentum. [...] Demgegenüber finden sich keinerlei Hinweise darauf, dass Soldaten in der Sowjetunion wegen Plünderns oder gewalttätiger Übergriffe gegen Einheimische abgeurteilt, geschweige denn hingerichtet wurden.“³⁵ Dies alles ist erweislich falsch.

Aber selbst über diese Thesen waren einige Autoren noch hinausgegangen: Unter Bezugnahme auf deren Veröffentlichungen untersuchte Birgit Beck gar die These, ob die Wehrmachtführung „sexuelle Gewalt als Mittel der Kriegführung akzeptiert oder sie gleichsam bewusst als Strategie angewendet“ habe, „um die gegnerische Zivilbevölkerung zu demütigen und zu demoralisieren“³⁶: „Die meisten der Autorinnen und Autoren, die sich mit der Frage nach dem Auftreten und dem Umgang mit sexueller Gewalt durch die Wehrmacht auseinandersetzen, kommen zu dem Schluss, dass solche Verbrechen systematisch erfolgten und vor allem in den besetzten Gebieten der Sowjetunion ein Mittel der deutschen Kriegführung bildeten. Folglich hätten die Soldaten, die solche Delikte verübten, auch nicht mit strafrechtlichen Conse-

²⁸ Vgl. Wüllner, Die NS-Militärjustiz und das Elend der Geschichtsschreibung, S. 852, 874.

²⁹ Hennische, Zu den Menschenverlusten der faschistischen deutschen Wehrmacht im zweiten Weltkrieg, S. 195.

³⁰ Vgl. Walrath, *Justitia et disciplina*. Strafgerichtsbarkeit in der deutschen Kriegsmarine 1939 – 1945, S. 23.

Allein in der Sowjetunion dürften etwa 10.000.000 Deutsche eingesetzt gewesen sein.

Hartmann, *Verbrecherischer Krieg – verbrecherische Wehrmacht?* (in: Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte, Sonderdruck 1/2004, S. 4, 71).

³¹ Wüllner, Die NS-Militärjustiz und das Elend der Geschichtsschreibung, S. 332.

³² - Anstiftung zum Mord: Todesstrafe, BA-ZNS-K 379.

- Totschlag: 6 Jahre Zuchthaus, BA-ZNS-K 208.

- Mord: Todesstrafe, BA-ZNS-K 771.

- Totschlag: 10 Jahre Zuchthaus, BA-ZNS-S 283.

- Vergewaltigung: 3 Jahre Zuchthaus, BA-ZNS-S 243.

- Vergewaltigung: 4 Jahre Zuchthaus, BA-ZNS-S 334.

- Vergewaltigung: 2 Jahre Zuchthaus, BA-ZNS-S 150.

- Vergewaltigung: 3 Jahre Zuchthaus, BA-ZNS-S 258.

³³ - Unzucht im Wiederholungsfalle, dann Fahnenflucht, BA-ZNS-S 152.

- Vergewaltigung, dann Fahnenflucht, BA-ZNS-S 196.

³⁴ „Ein Außenseiter beschämt die Zunft - Berechtigter Schmah“; Die Zeit, 26.09.1991 Nr. 40.

<http://www.zeit.de/1991/40/Berechtigter-Schmah?page=1>.

³⁵ Bartov, *Hitlers Wehrmacht*, S. 110.

³⁶ Beck, *Wehrmacht und sexuelle Gewalt*, S. 335.

quenzen rechnen müssen.³⁷ Die UN-Sonderbericht-
statterin Chavez hatte diesen Vorwurf am 16. Juli 1996 in
einem Zwischenbericht, der auf Angaben der US-ameri-
kanischen Journalistin Brownmiller Bezug nahm, erst-
malig erhoben. Der Vorwurf wurde von deutschen Be-
hörden – gestützt auf ein Gutachten des
Militärgeschichtlichen Forschungsamtes, das dem Ver-
fasser dankenswerterweise vom MGFA zur Verfügung
gestellt worden ist – substantiiert zurückgewiesen,³⁸ wor-
aufhin er im endgültigen Bericht auch keine Erwähnung
mehr fand. Beck selbst räumte richtigerweise ein, dass
die meisten Autoren, die solcherlei Thesen aufstellen
würden, nur selten Quellen in ihre Untersuchungen mit-
einbeziehen würden und dass häufig nur der Rückgriff
auf Brownmillers Arbeit als Begründung geliefert wer-
de.³⁹ Wie das oben zitierte Gutachten anführt, war der
Vorwurf in dieser Form aber nicht einmal von Brown-
miller selbst erhoben worden: „Vorab ist zu bemerken,
dass die Formulierungen von Chavez nicht ganz mit den-
nen von Brownmiller identisch sind. Weder in der ame-
rikanischen noch in der deutschen Ausgabe ist regelrecht
von ‚systematically‘ oder ‚weapon‘ die Rede.“⁴⁰ Chavez
hatte die Grundaussage von Brownmiller, die sie als Be-
legstelle angegeben hatte, lediglich aufgebauscht und zu-
mindest diese weitreichende Behauptung, die in der in-
ternationalen Forschung bis dahin auch von niemandem
vertreten worden war,⁴¹ in der Endfassung des Berichtes
schlussendlich auch fallen lassen müssen. Dass der Vor-
wurf gleichwohl bereits ein Eigenleben entfaltet hatte,
zeigen die Ausführungen von Beck, die diese These breit
untersuchte und auch im Schlusswort nochmals aufgriff,
was beim Leser den Eindruck erwecken muss, dass zu-
mindest die schwächere, von Beck selbst vertretene Form
des Vorwurfes, nämlich dass man Übergriffe gegen die
Zivilbevölkerung nicht oder nicht nennenswert verfolgt
habe, richtig sei.

Die Thesen von Birgit Beck, die die Werke von Messer-
schmidt und Wüllner als „Standardwerke“⁴² bezeichnete,
überzeugen auch in anderen Bereichen nicht. Sie kam zu
dem Ergebnis, dass den Bestimmungen dieses Gerichts-

barkeitserlasses entsprechend Sexualstraftaten nur auf
disziplinarischem Weg bestraft oder überhaupt nicht ge-
ahndet wurden, wenn sie die Mannszucht nicht ernst-
haft gefährdet hätten.⁴³ Schon die These leidet an einem
inneren Widerspruch. Welche Straftat sollte denn die
Mannszucht in einer Armee noch mehr gefährden als
Vergewaltigungen? Welcher Befehlshaber sollte über-
haupt einen Grund dafür haben, sich hinter Vergewalti-
ger zu stellen, die denselben Waffenrock tragen wie er?
Wie tragfähig kann eine These sein, die sich undifferen-
zierend auf Notzucht und Plünderung gleichermaßen er-
streckt, obwohl das eine ein schweres Verbrechen war,
das andere aber ein Vergehen⁴⁴, für das im Regelfall ein
geringerer Strafraum und eine schwächere Haftart
vorgesehen waren?

Abgesehen von solch allgemeinen Schlüssigkeitsfragen,
die zumindest in rechtsstaatlichen Verfahren jeder An-
klage vorausgehen würden, spricht jedenfalls der Ostak-
tenbestand nicht für Becks These. Unter allen Akten des
K-, S- und P-Bestandes lässt sich nicht ein einziger Fall
finden, bei dem ein Täter wegen einer versuchten oder
vollendeten Notzuchtstat mit einer Disziplinarstrafe vor-
bestraft war, obwohl der Vorstrafenstatus von den Ge-
richten fast immer abgefragt wurde.⁴⁵ Vielmehr waren die
schwersten Delikte, die sich hier in den Vorstrafenregi-
stern fanden, kleinere Plünderungen. Weiter spricht ge-
gen Becks These, dass es unter allen gesichteten Akten
nicht einen einzigen Fall gab, bei dem eine vollendete
Vergewaltigung mit einer Strafverfügung abgehandelt
wurde. Nun war die Strafverfügung aber schon im Be-
reich des Strafrechts angesiedelt und stellte im Vergleich
zur verwaltungsrechtlichen Disziplinarstrafe den schwe-
reren Eingriff dar. Wenn also Vergewaltigungen nicht
einmal mit Strafverfügungen bestraft wurden, wurden
sie a maiore ad minus üblicherweise wohl erst recht nicht
mit Disziplinarstrafen bestraft. Das wird auch bei Raths
Kommentierung zur Plünderung deutlich: „Vorsicht bei
der Anwendung des § 16a K. [KStVO; = disziplinäre Er-
ledigung], da gesetzl. Mindeststrafe 43 Tage Gefängnis
oder Festung sind!“⁴⁶ Wie sehr musste das erst bei einem
Delikt gelten, dessen Mindeststrafe nicht nur um ein
Vielfaches höher war als die der Plünderung, sondern
das als Verbrechen auch noch mit Zuchthaus zu ahnden
war (und erweislich auch in der Sowjetunion damit ge-
ahndet wurde). Selbst unter allen Fällen des S-Bereiches
waren bis auf drei kleinere Fälle kurz vor Kriegsende kei-
ne Strafverfügungen, sondern nur Strafurteile ergangen,
und das obwohl der S-Aktenbestand auch Verfahren
über an sich harmlose Taten wie Exhibitionismus bein-
haltete.

Der einzelne Fall einer disziplinarisch geahndeten ver-
suchten Vergewaltigung, den Beck als Beleg anführt, ist

³⁷ Beck, Wehrmacht und sexuelle Gewalt, S. 72.

³⁸ Petter, Vergewaltigungen von Frauen durch deutsche Soldaten in
den beiden Weltkriegen – Gutachten des Militärgeschichtlichen
Forschungsamtes zum sog. Chavez-Zwischenbericht, S. 37.

Peters Analyse wird durch Ausführungen eines Kriegsgerichtes
gestützt, das in einem Vergewaltigungsfall strafscharfend zur Gel-
tung gebracht hatte, dass der Täter bei seinen Taten auf das Anse-
hen des deutschen Heeres in keiner Weise Rücksicht genommen
habe. Durch sein Verhalten habe er der Feindpropaganda in der
schlimmsten Art Vorschub geleistet. Er hätte wissen müssen, dass
im Ersten Weltkrieg Sittlichkeitsdelikte deutscher Soldaten von der
feindlichen Propaganda in der übelsten Form zur Hetze gegen das
gesamte deutsche Volk ausgeschlachtet worden seien. Daran habe
er sich aber nicht gestört.

BA-ZNS-S 248; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 95. Inf.-Division
vom 26. April 1941 im Felde.

³⁹ Beck, Wehrmacht und sexuelle Gewalt, S. 72.

⁴⁰ Petter, Vergewaltigungen von Frauen durch deutsche Soldaten in
den beiden Weltkriegen – Gutachten des Militärgeschichtlichen
Forschungsamtes zum sog. Chavez-Zwischenbericht, S. 4 f.

⁴¹ Petter, Vergewaltigungen von Frauen durch deutsche Soldaten in
den beiden Weltkriegen – Gutachten des Militärgeschichtlichen
Forschungsamtes zum sog. Chavez-Zwischenbericht, S. 2.

⁴² Beck, Wehrmacht und sexuelle Gewalt, S. 127.

⁴³ Beck, Wehrmacht und sexuelle Gewalt, S. 184.

⁴⁴ Nach heutigem Verständnis; nach der damaligen Abgrenzungsme-
thode, die sich nicht nach der abstrakt angedrohten Mindeststrafe
richtete, konnte Plünderung auch ein Verbrechen sein.

⁴⁵ Anders dagegen bei Plünderung, wo sich immer wieder einmal
eine Disziplinarvorstrafe fand.

BA-ZNS-S 355.

⁴⁶ Raht, Kriegsrecht für den Feldoffizier, 3. Aufl. § 165 M. IV, S. 165.

schon deshalb nicht verallgemeinerungsfähig, weil beim Versuch die Grenzen zu einer bloßen (sexuellen) Belästigung schwer zu ziehen sind. Die besondere Strafwürdigkeit des Versuchs knüpft hauptsächlich an den rechtsfeindlichen Willen des Täters an, der sich nach außen nur in einem unmittelbaren Ansetzen zur Tat niederschlagen muss. Der im Vergleich zur Belästigung gesteigerte Unwertgehalt liegt also in der im Übrigen auch nur schwer feststellbaren Vorstellungswelt des Täters. Dementsprechend kann bereits das bloße Berühren einer Frau prinzipiell sowohl eine versuchte Vergewaltigung als auch eine harmlose Entgleisung sein. Es ist also denkbar, dass solche Belästigungen durch betrunkene Soldaten – bei denen im Einzelfall durchaus juristisch auch immer wieder einmal der Tatbestand einer versuchten Vergewaltigung erfüllt gewesen sein mag – disziplinarisch abgehandelt wurden. Daraus aber zu folgern, dass für das gesamte besetzte Gebiet der Sowjetunion auch ernstlich vorgetragene und bereits über das Anfangsstadium hinaus gediehene Versuche einer Vergewaltigung oder gar vollendete Notzuchtsverbrechen regelmäßig nur disziplinarisch geahndet worden seien, erscheint auch im Hinblick auf den Barbarossa-Erlass als nicht gerechtfertigt. Vielmehr weisen umgekehrt der hohe Anteil an kriegsgerichtlichen Urteilen selbst wegen versuchter Vergewaltigungen⁴⁷ oder gar nur gewaltsamer Verübung unzüchtiger Handlungen⁴⁸ und insbesondere das komplette Fehlen von Strafverfügungen in diesem Bereichen darauf hin, dass vollendete Notzuchtsverbrechen, sofern sie einmal bekannt geworden waren, in der Sowjetunion zumindest grundsätzlich nicht bagatellisiert wurden.

Ähnliches gilt, wenn auch abgeschwächt, für die Plünderungsfälle. Hier dürften viele Lebensmittelplünderungen im Osten in den Disziplinarbereich gefallen sein. Dennoch stellen im Ostaktenbestand Fälle mit sowjetischen

Opfern das größte Kontingent (71 Akten), gefolgt von französischen (54 Akten), polnischen (37 Akten) und italienischen (23 Akten).⁴⁹ Für den Zeitraum ab dem 22. Juni 1941 fanden sich 71 Verfahren mit sowjetischen, je 23 mit französischen und italienischen und 21 mit polnischen Opfern. Auch dieses Ergebnis lässt sich schwerlich mit der Behauptung vereinbaren, dass der Barbarossa-Erlass dazu geführt habe, dass „bereits im Sommer 1941 zahlreiche Verfahren wegen Plünderungsdelikten eingestellt und in den folgenden Jahren nur noch ganz einzeln Soldaten wegen solcher Taten bestraft“ worden seien;⁵⁰ nicht zuletzt auch deshalb, weil sich auch aus Sicht der damaligen herrschenden Eliten der Schutz der Zivilbevölkerung und ihrer von der Besatzungsmacht gesteuerten Wirtschaft einerseits und die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Truppe und ihre Schlagkraft andererseits gegenseitig bedingen mussten.

IV. Fragestellungen und Befunde

Wegen der bereits erwähnten zahlenmäßigen Unsicherheiten war es eine vordringliche Aufgabe, die im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand besonders relevanten Aktenbestände, nämlich BA-ZNS-K (Delikte gegen die körperliche Integrität), BA-ZNS-S (Sittlichkeitsdelikte) und BA-ZNS-P (Eigentumsdelikte im Felde), zu strukturieren und folgende Fragen zu klären: In welchem zahlenmäßigen Verhältnis standen die Opfergruppen zueinander? Waren hinsichtlich der Strafhöhen Zusammenhänge mit bestimmten Opfergruppen erkennbar? Welche waren die am häufigsten vorkommenden Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründe?

Insbesondere die Beantwortung der letztgenannten Frage musste für die Einschätzbarkeit der Richter von besonderer Bedeutung sein, da insbesondere bei schlechter quantitativer Erfassbarkeit nichts aussagekräftiger ist als der Strafzumessungsteil eines Urteils, der dem Richter eine eigene Argumentation abfordert und somit neben der Begründung im Nachprüfungsverfahren das Kernstück einer jeden Akte bildet. Bei der Aufschlüsselung stellte sich heraus, dass in den Begründungen aller untersuchten Entscheidungen vor allem drei Gesichtspunkte besonders häufig auftauchten⁵¹: Das straf- und disziplinarrechtliche Vorleben des Täters (56 %), seine Beurteilung durch die Truppe (46 %) und die Auswirkungen, die die Tat auf das Ansehen der Wehrmacht (39 %) hatte. Die ersten beiden Punkte sind dabei nicht verwunderlich, da die Abfrage dieser Akten ein Routineprüfpunkt war und, was das Vorstrafenregister betrifft, im Übrigen ja auch heute noch ist. Erstaunlich ist hingegen, dass dem Ansehen der Wehrmacht so große Bedeutung beigemessen wurde. Im Rahmen der S-Delikte ist dies sogar der am häufigsten genannte Punkt. Danach folgen mit deutlichem Abstand die Gesichtspunkte „Geständnis“ bzw.

⁴⁷ - Drei Monate Gefängnis; BA-ZNS-S 262; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 52. Inf.-Division vom 16. Dezember 1941.

- Sechs Monate Gefängnis; BA-ZNS-S 182; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 129. Division vom 15. November 1942 zu Medwedewo.

- Drei Monate Gefängnis; BA-ZNS-S 362; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 52. Inf.-Division vom 24. Mai 1943 zu Sinez.

- Ein Jahr Gefängnis; BA-ZNS-S 110; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 1. Panzer-Division vom 26. Januar 1944.

- Ein Jahr Gefängnis; BA-ZNS-S 374; Urteil des Feldkriegsgerichtes des Panzer-A.O.K. 3 vom 31. Mai 1944 zu Promysaly.

⁴⁸ - Acht Monate Gefängnis (Griffe an die Brust und zwischen die Beine des Opfers); BA-ZNS-S 269; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 7. Panzer-Division vom 19. August 1941 im Felde.

- Zweimal ein Jahr und sechs Monate und einmal neun Monate Gefängnis als Einsatzstrafen, drei Jahre Gefängnis Gesamtstrafe (drei Fälle, in denen der Täter unter Vorhalten einer Waffe die Opfer am ganzen Körper abtastete); BA-ZNS-S 152; Urteil des Feldkriegsgerichtes der Panzergruppe 3 vom 3. November 1941.

Dann ein Jahr Gefängnis (gleich gelagerter Wiederholungsfall) [R]; BA-ZNS-S 152; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 35. Division vom 24. Oktober 1943.

Schlussendlich Fahnenflucht (nach gleichartigen Vorkommnissen in Serbien); BA-ZNS-S 152.

- Acht Monate Gefängnis (Griffe zwischen die Beine des Opfers) [R]; BA-ZNS-S 352; Urteil des Feldkriegsgerichtes der Feldkommandantur 190 vom 28. November 1942 zu Luga.

- Sechs Monate Gefängnis (Griffe an die Brust und unter die Röcke des Opfers); BA-ZNS-S 317; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 95. Inf.-Division vom 25. Februar 1944.

⁴⁹ Briten (8), Belgier (6), Griechen (5), Holländer, Kroaten (4) und vereinzelte andere.

⁵⁰ So Beck (Wehrmacht und sexuelle Gewalt, S. 182) auch unter Rückgriff auf Rass.

⁵¹ Nachweise jeweils in Huber, Die Rechtsprechung der deutschen Feldkriegsgerichte bei Straftaten von Wehrmachtssoldaten gegen Angehörige der Zivilbevölkerung in den besetzten Gebieten, S. 100 ff.

„Leugnen“ (20%), „militärische Bewährung“ (18 %) und diverse tatbezogene Aspekte. Hinter all diesen Punkten reihte sich dann das Mannszuchtargument ein, das laut Wüllner das „alles beherrschende Kriterium“ gewesen sein soll.⁵² In Wirklichkeit wurde dieser Gesichtspunkt nur in 7 % der Fälle angesprochen. Vergleicht man die Urteilsbegründungen für Frankreich und die Sowjetunion, fällt weiter auf, dass das Ansehen der Wehrmacht im Osten etwas weniger häufig angeführt wurde, allerdings aber auch noch in einem Drittel der Urteile. Diese Zahlen legen nicht nur den Schluss nahe, dass den Richtern das Ansehen der Truppe bei der feindlichen Zivilbevölkerung wichtig war, sondern dass man dieses – zumindest für die Wehrmacht – auch voraussetzte. Da man jedoch nicht weiß, wie flächendeckend diese Urteile wirklich sind, ist bei diesem Ergebnis durchaus auch Vorsicht angebracht. Allerdings fügt es sich, wie noch zu zeigen sein wird, in ein stimmiges, wenn auch sehr lückenhaftes Bild ein.

Erwähnt seien in diesem Zusammenhang zum Beispiel auch die in Freiburg lagernden Stimmungsberichte der Wehrmachtsteilung „Fremde Heere Ost“, die diese Ergebnisse weiter untermauern. Diese Abteilung hatte in allen wesentlichen Standorten der besetzten Gebiete der Sowjetunion Verbindungsleute installiert, die sämtliche wichtigen Vorkommnisse und die Stimmung der Bevölkerung nach Berlin meldeten. Da diese umfangreichen Berichte inhaltlich im Grunde alle in die gleiche Richtung gehen, sei der nachfolgende stellvertretend für alle zitiert: „Auch die ‚Befreiungsfeiern‘, die ich in Lemberg und anderen Städten erleben durfte, bewiesen die ehrliche Freude des 1.000 Jahre unterdrückten Volkes über die Befreiung aus Knechtschaft. [...] Abgesehen von kleinen Ausnahmen lief alles wie am Schnürchen, der deutsche Soldat genoss unerhörte Achtung, was äußerlich dadurch zum Ausdruck kam, dass uns die Ukrainer achtungsvoll und freundlich grüßten. Das alles änderte sich mit einem Schlag, als im Herbst 1941 die Militärverwaltung abtrat. Die Stimmung der Bevölkerung wurde gedrückt, ihr Gruß mürrisch und hörte bald ganz auf. So ist es z. B. in jener Zeit vorgekommen, dass in Dubno bei einem ukr. Gottesdienste trotz der Gefährlichkeit dieser Handlung ein Pope zu Gott gebetet hat, er möge der Ukraine die Militärverwaltung erhalten.“⁵³ Ähnliches berichteten einhellig fast alle V-Leute, wobei immer wieder darauf hingewiesen wurde, dass die von Sonderverbänden und der Zivilverwaltung verübten Grausamkeiten und Willkürmaßnahmen die zunächst positive Erwartungshaltung gegenüber der Besatzungsmacht grundlegend geändert hätten.⁵⁴ Dieser an sich schon be-

dauerliche Umstand würde noch dadurch verstärkt, dass man der Wehrmacht ihren Kampf nur unnötig erschwere. Neben dem Ansehen der Wehrmacht waren das getrübe Verhältnis zur Zivilbevölkerung und die Stärkung der Partisanen Aspekte, die auch von den Kriegsgerichten in ihren Begründungen immer wieder aufgegriffen wurden (vgl. auch Punkt VI. Anhang). So etwa postuliert ein Richter der 1. Panzer-Division im Hinblick auf die mögliche Unterstützung der Wehrmacht durch ukrainische Freiwillige, dass die Zivilbevölkerung vor „Gewalt-

ahndet bleiben, dann muss das durch die notwendigen Zwangs[b]eitreibungen schon erschütterte Vertrauen der Bevölkerung auf einen im Hinblick auf das Banditentum für uns gefährlichen Tiefstand sinken. [...] ‚Solange Ihr da seid, ist Ruhe, aber nach Euerem Weggang sind die alten Zustände sofort wieder da‘, wurde uns versichert.“

- BA-MA-RH 2/2560 [27 ff.]; Feindpropaganda, Übersetzung aus dem Ukrainischen, Freiheit den Völkern und den Einzelnen: „[...] Wer sich vor den Augen und der Pistole des bolschewistischen NKWD retten konnte, wird jetzt von der deutschen Gestapo aufgesucht und vernichtet.“

- BA-MA-RH 2/2560 [32 ff.]; Geheime Kommandosache, V-Mann-Berichte über die Entwicklung der Lage in der Ukraine vom 30.6.1943: Geschildert werden Massenerschießungen und -plünderungen durch polnische Polizeitruppen, die von der deutschen Zivilverwaltung aufgestellt worden waren.

- BA-MA-RH 2/2560 [59 ff.]; V-Mann-Stimmungsbericht vom Juni 1943: Geschildert werden willkürliche Ausschreitungen von Verwaltungsorganen.

- BA-MA-RH 2/2560 [130 ff.]; Geheime Kommandosache, Zusammenstellung von Meldungen über Maßnahmen der deutschen Zivilverwaltung in den besetzten Ostgebieten vom 23. Juni 1944:

„Einen solchen Umschwung in der Haltung des ukrainischen Volkes, das sich 1941 eindeutig auf die Seite Deutschlands gestellt hatte, führte in erster Linie die berüchtigte Menschenbehandlung seitens der nichtmilitärischen deutschen Organe auf dem ukrainischen Volksboden herbei. Insbesondere trifft das auf die Schandmethoden bei der Anwerbung von Arbeitskräften für das Reich zu. Vor der nationalsozialistischen „Negerpolitik“ verblasen in den Augen des Ukrainertums selbst die Schrecken der Sowjetzeit.“

„Auch unverantwortliches Verhalten der Strafexpeditionen trägt das Seine zum Wachstum des Bandenunwesens bei. So meldet z. B. die Residentur in Snow Klagen der Bevölkerung über Plünderungen durch ungarische Verbände. Alle diese Beschwerden haben aber leider keinen Erfolg. Von allen Seiten laufen von der Bevölkerung Klagen ein über die ukrainische Polizei, die man als größte Störerin der öffentlichen und überhaupt jeglicher Ordnung bezeichnen muss.“

„Aufs schärfste verurteilt man die Handgreiflichkeiten von Seiten der Vertreter deutscher Dienststellen, die immer wieder zu verzeichnen sind, und die im allerstärksten Maße der Herstellung guter, gegenseitiger Beziehungen schaden.“

„Einer Militärverwaltung, die sich auf das notwendigste und das im Augenblick zweckmäßigste beschränkt, sieht die Bevölkerung viel nach, zumal sie nach wie vor zu deutschen Soldaten das größte Vertrauen hat.“

„In Derewljane bei Rowno wurde die ganze Familie Desjatnyk hingerichtet. Der Grund: eine der Schwestern soll bolschewistisch eingestellt gewesen sein. Erschossen wurden: Vater, Mutter, Bruder, Schwägerin und minderjährige Kinder [geschildert werden weitere Verbrechen]. Das Dorf Remel bei Rowno wurde ebenfalls durch die Deutschen dem Feuer preisgegeben. Bis heute wissen die Ukrainer in den umliegenden Ortschaften immer noch nicht, um was es sich dabei handelte. In diesem Dorfe wurden übrigens von den deutschen Polizisten ukrainische Kinder und Frauen in die brennenden Häuser geworfen. Einige Tage darauf waren dort verkohlte Leichen von Kleinkindern auf den Trümmern zu sehen [geschildert werden weitere Verbrechen durch die deutsche Zivilverwaltung].“

„Die zur Bekämpfung eingesetzte Polizei habe oft große Verluste; es wird auch von Unstimmigkeiten zwischen Militär und Polizei berichtet.“

⁵² Wüllner, Die NS-Militärjustiz und das Elend der Geschichtsschreibung, S. 335.

⁵³ BA-MA-RH 2/2560; Schreiben zu Kiew vom 18. April 1943.

⁵⁴ - BA-MA-RH 2/2560 [16]; Stimmungsbericht aus Galizien vom Mai 1943, „V-Mann Peter meldet“: „[...] Die Freiwilligenanzahl würde jedoch wesentlich höher steigen, wenn die Werbungen durch die Wehrmacht geführt worden wären, da in allen Bevölkerungsschichten Galiziens eine starke Antipathie gegen die Polizeidienststellen SS herrscht.“

- BA-MA-RH 2/2560 [23 ff.]; Situationsbericht aus Wolhynien vom Mai 1943, „V-Mann Georg meldet“: „[...] Wenn derartige Übergriffe verbrecherischer veranlagter oder perverser Männer unge-

taten deutscher Soldaten energisch“ geschützt werden müsse,⁵⁵ ein anderer führte 1943 in Witebsk aus, dass die Absicht, das Gebiet zu befrieden, durch Gewalttätigkeiten von deutschen Soldaten gegenüber Landeseinwohnern unterlaufen werde. Die Handlungsweise des Täters sei geeignet gewesen, den guten Eindruck und die Achtung, die sich der deutsche Soldat durch sein Auftreten der Zivilbevölkerung gegenüber erworben habe, in weiten Kreisen zu schädigen und eine ablehnende Haltung hervorzurufen.⁵⁶

Ein weiterer Baustein in diesem Mosaik ist das Verhältnis zwischen den Fallzahlen für Frankreich und die Sowjetunion in den jeweiligen Deliktbereichen.⁵⁷ Was den immer wieder für eine fehlende Strafverfolgung bei Vergewaltigungen und Plünderungen als Argument vorgebrachten Rückgang der Verfahrenszahlen in der Wehrmaktkriminalstatistik infolge des Barbarossa-Erlasses betrifft, erlaubt der Ostbestand, der im Gegensatz zur Wehrmaktkriminalstatistik eine Aufschlüsselung der Verfahren nach Nationalitäten auch noch innerhalb der jeweiligen Deliktgruppen ermöglicht, weitere Deutungsmöglichkeiten: Verfahren wegen einfacher und mittlerer Körperverletzungsdelikte finden sich für das Gebiet der Sowjetunion in der Tat deutlich weniger. Hingegen lässt sich im Vergleich zu Frankreich ein mindestens ähnlich hoher, teilweise sogar deutlich höherer Anteil von Verfahren mit sowjetischen Opfern bei den schwereren Delikten wie Mord und Totschlag, Vergewaltigung, Unzucht mit Kindern und Plünderung feststellen. Vor allem auf der Ebene der kleineren oder mittleren Delikte führte der Barbarossa-Erlass also dazu, dass Straftaten in den Disziplinarstrafbereich hineingezogen wurden, was besonders der weitgehende Ausfall von Körperverletzungsdelikten für das Gebiet der besetzten Sowjetunion zeigt. Eine Entwicklung übrigens, die sich mit dem Fortgang des Krieges dann auch auf die übrigen besetzten Gebiete ausweitete, da sich dort für die Jahre 1943 bis 45 keine derartigen Fälle mehr nachweisen lassen. Ein ähnliches Bild zeigt sich im S-Aktenbereich, wo kleinere Sexualdelikte wie etwa Fälle von Exhibitionismus, die in Frankreich Anlass für etliche Verfahren geboten hatten, für die Sowjetunion völlig fehlen. Für die schweren Delikte gilt dies jedoch keineswegs. Bis 1944 finden sich für den Osten Urteile, in denen Täter wegen Vergewaltigung oder Plünderung belangt wurden. Insgesamt übertraf die Zahl der „sowjetischen Verfahren“ die der „französischen“ für die Zeit ab dem 22. Juni 1941 um das Zweieinhalbfache und selbst ab Kriegsbeginn gerechnet war die größte Opfergruppe, deretwegen deutsche Soldaten bei Übergriffen verurteilt worden waren, die

sowjetische. Dennoch erreichen auch im Ostbestand die Aktenzahlen bzgl. aller Delikte zusammen für die Sowjetunion und das Jahr 1941 nicht das Niveau, das man ausgehend vom Frankreichfeldzug hätte erwarten können.

Dass dennoch hier die These vertreten wird, dass insbesondere Vergewaltigungen im Osten gehandelt wurden, lässt sich mit der vermuteten asymmetrischen Wirkungsweise des Barbarossa-Erlasses begründen. Es dürfte also lediglich zu einer Verschiebung des Disziplinarbereichs in den Vergehensbereich gekommen sein, die sich auch in der Wehrmaktkriminalstatistik als ein fühlbarer Rückgang der Verfahrenszahlen bemerkbar machen musste, da Delikte mit geringerem Unwertgehalt wohl den zahlenmäßigen Schwerpunkt darstellten. Es wird also das eingetreten sein, was das OKH schon zu Beginn des Krieges gefordert hatte, nämlich disziplinarisch zu erledigen, „was disziplinarisch erledigt werden“ konnte, um die Kraft der Gerichte alsdann „zur schnellen und tatkräftigen Verfolgung der schwereren Straftaten“ freizusetzen und insbesondere bei Kapitalverbrechen „sofort und tatkräftig zugreifen“ zu können.⁵⁸ Damit konnten folglich die Verfahrenszahlen erheblich absinken, ohne dass zwangsläufig der Bereich der Schwerekriminalität tangiert werden musste. Von den hier zur Rede stehenden Delikten dürften also vor allem vorsätzliche Körperverletzungsdelikte und kleinere Plünderungen weggefallen sein, die man andernfalls mit einer Strafverfügung abgehandelt hätte.

Das Verhältnis zwischen den Fallzahlen für das Deutsche Reich, Frankreich und die Sowjetunion entkräftet auch eine weitere These: Da die Gesamtktenlage mit einigen hundert Fällen insgesamt sehr dürftig ist, wurde zum Teil argumentiert, dass dies – neben dem Rückgang in der Wehrmaktkriminalstatistik – ein zweiter Hinweis auf eine Bagatellisierung von Vergewaltigungen und Plünderungen im Osten sei. Dies wäre aber nur dann schlüssig, wenn die Aktenzahlen für Frankreich, wo die Ahndung von Ausschreitungen unstrittig ist, und für das Deutsche Reich, wo der Repressionswille am sichersten vorausgesetzt werden kann, nicht noch viel niedriger wären. Insbesondere lassen sich die niedrigen Aktenzahlen für den Osten nicht als Argument für eine fehlende Ahndung dieser Taten anführen, wenn man gleichzeitig bei einem noch geringeren Aktenbestand für Frankreich oder das Deutsche Reich ein rigoroses Durchgreifen anerkennt. Hierbei wird man für das besetzte Gebiet der Sowjetunion vergrößernd unterstellen können, dass sich in Bezug auf die Aktenzahlen die Effekte eines mutmaßlich höheren Tataufkommens mit der aus den gleichen Gründen auch höheren Dunkelziffer mindestens ausgeglichen haben werden. Dafür spricht der Umstand, dass viele der Notzuchtsverfahren im Osten mangels geordneter Polizeistrukturen alleine durch die Zufälligkeit angestoßen worden waren, dass ein Dolmetscher oder Offizier von der Tat, die sich mittlerweile bei der Zivilbevölkerung herumgesprochen hatte, gerüchteweise

⁵⁵ BA-ZNS-P 373; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 1. Panzer-Division vom 24. Juni 1944 im Felde.

⁵⁶ BA-ZNS-P 143; Urteil des Feldkriegsgerichtes des Panzer A.O.K. 3 vom 8. Februar 1943 zu Witebsk.

Der Täter hatte am 27. Oktober 1942 einem Polen einen Sack mit zehn Broten abgenommen. Allerdings war er von einem Unteroffizier gestellt worden, der veranlasste, den Sack zurückzubringen. Dabei wurde festgestellt, dass sechs Brote fehlten.

⁵⁷ Nachweise jeweils in Huber, Die Rechtsprechung der deutschen Feldkriegsgerichte bei Straftaten von Wehrmachtssoldaten gegen Angehörige der Zivilbevölkerung in den besetzten Gebieten, S. 159 ff.

⁵⁸ BA-MA-RH 14/v.30; Der Chef der Heeresrüstung und Befehlshaber des Ersatzheeres, Az 14 n 16 HR IIB Nr. 2667/39, 16. Dezember 1939.

erfahren hatte.⁵⁹ Dies wird auch durch Jeschecks Beobachtung gestützt, dass schon kaum entsprechende Tatberichte eingingen. Plünderungen dürften noch seltener bekannt geworden sein, da diese in der Regel lediglich durch Spind-, Gepäck- oder Postkontrollen auffielen. Gegen eine Unterdrückung der Verfahren in den besetzten Gebieten der Sowjetunion spricht auch, dass vergleichbare Delikte, deren Ahndung zweifelsohne im Interesse der Wehrmachtführung gelegen haben dürfte, nur sehr geringe Aktenzahlen aufweisen. Genannt seien hier zum Beispiel die Fälle von homosexuellen Handlungen in der Truppe, von denen sich nur ein paar Dutzend Akten für den gesamten Ostbestand finden, obwohl hier zum einen mit einem erheblichen Potential beim Tataufkommen und zum anderen mit einem beträchtlichen Verfolgungsdruck seitens der Behörden zu rechnen war. Ähnliches gilt für den Tatbestand des eigenmächtigen Beutemachens, der sich direkt gegen Wehrmachtsinteressen richtete, weil das Schutzgut des § 128 Alt. 2 MStGB anders als bei der Plünderung, die sich gegen das Eigentum der Zivilbevölkerung richtete, das Aneignungsrecht des erobernden Staates am beweglichen Eigentum des feindlichen Staates war. Auch finden sich nur zwei Verfahren wegen Vergewaltigungen an deutschen Frauen und wie gesagt nur drei Urteile, in denen wegen Totschlags an Deutschen einmal auf Zuchthaus und zweimal auf Gefängnis erkannt worden war.

Das Ergebnis, dass individuelle Ausschreitungen gegen die Zivilbevölkerung auch in der Sowjetunion gerichtlich verfolgt wurden, ergibt sich daher aus der Gegenüberstellung von Ostbestand und Wehrmacht kriminalstatistik⁶⁰: Wie man sieht, lagen die Fallzahlen für den Krieg in der Sowjetunion nicht in dem Bereich, den man ausgehend vom Frankreichfeldzug hätte prognostizieren können. Bei genauerer Betrachtung des Ostbestandes wird aber klar, dass im Vergleich zu Frankreich in der Sowjetunion vor allem die Verurteilungen wegen schwächerer Delikte fehlen (da diese in Anwendung des Barbarossa-Erlasses disziplinarisch abgehandelt wurden). Da für Frankreich eine rigorose Ahndung von Ausschreitungen unbestritten ist, die Wehrmacht kriminalstatistik trotz Wegfalls der kleineren Massedelikte für die Jahre ab 1941 aber immer noch annähernd gleich hohe Verurteilungszahlen liefert, mussten folglich Delikte ab einer gewissen

Schwelle strafgerichtlich behandelt worden sein. Die Deliktsstruktur im Ostbestand dokumentiert dabei, dass Delikte wie Plünderung und gefährliche Körperverletzung die untere Grenze dargestellt haben werden. Hier bestand nach Art und Umfang der Tat ein Graubereich zwischen disziplinarischer Ahndung und Strafverfügung. Da das Plünderungsdelikt ein universelles Sammeldelikt mit einem ungewöhnlich breiten Strafraum von sechs Wochen Gefängnis bis hin zur Todesstrafe war, sind aber neben den Strafverfügungen auch viele Urteile erhalten.

Was den dritten Punkt, die Strafhöhen betrifft, lagen diese in der Sowjetunion für alle Deliktsbereiche im Schnitt nur geringfügig unter denen in Frankreich, wobei folgende Charakteristika prägend waren: Vorsätzliche Körperverletzungsdelikte wurden üblicherweise sehr lax geahndet. In der Sowjetunion kam dieser Gesichtspunkt wie gesagt schon aufgrund des Barbarossa-Erlasses kaum zum Tragen. In den übrigen Gebieten ergab sich für vorsätzliche einfache Körperverletzung ein mittleres Strafmaß von fünf bis sechs Wochen, bei Handgreiflichkeiten gegenüber Deutschen hatte man im Schnitt sogar nur drei bis vier Wochen Arrest verhängt. Bei gefährlicher Körperverletzung wurden Strafen von etwa drei bis vier Monaten Gefängnis ausgesprochen, wobei auch insoweit keine Ungleichbehandlung von Deutschen und Zivilisten in den besetzten Gebieten erkennbar ist. Allerdings sind auch hier Fälle aus der Sowjetunion kaum vertreten. Offensichtlich wurde diesen Delikten eine geringe Wertigkeit zugebilligt, was wohl nicht nur an den Kriegsumständen gelegen haben dürfte, sondern auch im deutschen Strafrecht angelegt ist.⁶¹

Völlig anders ist hingegen das Bild bei den vorsätzlichen Tötungsdelikten. Hier überwiegen deutlich die Fälle aus der Sowjetunion, obwohl insoweit als mögliche Fallkonstellationen nicht nur diejenigen Fälle in Betracht kamen, in denen sich auf Heimaturlaub befindliche Soldaten an deutschen Zivilisten vergriffen hatten, sondern auch noch all die Fälle, in denen Wehrmachtssoldaten untereinander Händel gehabt hatten. Was die Strafhöhen betrifft, ist ein Vergleich allerdings kaum möglich, da diese Fälle insgesamt nur sehr selten waren. So etwa wurde in den drei Fällen, in denen die Opfer Deutsche waren, wegen Totschlags zweimal auf 5 Jahre Gefängnis und einmal auf 5 Jahre und 6 Monate Zuchthaus erkannt, also im Schnitt auf etwa 5 Jahre Haft.⁶² Hingegen hatte man wegen Totschlags an einem Rumänen auf Todesstrafe, dann nach der Aufhebung des ersten Urteils auf 15 Jahre

⁵⁹ Der Fall BA-ZNS-S 269 (Nötigung zur Unzucht) kam gerüchtweise durch den Regimentsdolmetscher auf. Auch im zeitlich nächstliegende Fall BA-ZNS-S 243 (Notzucht, Nötigung und Plünderung) wurden die Ermittlungen durch einen deutschen Offizier angestoßen, der die Angelegenheit gerüchtweise erfahren hatte. So verhielt es sich auch im Notzuchtsfall BA-ZNS-S 150.

Manchmal hatten die Opfer auch den Mut, sich direkt an die deutschen Behörden zu wenden: Im Fall BA-ZNS-S 152 hatten die Russen Anzeige erstattet (Nötigung zur Unzucht) und Strafantrag wegen Beleidigung gestellt. Entsprechend lautete auch der Tenor auf Nötigung zur Unzucht in drei Fällen in Tateinheit mit Beleidigung, §§ 176 I Zif. 1 u. 3, 185, 73 RStGB. Auch in den Fällen BA-ZNS-S 262 und S 355 hatten die russischen Opfer jeweils Strafanzeige erstattet.

⁶⁰ Für die S-Delikte weist sie 964 (1940), 972 (1941), 687 (1942), 836 Verurteilungen (1943) und für den P-Bereich 2743 (1940), 2136 (1941), 2310 (1942), 2638 (1943) Verurteilungen aus (s.o.).

Hennicke, Auszüge aus der Wehrmacht kriminalstatistik, S. 452, 454.

⁶¹ So etwa lag die Mindeststrafe für gefährliche Körperverletzung, also z.B. für einen Bauchstich mit dem Seitengewehr, bei nur zwei Monaten. Erst das 6. Strafrechtsreformgesetz stellte 1998 den Missstand ab, dass versuchte Sachbeschädigung, nicht aber versuchte einfache Körperverletzung strafbar war, und hob die Strafrahmen für die Körperverletzungsqualifikationstatbestände deutlich an. Dennoch ist auch gegenwärtig z.B. die Mindeststrafe für gefährliche Körperverletzung immer noch unterhalb des einfachsten Raubtatbestands angesiedelt.

⁶² BA-ZNS-K 620; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 95. Inf.-Division vom 26. Oktober 1939 zu Brückenau.

BA-ZNS-K 307; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 82. Inf.-Division vom 1. Juli 1940.

BA-ZNS-K 181; Urteil des Feldkriegsgerichtes der Feldkommandantur 607 vom 30. Dezember 1944 zu Zabeln.

Zuchthaus erkannt.⁶³ Der einzige Fall aus Frankreich, ein Mordfall, endete für den Täter ebenfalls mit einem Todesurteil, das auch vollstreckt wurde.⁶⁴ Sehr unterschiedlicher Natur waren hingegen die Fälle aus der Sowjetunion, die bereits zeigen, wie differenziert die Verhältnisse dort beurteilt werden müssen: Im ersten Fall wurde der Täter dafür, dass er einen Juden hinter einer Hausmauer erschossen hatte, gem. §§ 212, 213 RStGB mit sechs Monaten Gefängnis bestraft.⁶⁵ Sehr hart war hingegen das Urteil gegen den Obergefreiten Nikolaus B., der einem Kameraden empfohlen hatte, einen sie mit dem Schlitten verfolgenden Russen, bei dem B. einen Tag zuvor ein Paar Filzstiefel geplündert hatte, vom Schlitten zu schießen. Hier wurde wegen Anstiftung zum Mord auf Todesstrafe erkannt.⁶⁶ In einem anderen Fall hatte der Täter aus Ärger über den Nahrungsmitteldiebstahl eines 16-jährigen Russen diesen kurzerhand erschossen. Hierfür wurde er gem. §§ 212, 213 RStGB zu einer Gefängnisstrafe von einem Jahr verurteilt.⁶⁷ Am 22. August 1942 hatte der durch den Konsum eines halben Liters Schnaps alkoholisierte Gefreite Franz N. einem 24-jährigen kriegsuntauglichen Russen, der sich auf der Straße gerade mit einer Russin unterhalten hatte, eine Kugel in den Kopf geschossen. Wie die Russin später bezeugte, war N. kurz vor der Tat ohne Veranlassung auf den Russen zugegangen und hatte ihn geschlagen. N. hingegen behauptete, er sei seinerseits angegriffen worden. Man glaubte den Angaben der Russin und verurteilte N. wegen Totschlags in Tateinheit mit rechtswidrigem Waffengebrauch gem. §§ 212 RStGB, 149 MStGB zu einer Zuchthausstrafe von 6 Jahren.⁶⁸ Die Todesstrafe wurde im bereits geschilderten Fall Drechsel ausgesprochen.⁶⁹ Im letzten Fall wurde die Tötung einer 17-jährigen Russin im Zusammenhang mit einem Vergewaltigungsversuch durch einen schwer betrunkenen Sonderführer gem. § 212 RStGB mit zehn Jahren Zuchthaus wegen Totschlags geahndet.⁷⁰ Zu diesen Fällen kommen ferner auch noch solche, in denen Vorsatztaten sachwidrig als Fahrlässigkeitsdelikte oder Erfolgsqualifikationen behandelt wurden. Von den vier insoweit in Betracht kommenden Fällen wird man mindestens ein „Fahrlässigkeitsdelikt“ als Totschlag mit inadäquater Strafahndung verbuchen müssen.⁷¹ All diese

Fälle zeigen, dass in der Sowjetunion das Spektrum sehr weit gefächert war und sich für nahezu alle denkbaren Fallgestaltungen Beispiele finden lassen.

Während für den K-Aktenbereich insgesamt eine relativ großzügige Handhabung festzustellen ist, ist der S-Aktenbereich, wenn man einmal für das Barbarossakriegsgebiet von Taten mit geringerem Unwertgehalt wie etwa Exhibitionismus absieht, vom deutlichen Bemühen aller Justizorgane geprägt, derartige Taten streng zu ahnden. Dies zeigt sich schon daran, dass fast sämtliche Fälle mit einem Urteil endeten. Selbst Strafverfügungen gab es kaum. Die durchschnittliche Dauer der Freiheitsstrafen für Vergewaltigungen lag für West und Ost jeweils bei zwei bis drei Jahren, wobei in etwa der Hälfte der Fälle auf Zuchthaus erkannt worden war. Eine Ungleichbehandlung lässt sich insoweit also nicht feststellen. Anders lag der Fall hingegen, wenn sich die Tat im Reichsgebiet ereignet hatte. Von den zwei Fällen, die hier nur noch erhalten sind, entging der Täter im einen mit einer Strafe von 12 Jahren⁷² nur knapp der Todesstrafe. Das erste Urteil⁷³, das auf 5 Jahre Zuchthaus gelaftet hatte, hatte Göring aufgehoben. Während bei den Notzuchtsfällen in den besetzten Gebieten meist § 177 RStGB isoliert zur Anwendung kam, zeigt dieser Fall, dass der Täter bei Taten im Reichsgebiet ohne weiteres mit der Einschlägigkeit der Gewaltverbrecher- oder der Volksschädlings-VO bzw. Anwendung des § 5a KSSVO rechnen musste, was wohl im Ergebnis auch zu deutlich höheren Strafen geführt haben dürfte, als sie in den besetzten Gebieten üblich waren. Bei Unzucht an Minderjährigen lag die Durchschnittsstrafe bei knapp über 13 Monaten Gefängnis. Eine Zurücksetzung russischer bzw. ukrainischer Opfer gegenüber französischen war hier ebenfalls nicht erkennbar. Etwas höher, nämlich bei durchschnittlich 15 ½ Monaten Freiheitsstrafe, waren die Strafen, wenn sich der Täter an deutschen Kindern vergangen hatte. Auch wurde häufiger auf eine Zuchthausstrafe erkannt.⁷⁴

Im P-Bereich hingegen war dieser Ansatz, die Urteile in qualitativer und quantitativer Hinsicht gegenüberzustellen, wenig Erfolg versprechend, da im Plünderungstatbestand eine Vielzahl von Fallgestaltungen aufgehen konnte, die nach Art und Schwere überhaupt nicht vergleichbar sind. Die Plünderung war bei Kriegsbeginn mit der Neufassung des § 129 MStGB zu einem universellen Eigentumsdelikt umgestaltet worden, das die meisten derartigen Tatbestände (wie Diebstahl, Raub, räuberische

⁶³ BA-ZNS-K 308; Urteil des Feldkriegsgerichtes der Feldkommandantur 190 vom 10. Juni 1944 zu Klausenburg (Ungarn).

⁶⁴ BA-ZNS-K 178; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 165. Division vom 15. Dezember 1942 zu St. Ló.

⁶⁵ BA-ZNS-K 777; Urteil des Feldkriegsgerichtes des XXXIX. Armeekorps vom 7. September 1941 im Felde.

⁶⁶ BA-ZNS-379; Urteil des Feldkriegsgerichtes des XXXVII Panzerkorps vom 16. Februar 1942.

⁶⁷ BA-ZNS-K 533; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 251. Inf.-Division vom 25. April 1942 im Felde.

⁶⁸ BA-ZNS-K 208; Urteil des Feldkriegsgerichtes des Oberbaustabes 30 vom 10. September 1942 zu Rostow.

⁶⁹ BA-ZNS-K 771; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 1. Gebirgsdivision vom 13. September 1942 zu Michojan-Schachar.

⁷⁰ BA-ZNS-S 283; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 201. Sich.-Division vom 22. Mai 1944 zu Lepel.

⁷¹ Als da wären:

- Drei Monate Gefängnis (über § 148 MStGB) [Ukr]; BA-ZNS-K 338; Strafverfügung des Gerichtes der 299. Inf.-Division vom 9. Februar 1942.

- Ein Jahr und drei Monate Gefängnis (über § 222 RStGB) [Ukr]; BA-ZNS-K 580; Urteil des Feldkriegsgerichtes der Kommandantur

des Bereichs Winniza (F.K. 675) vom 24. September 1942 zu Winniza.

- Zehn Monate Gefängnis (über § 330a RStGB) [R]; BA-ZNS-K 219; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 129. Inf.-Division vom 3. Dezember 1943 zu Mechowoje.

- Sechs Monate Gefängnis (über § 222 RStGB) [P]; BA-ZNS-K 596; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 214. Inf.-Division vom 28. Dezember 1944 zu Ciepielow.

⁷² BA-ZNS-S 401; Urteil des Feldkriegsgerichtes des Kommandierenden Generals und Befehlshabers im Luftgau VIII vom 1. Oktober 1941 zu Breslau.

⁷³ BA-ZNS-S 401; Urteil des Feldkriegsgerichtes des Höheren Fliegerausbildungskommandeurs vom 28. Februar 1941.

⁷⁴ Nachweise jeweils in Huber, Die Rechtsprechung der deutschen Feldkriegsgerichte bei Straftaten von Wehrmachtssoldaten gegen Angehörige der Zivilbevölkerung in den besetzten Gebieten, S. 200 ff.

Erpressung inklusive der jeweiligen Qualifikationen) in sich vereinte. Dementsprechend weit war das Strafspektrum gestreut, das von sechs Wochen Gefängnis bis hin zur Todesstrafe reichte. Der Mittelwert dürfte in der Praxis etwa bei einem Jahr Gefängnis gelegen haben, im Osten tendenziell etwas weniger. Todesurteile wurden für eine Plünderung in Polen und den Niederlanden ausgesprochen, wobei sich die Richter jeweils durch ihren Sprachgebrauch in eine augenfällige Nähe zum Nationalsozialismus rückten.⁷⁵ Im Ganzen waren die Strafen üblicherweise aber mäßig, wie es für ein Eigentumsdelikt angemessen erscheint. Völlig anders lag der Fall hingegen, wenn sich die Plünderung im Reichsgebiet ereignete. Hier zeigten sich ähnlich wie im Rahmen der Notzucht besonders eindrücklich die Auswirkungen der NS-Gesetzgebung. § 1 I der Volksschädlinge-VO sah vor, dass bei Plünderung im frei gemachten Gebiet oder in freiwillig geräumten Gebäuden oder Räumen die Todesstrafe zu verhängen war. Die Zubilligung mildernder Umstände war nicht vorgesehen. Mit Wirkung zum 1. November 1939 kam den Tätern jedoch die Änderung des Plünderungstatbestandes durch die erste Verordnung zur Ergänzung der KSSVO vom 1. November 1939 zugute. In den Erläuterungen des OKW zur KSSVO wurde herausgestellt, dass § 1 Volksschädlinge-VO von § 129 MStGB derogiert würde, was im Ergebnis für Soldaten und Angehörige des Wehrmachtgefolges eine Privilegierung bedeutete und zu einer Mäßigung bei den Strafaussprüchen führte. Die Strafen schwankten zwischen zwei und drei Jahren Gefängnis⁷⁶. Die Heeresgerichte, bei denen sich durch das Zurückweichen deutscher Truppen in das Memelgebiet und nach Ostpreußen die Plünderungsfälle gegenüber Deutschen wieder häuften, blieben bis Anfang des Jahres 1945 bei diesen milden Strafaussprüchen, allerdings stieg die mittlere Dauer der ausgesprochenen Freiheitsstrafen nunmehr auf drei bis vier Jahre an.⁷⁷ Erst bei den letzten drei Plünderungsverfahren, bei

denen zwei schon von Standgerichten⁷⁸ durchgeführt wurden, wurde drakonisch durchgegriffen und gegen alle Täter jeweils ein Todesurteil ausgesprochen. Im Gegensatz zur sonstigen Praxis, Todesurteile wegen des erreichten Abschreckungszweckes regelmäßig nicht zu vollstrecken und in eine längere Zuchthausstrafe umzuwandeln, wurden in diesen Fällen auch alle Verurteilten wenig später erschossen.⁷⁹ Die Strafen lagen damit in jeder Phase des Krieges deutlich über denen in den besetzten Gebieten, was damit begründet wurde, dass die Häuser in den geräumten Gebieten von den Bewohnern Staat und Wehrmacht anvertraut worden seien, weshalb hier besondere Härte am Platze sei. Sehr streng vorgegangen wurde bei derartigen Verfehlungen auch in neu-

- Je fünf Jahre Gefängnis; BA-ZNS-P 113; Urteil des Feldkriegsgerichtes des Panzer-A.O.K. 3 vom 31. Oktober 1944 zu Liebenfelde.

- Drei Jahre Gefängnis; BA-ZNS-P 294; Urteil des Feldkriegsgerichtes des Panzer-A.O.K. 3 vom 15. November 1944 zu Liebenfelde.

- Ein Jahr und drei Monate bzw. zehn Monate Gefängnis; BA-ZNS-P 324; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 19. Volksgrenadier-Division vom 7. Dezember 1944 im Felde.

- Ein Jahr Gefängnis; BA-ZNS-P 390; Urteil des Feldkriegsgerichtes des Panzer-A.O.K. 3 vom 14. Dezember 1944 zu Liebenfelde.

- Vier Jahre und sechs Monate Gefängnis; BA-ZNS-P 64; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 8. Panzer-Division vom 1. Februar 1945 im Felde.

⁷⁸ Ein Standgericht war ein Gericht, bei dem der Täter seinem Gerichtsherrn entzogen war. Grundsätzlich richtete sich der allgemeine Gerichtsstand einer Person nach dem Gerichtsherrn, dessen Befehlsgewalt sie unterstellt war, vgl. § 12 KStVO. Damit sollte sichergestellt sein, dass der Täter von Personen gerichtet wurde, die seine Lebensverhältnisse geteilt hatten. Von diesem Prinzip machte § 13 KStVO eine sachliche Ausnahme, indem er es dem nächsterreichbaren Gerichtsherrn ermöglichte, das Verfahren (einstweilen) an sich zu ziehen, wenn der zuständige Gerichtsherr nicht erreichbar war und die Angelegenheit aus zwingenden militärischen Gründen keinen Aufschub duldete. Wenn zu diesen beiden Voraussetzungen noch eine dritte hinzukam, nämlich dass „Zeugen oder andere Beweismittel sofort zur Verfügung“ standen, konnte auch der nächsterreichbare Kommandeur eines Regimentes oder ein mit derselben Disziplinarstrafgewalt versehener Truppenbefehlshaber, also regelmäßig ein Oberst, die Befugnisse des Gerichtsherrn ausüben (also ein „Standgerichtsverfahren“ durchführen), § 13a KStVO.

Diese beiden sachlich begründeten Ausnahmen wurden gegen Ende des Krieges durch berüchtigt gewordene Varianten ergänzt. Am 21. Juni 1943 unterzeichnete Adolf Hitler den Befehl zur „Bildung eines zentralen Sonder-Standgerichtes für die Wehrmacht. Es sollte im Schnellverfahren politische Straftaten aburteilen, die sich gegen das Vertrauen in die politische und militärische Führung richten. Die weitreichendste Form der Standgerichte war das sog. „fliegende Standgericht“, das seine Rechtsgrundlage in einem „Führerbefehl“ vom 9. März 1945 fand. Gerichtsherr, Vorsitzender und Untersuchungsführer konnten gem. Nr. 3 dieses Befehls in einer Person vereinigt sein. Das fliegende Standgericht war zuständig für strafbare Handlungen von Angehörigen aller Wehrmachteile und der Waffen-SS ohne Unterschied des Ranges. Sein Gerichtsherr hatte das uneingeschränkte Bestätigungsrecht und traf die Vollstreckungsentscheidung, Nr. 5. Das Gnadenrecht entfiel gänzlich, Nr. 7. Für etwaige Exekutionen war endlich ein Erschießungskommando in Stärke von einem Unteroffizier und acht Mann angegliedert.

⁷⁹ Im Einzelnen:

- BA-ZNS-P 383; Urteil des Feldkriegsgerichtes der Dienststelle Feldpostnummer Q5 662 vom 20. Februar 1945.

- BA-ZNS-P 52; Urteil des Standgerichtes der selbständigen Heeresartillerieabteilung 71 vom 26. Februar 1945 zu Niederfalkenhayn.

- BA-ZNS-P 55; Urteil des Standgerichtes der 8. Panzer-Division vom 17. März 1945 im Felde.

⁷⁵ BA-ZNS-P 400; Urteil des Feldkriegsgerichtes der Feldkommandantur 674 vom 4. Juni 1941 zu Maastricht.

BA-ZNS-P 401; Urteil des Feldkriegsgerichtes des Kommandierenden Generals und Befehlshabers im Luftgau II vom 30. Juni 1942 zu Warschau.

⁷⁶ Im Einzelnen:

- Drei Jahre Gefängnis; BA-ZNS-P 126; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 52. Division vom 25. November 1939 zu St. Wendel.

- Fünf Jahre Zuchthaus; BA-ZNS-P 266; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 214. Inf.-Division vom 25. November 1939.

- Ein Jahr und neun Monate Gefängnis; BA-ZNS-P 325; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 52. Division vom 13. Dezember 1939 zu Blyersberg.

- Zwei Jahre Gefängnis; BA-ZNS-P 153; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 214. Inf.-Division vom 13. Dezember 1939.

- Zwei Jahre Gefängnis; BA-ZNS-P 112; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 299. Inf.-Division vom 3. April 1940 zu Gotha.

- Drei Jahre Gefängnis; BA-ZNS-P 220; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 95. Inf.-Division vom 28. Mai 1940.

- Zwei Jahre Gefängnis; BA-ZNS-P 192; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 52. Division vom 29. Mai 1940.

⁷⁷ Im Einzelnen:

- Fünf Jahre Zuchthaus; BA-ZNS-P 247; Urteil des Feldkriegsgerichtes des Panzer-A.O.K. 3 vom 24. August 1944 zu Willkischken.

- Fünf Jahre bzw. drei Jahre und sechs Monate Gefängnis; BA-ZNS-P 353; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 7. Panzer-Division vom 21. Oktober 1944.

tralen oder verbündeten Ländern.⁸⁰ Mit einer mittleren Dauer von knapp drei Jahren waren die Freiheitsstrafen sehr empfindlich und lagen nur geringfügig unter dem Maß, das im gleichen Zeitraum im Reich üblich war. In Albanien erging sogar ein Todesurteil.⁸¹

Es weisen übrigens nicht nur die Justizverfahrensakten, über deren Repräsentativität man letztlich nie ein abschließendes Urteil wird fällen können, darauf hin, dass Ausschreitungen gegen die Zivilbevölkerung missbilligt und geahndet wurden. Auch die verwaltungsrechtlichen Maßnahmen legen diesen Schluss nahe, wobei ihnen aufgrund ihrer größeren Reichweite auch eine höhere Aussagekraft zukommt. So etwa ließ der Divisionskommandeur der 2. leichten Division, dessen Kriegsgericht Mitte September zwei Gendarmeriewachtmeister zu mehrmo-

natigen Gefängnisstrafen verurteilt hatte,⁸² weil sie in Vornahme dienstlicher Untersuchungen zwei Polinnen an den Geschlechtsteilen betastet hatten, Folgendes an alle ihm unterstellten Wehrmatsangehörigen bekannt geben: „Zwei Wehrmatsangehörige wurden dieser Tage vom Kriegsgericht zu längeren Gefängnisstrafen verurteilt, weil sie unter Missbrauch ihrer dienstlichen Befugnisse polnische Frauen zu unzüchtigen Handlungen genötigt hatten. Ich knüpfe an dieses bedauerliche Vorkommnis, durch welches das Ansehen der Wehrmacht auf das Schwerste gefährdet wurde, die eindringliche Warnung, jedes unrechtmäßige Verhalten gegenüber der Zivilbevölkerung zu unterlassen, da ich in allen derartigen Fällen mit schärfsten Strafen durchgreifen werde. Dieser Befehl ist allen Wehrmatsangehörigen bekannt zu geben.“⁸³ Derartige findet sich auch für den Krieg gegen die Sowjetunion.⁸³ In weiteren Fällen hatte der Gerichtsherr als Ausdruck seiner Missbilligung dafür Sorge getragen, dass sich der Täter „in der Feuerstellung“⁸⁴ oder „an vorderster Front bei der kämpfenden Truppe“⁸⁵ wiederfand.

Exkurs: Der Strafvollzug und die Stellung des Gerichtsherrn-

Die vorstehenden Anordnungen des Gerichtsherrn waren bereits Teil des Vollstreckungsverfahrens, für das dieser als Vollstreckungsbehörde (heute: Staatsanwaltschaft) zuständig war. Beim Thema Strafvollzug sind zunächst Strafvollstreckung, Bewährung und Verwahrung begrifflich zu trennen. Ausgangspunkt war die Strafvollstreckungsentscheidung. Der Gerichtsherr als Strafvollstreckungsbehörde bestimmte Art und Umfang der Vollstreckung. So etwa konnte er eine Gefängnisstrafe zum Teil als Arreststrafe vollstrecken lassen⁸⁶ und den Rest zur Bewährung aussetzen, die ganze Vollstreckung in einer Wehrmachthaftanstalt anordnen oder die Vollstreckung komplett zur Bewährung aussetzen. Eine Aussetzung der Strafvollstreckung zur Bewährung konnte bei der Stammtruppe erfolgen oder mit einer Versetzung an die Front oder zu einer Bewährungseinheit einhergehen. Ebenfalls keine Form der Strafvollstreckung war der Strafvollzug in Form der Verwahrung im Feldstraflager, die sich üblicherweise bei Schwertskriminellen dem

⁸⁰ Plünderungen von Soldaten bei Zivilisten aus verbündeten Ländern:

- Acht Jahre Gefängnis für eine Plünderung bei einem ungarischen Juden; BA-ZNS-P 357; Urteil des Feldkriegsgerichtes der Feldkommandantur 190 vom 20. April 1944 zu Klausenburg (Ungarn).

- Zwei Jahre Zuchthaus wegen einer Lebensmittelplünderung bei einer Rumänin; BA-ZNS-P 374; Urteil des Standgerichtes des Befehlshabers des Feldjäger-Kommandos (mot) III vom 25. April 1944.

- Sechs Monate Gefängnis wegen einer Lebensmittelplünderung bei Ungarn; BA-ZNS-P 196; Urteil des Feldkriegsgerichtes der Feldkommandantur 190 vom 17. Juli 1944 zu Klausenburg (Ungarn).

- Zwei Jahre und ein Monat Zuchthaus wegen Plünderung und Hausfriedensbruchs bei Ungarn; BA-ZNS-P 238; Urteil des Feldkriegsgerichtes des Deutschen Befehlshabers in Westungarn vom 20. August 1944 zu Orkeny.

- Zwei Jahre Gefängnis wegen Plünderung bei einer Rumänin; BA-ZNS-P 67; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 3. Panzer-Division vom 12. September 1944 zu Jankowice (Generalgouvernement).

- Fünf Jahre Gefängnis wegen Plünderung bei einem Ungarn; BA-ZNS-P 215; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 1. Panzer-Division vom 24. November 1944 (Standgericht).

- Drei Jahre Gefängnis wegen Plünderung bei einem Ungarn; BA-ZNS-P 280; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 1. Panzer-Division vom 16. Dezember 1944.

- Zwei Monate Gefängnis wegen Plünderung bei einem Ungarn; BA-ZNS-P 379; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 1. Panzer-Division vom 5. Februar 1945.

Plünderungen von Soldaten bei Zivilisten aus sonstigen, nicht feindstaatlichen Ländern:

- Todesstrafe gegen zwei Täter, die in Albanien einige Gehöfte aufgesucht und dort geplündert hatten; BA-ZNS-P 97; Urteil des Feldkriegsgerichtes des Fliegerführers Albanien vom 10. Mai 1944 zu Tirana.

- Zwei Jahre und sechs Monate Gefängnis wegen Plünderung bei einem Letten; BA-ZNS-P 108; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 201. Sicherungs-Division vom 25. Oktober 1944 zu Laizava.

- Fünf Jahre Gefängnis wegen Plünderung bei einem Litauer; BA-ZNS-P 219; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 95. Inf.-Division vom 9. November 1944 zu Dreidorf.

⁸¹ Plünderungen von Soldaten bei Zivilisten aus sonstigen, nicht feindstaatlichen Ländern:

- Todesstrafe gegen zwei Täter, die in Albanien einige Gehöfte aufgesucht und dort geplündert hatten; BA-ZNS-P 97; Urteil des Feldkriegsgerichtes des Fliegerführers Albanien vom 10. Mai 1944 zu Tirana.

- Zwei Jahre und sechs Monate Gefängnis wegen Plünderung bei einem Letten; BA-ZNS-P 108; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 201. Sicherungs-Division vom 25. Oktober 1944 zu Laizava.

- Fünf Jahre Gefängnis wegen Plünderung bei einem Litauer; BA-ZNS-P 219; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 95. Inf.-Division vom 9. November 1944 zu Dreidorf.

⁸² BA-ZNS-S 228, Urteil des Feldkriegsgerichtes der 2. Leichten Division vom 11. September 1939 zu Radon.

⁸³ Auch im Zusammenhang mit einem Plünderungsfall findet sich Vergleichbares. Das Feldgericht des Kommandeurs der 12. Flakdivision wandte sich in einem Schreiben an den Regimentskommandeur, in dem Folgendes klargestellt wurde: „Es dürfte sich empfehlen, den Fall zum Anlass einer allgemeinen Belehrung der Truppenvorgesetzten dahin zu machen, dass künftig in allen Fällen gegen die verantwortlichen Einheitsführer wegen Verletzung ihrer Dienstaufsichtspflicht nach § 147 MStGB unnachsichtig eingeschritten wird. Auch in Zwangslagen, die zweifelsohne im Winter [1941/42] geherrscht haben und durchaus gerichtsbekannt sind, können die für die Requisition gegebenen Vorschriften beachtet werden. Die im vorliegenden Falle angewendeten Methoden schädigten das Ansehen der deutschen Wehrmacht aufs schwerste.“

BA-ZNS-P 78.

⁸⁴ BA-ZNS-P 183.

⁸⁵ BA-ZNS-P 253.

⁸⁶ Wobei die Arrestbestimmungen (geringe Maximaldauer von sechs Wochen!) zu beachten waren.

Strafvollzug anschloss. Damit ergab sich folgende Abstufung:

- (1) Bewährung bei der Stammeinheit
- (2) Bewährung bei der fechtenden Truppe oder bei einer Bewährungseinheit
- (3) Arrestvollzug („nicht entehrend“)
 - als Freiheitsentzug: in Arresträumen
 - als Truppendienst: im Strafvollstreckungszug (ab 1944)
- (4) Strafhaftvollzug („entehrend“)
 - als Freiheitsentzug: in der Wehrmachthaftanstalt; ausnahmsweise als nicht entehrende Festungshaft
 - als Truppendienst:
 - bis 6 Monate Gefängnis: im Strafvollstreckungszug (ab 1944)
 - über 6 Monate Gefängnis⁸⁷: in der Feldstrafgefängenenabteilung (ab 1942)
- (5) militärische Verwahrung und Zwangsarbeit im Feldstraflager
- (6) zivile Verwahrung und Vernichtung durch Arbeit im Konzentrationslager

In der Praxis wurde wie folgt verfahren:

1) Bei milden Urteilen bzw. Strafverfügungen auf Arrest oder kurze Gefängnisstrafen ließ der Gerichtsherr üblicherweise entsprechend § 29 I MStGB einen Teil als Arrest vollstrecken und setzte den Rest zur Frontbewährung aus. Freilich konnte der Gerichtsherr, der ja grundsätzlich mindestens im Range eines Divisionskommandeurs stand, auch die Strafe komplett vollstrecken lassen und dann auf dem Verwaltungsweg die Versetzung des Täters verfügen. Denkbar war auch die sofortige Aussetzung zur Bewährung bei der Stammeinheit, vor dem Feinde oder bei der Bewährungseinheit. Die mindestens teilweise Aussetzung der Vollstreckung und Inmarschsetzung des Täters an die (russische) Front war gerade auf den britischen Kanalinseln, in Norwegen und in Frankreich eine häufige Vollstreckungsentscheidung der Gerichtsherren. Später wurde zunehmend von der Möglichkeit der Vollstreckung im Strafvollstreckungszug Gebrauch gemacht, der für solche Fälle konzipiert war.

→ Milde Urteile und Strafverfügungen: (1), (2) oder (3)

2) Gefängnisstrafen, die über sechs Monaten lagen, waren in der ersten Hälfte des Krieges meist regulär zu verbüßen. Manche Gerichtsherren wählten auch Arrestvollstreckung und anschließende Frontbewährung, um keine „Konservierung“ des Täters in einer sicheren Wehrmachthaftanstalt herbeiführen zu müssen, die für diesen unter Umständen sogar eine Belohnung hätte sein können. Diese Lücke schloss dann ab 1942 die Möglichkeit der Strafvollstreckung in der Feldstrafgefängenenabteilung, die von den Gerichtsherren – ähnlich wie der „klei-

nere Bruder“ Strafvollstreckungszug – insbesondere bei übleren Taten auch rege genutzt wurde.⁸⁸

→ mittlere oder lange Gefängnisstrafen: (4)

3) Zuchthausstrafen waren regelmäßig mit der Ausstoßung aus der Wehrmacht verbunden. Hier kam nur noch eine zivile Vollstreckung in Betracht. Um die Täter nicht der „Polizei“ übergeben zu müssen und sie möglichst der Truppe zu erhalten, bediente man sich im späteren Kriegsverlauf zunehmend des Mittels, die Zuchthausstrafe bedingt in eine Gefängnisstrafe von gleicher Dauer zu mildern, so dass die Wehrunwürdigkeit zum Fortfall kommen konnte. Die Strafvollstreckung konnte dann noch in einer Feldstrafgefängenenabteilung erfolgen, die dem Täter die Möglichkeit bot, über den Weg der Bewährungseinheit in die Stammeinheit zurückzukommen.

→ Zuchthausstrafe: (4), (5) oder (6)

Aus dieser Systematik ergibt sich bereits, dass die sofortige Anordnung der anschließenden Feldstraflagerverwahrung der absolute Ausnahmefall sein musste, wenn nicht gerade ein Zuchthausurteil ergangen war. Das Feldstraflager war bereits nicht mehr Teil des Strafvollstreckungskanons; vielmehr war es das militärische Endlager für alle diejenigen, bei denen entweder Bewährung und Feldstrafgefängenenabteilung (Justizstrafvollzug) oder Strafversetzung und Feldsonderabteilung (Verwaltungsdisziplinierung) fruchtlos geblieben waren. Es war die letzte Station innerhalb des Militärs und die vorletzte insgesamt. Schon am 6. Mai 1940 hatte der Chef der Heeresrüstung und Befehlshaber des Ersatzheeres den ihm unterstellten Kommandeuren erläutert, dass die Straflagerverwahrung „gegenüber dem Vollzug der Freiheitsstrafe die schärfere Maßnahme sei“, die nur bei beserungsunfähigen Verurteilten, „die eine stete Gefahr für die Mannszucht bilden“ würden oder „wegen der Schwere ihrer Verfehlung für die Truppe untragbar oder wegen schwerer Charaktermängel als Soldaten unbrauchbar“ seien, in Betracht käme.⁸⁹ Dementsprechend ist die Zahl der Fälle, in denen Straflagerverwahrung angeordnet wurde, im K-, S- und P-Aktenbestand auch verschwindend gering.⁹⁰ Walmrath kam bzgl. der Marinegerichte auf einen ähnlich geringen Wert von 1 bis 3 %.⁹¹ Die Behauptung von Messerschmidt, dass ausgerechnet das Strafverfügungsverfahren (das wie unser heutiger Straf-

⁸⁷ Praktisch besonders relevant waren hier auch unter bedingter Wiederverleihung der Wehrwürdigkeit in Gefängnis geminderte Zuchthausstrafen.

⁸⁸ Die begrifflich leicht mit den Feldstrafgefängenenabteilungen zu verwechselnden Feldsonderabteilungen waren Einheiten, in die Soldaten überwiesen wurden, die durch fortgesetzte disziplinäre Maßnahmen nicht mehr zu erziehen gewesen und bei denen einschlägige Verwarnungen fruchtlos geblieben waren, also quasi rein verwaltungsrechtlich zu beurteilende Erziehungslager. Wer weiterhin als unerziehbar galt, war auch hier in ein Feldstraflager einzuweisen.

⁸⁹ BA-MA-RH 14/v.30.

⁹⁰ So sollte gemäß einer Verfügung aus dem Mai 1940 ausnahmsweise ein sogar recht gut beurteilter Soldat nach Verbüßung von fünf Jahren Gefängnis wegen Plünderung zweier Schmuckstücke bei einem Norweger in ein Straflager eingewiesen werden, weil er bei einem Norweger zwei Schmuckstücke entwendet hatte.

BA-ZNS-P 306; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 214. Inf.-Division vom 30. April 1940.

⁹¹ Walmrath „Justitia et disciplina. Strafgerichtsbarkeit in der deutschen Kriegsmarine 1939-1945“, S. 604.

befehl bei leichteren Fällen beiden Parteien den Zusammenritt eines Gerichtes ersparen sollte) dazu geeignet und bestimmt gewesen sein soll, Soldaten „arbeitsparend“ und „vom Schreibtisch aus“ in „Straflager und Sondereinheiten“ schicken zu können,⁹² zeugt von beispielloser begrifflicher und inhaltlicher Oberflächlichkeit. Dieser angebliche Zusammenhang zwischen Strafverfügung und Feldstraflager verkennt nicht nur den Charakter der Strafverfügung⁹³ als summarisches Bagatelverfahren, sondern widerspricht auch noch der ganzen Stufensystematik im Strafvollzug und damit der Logik. Die bestehende Einspruchsmöglichkeit des Betroffenen verschweigt Messerschmidt dem Leser ganz. Selbstredend findet er sich auch in den Aktenbeständen nicht bestätigt; weder hier, also in den K-, S- und P-Bereichen des Ostaktenbestandes, noch bei Walmrath für die Marinegerichte (s.o.). Und Messerschmidt selbst bleibt Belege für diese Behauptung schuldig.

Damit ergab sich also folgendes Procedere: Der Täter konnte sich nach einer Vollstreckungsdauer von sechs Wochen bei Gefängnisstrafen bzw. sechs Monaten bei Zuchthausstrafen zu einer Bewährungseinheit melden. Wer sich dort bewährte, konnte damit rechnen, unter Aussetzung der weiteren Strafvollstreckung zur Bewährung zu seiner Stammeinheit zurückgeschickt zu werden. Erwies sich der Täter hingegen bei der Strafvollstreckung als besserungsunfähig oder –unwillig, drohte die Versetzung in das Feldstraflager. Waren schon in der Strafvollstreckung in den Feldstrafgefangenenabteilungen härteste Arbeiten unter gefährvollen Umständen im Operationsgebiet zu leisten (Minenräumen, Aufräumen

von Leichenfeldern, Bunker- und Stellungsbau)⁹⁴, herrschten im Feldstraflager noch härtere Einsatzbedingungen, wobei die Strafvollstreckung auch noch als ausgesetzt galt.⁹⁵ Wer im Feldstraflager immer noch als „unverbesserlich“ eingestuft wurde, war dann nach einer förmlichen schriftlichen Verwarnung aus der Wehrmacht auszustoßen und „an die Polizei“ zu überweisen, was der Stufenfolge entsprechend wohl Vernichtung durch Arbeit im Konzentrationslager bedeuten musste. Prinzipiell war auf jeder Stufe (Stammeinheit, Bewährungseinheit, Strafvollstreckungseinrichtung (Haftanstalt, Strafvollstreckungszug, Feldstrafgefangenenabteilung), Feldstraflager, KZ⁹⁶) sowohl die Möglichkeit zur Bewährung als auch die zur Strafversetzung gegeben, wobei die Gerichtsherren, Kommandanten der Strafvollstreckungseinrichtungen und Führer der Lager eine Prüfungspflicht von Amts wegen hatten.

Exkurs Ende

Auch wurde die Truppe generell in regelmäßigen Abständen ermahnt, gegenüber der Zivilbevölkerung korrekt, aber auch zurückhaltend aufzutreten. Die Urteile bezeugen indirekt die Durchführung solcher Belehrungen für jeden Kriegsschauplatz: Für Polen⁹⁷, für Frankreich⁹⁸, für die UdSSR⁹⁹, für Griechenland¹⁰⁰ und auch für Italien¹⁰¹. Nicht nur die Kriegesgerichtsurteile sind insofern sehr eindeutig. Auch andere Akten des Militärarchivs in Freiburg belegen, dass die Soldaten regelmäßig durch Merkblätter und truppendienstliche Belehrungen darauf hingewiesen wurden, dass etwa Notzucht- und

⁹² Messerschmidt, Die Wehrmachtsjustiz im Dienste des Nationalsozialismus, S. 50 ff.

⁹³ Systematisch standen den Behörden folgende Straf-, Sanktions- und Ordnungsmittel zur Verfügung: Auf dem Gebiet des Verwaltungsweges kamen über die allgemeine Kommandogewalt sowohl Zurechtweisungen, Rügen oder ähnliche Maßnahmen durch die militärischen Vorgesetzten als auch Disziplinarstrafen durch die Disziplinarvorgesetzten in Betracht. Die maximal mögliche Dauer eines Freiheitsentzuges lag hier bei vier Wochen. Bereits auf dem Gebiet des Strafrechts angesiedelt war die Strafverfügung, die vom Gerichtsherrn allein erlassen wurde, jedoch nicht rechtskräftig werden konnte, wenn der Betroffene fristgerecht Einspruch gegen sie einlegte. Hierdurch konnten Gefängnisstrafen von bis zu drei, später von bis zu sechs Monaten Gefängnis angeordnet werden, §§ 48a, c KStVO. Hieran schlossen sich dann die Urteile der Militärgerichte an, deren Strafgewalt, vorbehaltlich der Tatsache, dass die Urteile einer Bestätigung bedurften, unbegrenzt war.

Die praktische Wirkung des Strafverfügungsverfahrens lag darin, dass die Behörden für den Täter akzeptable Strafen verhängten, um keine Einsprüche zu provozieren. Über die Möglichkeit hierzu war der mutmaßliche Täter mittels einer gegenzuzeichnenden und zu den Akten zu nehmenden Rechtsbehelfsbelehrung zu unterrichten. Es fanden sich dann im Ganzen auch nur zwei Strafverfügungen, bei denen die Täter Einspruch gegen die Verfügung eingelegt und diesen aufrechterhalten hatten. Im einen Fall erschien dem Täter die ohnehin geringe Strafe von 50 RM immer noch zu hoch. Das Gericht der Feldkommandantur 190 (Nr. 34/ 1942) verurteilte ihn dann wegen Körperverletzung zu zwei Wochen geschärften Arrest. Im zweiten Fall hatte der Täter für eine Plünderung vier Monate Gefängnis erhalten. Das Kriegesgericht der 29. Pz.Gren.-Div. (Nr. 318/1944) verurteilte ihn dann erneut, allerdings zu sechs Monaten Gefängnis. Die Strafen, die per Strafverfügungsverfahren ausgesprochen werden konnten, waren so gering, dass im Regelfall nicht einmal mit der Einweisung in eine Feldstrafgefangenenabteilung zu rechnen war; von Feldstraflager konnte also gar nicht die Rede sein.

⁹⁴ - BA-MA-RH 14/v.31; Oberkommando des Heeres, 10. Mobiler Sammelerlass vom 7. September 1942.

- BA-MA-RH 36/326; Oberkommando des Heeres, General z. b. V. beim OKH, 304/Gr Str, III/332/42, Strafvollzug innerhalb des Feldheeres im Osten, 28. Mai 1942.

⁹⁵ So wurde im 10. Mobilen Sammelerlass für Feldstrafgefangenenabteilungen – auch an Sonn- und Feiertagen – eine tägliche Arbeitszeit von 10, in Feldstraflagern dagegen von 12 bis 14 Stunden festgelegt. Ähnliches galt auch für weitere Maßnahmen (Vergünstigungen alle sechs Wochen in der Feldstrafgefangenenabteilung bzw. alle zwei Monate im Straflager, Zeitungen ausnahmsweise zulässig bzw. ausnahmslos unzulässig usw.).

BA-MA-RH 14/v.31; Oberkommando des Heeres, 10. Mobiler Sammelerlass vom 7. September 1942.

⁹⁶ Theoretisch war auch hier auf Vorschlag des Reichssicherheitshauptamtes eine Bewährungsmöglichkeit vorgesehen.

BA MA-RH-14/v.31; Der Chef des Oberkommandos der Wehrmacht, 14 n 16.20 WR (I/4), 1/45, Richtlinien für die Vollstreckung von Freiheitsstrafen in der Wehrmacht vom 1. Februar 1945, S. 7.

⁹⁷ BA-ZNS-P 136; Urteil des Feldkriegesgerichtes der 29. Division vom 27. September 1939 zu Palmiry.

⁹⁸ BA-ZNS-P 191; Urteil des Feldkriegesgerichtes der 7. Panzer-Division vom 9. September 1940.

⁹⁹ BA-ZNS-P 228; Urteil des Feldkriegesgerichtes der 9. Inf.-Division vom 11. September 1941 zu Mironowka.

¹⁰⁰ „Nach der Entwaffnung der italienischen Truppen in Griechenland am 9.9.1943 haben wiederholt Belehrungen der Angeklagten stattgefunden, dass der deutsche Soldat sich im besetzten Griechenland besonders diszipliniert und anständig zu verhalten habe, um ein gutes Verhältnis zu der Zivilbevölkerung zu schaffen und um zu zeigen, dass sie Übergriffe und Eigenmächtigkeiten, wie sie von Angehörigen der italienischen Verbände wiederholt vorgekommen sind, von deutschen Soldaten nicht zu befürchten haben.“

BA-ZNS-P 116; Urteil des Feldkriegesgerichtes der 1. Panzer-Division vom 20. September 1943.

¹⁰¹ BA-ZNS-P 111; Urteil des Feldkriegesgerichtes der 29. Panzergrenadier-Division vom 10. Dezember 1943 im Felde.

Plünderungstaten gegenüber der Zivilbevölkerung schwere Straftaten seien, die sogar mit der Todesstrafe geahndet werden konnten. Dies geschah durch diverse Schriften¹⁰², aber auch durch mündliche Belehrungen durch die unteren Einheitsführer, wobei die Zeitpunkte jeweils auch akribisch festgehalten wurden und bei den Verfahren bekannt waren. Auch diese Belehrungen, die zweifelsfrei nachweisbar sind, sprechen nicht unbedingt für die These, dass man Straftätern freien Lauf gelassen hätte.

Ein weiteres Indiz ist die Praxis zentraler Kommandobehörden. In einem Fall, in dem ein Todesurteil wegen Anstiftung zum Mord an einem Russen ergangen war, vermerkte der ranghöchste befasste Truppenbefehlshaber, der Oberbefehlshaber der 2. Panzerarmee General der Panzertruppe Schmidt, handschriftlich in der Akte, dass er eine Ablehnung des Gnadengesuches empfehle, weil die Tat eine überaus rohe Gesinnung des Verurteilten verrate und der Verwilderung der Truppe durch Abschreckung deutlich Einhalt geboten werden müsse. Erst Keitel, der in Wahrnehmung der ihm von Hitler als Oberbefehlshaber des Heeres übertragenen Befugnisse für die Gnadenentscheidung zuständig war, begnadigte den Täter zu 12 Jahren Zuchthaus.¹⁰³ Dass hier zentrale Instanzen, bei denen alle derart gelagerten Fälle zusammenliefen, zuungunsten des Täters entschieden, spricht ebenfalls dagegen, dass man solche Taten prinzipiell bagatellisiert hätte. Dies gilt besonders in diesem Fall, in dem es nur noch um eine Beihilfesträfbare ging und die Todesstrafe auch noch für den Anstifter angesichts der offenbar von sowjetischer Seite zuvor verübten Gräu-

eltaten bei einigen unteren Instanzen durchaus auf Unverständnis gestoßen war.

Wenn man also unterstellen will, dass das in der Sowjetunion besetzte Gebiet ein „rechtsfreier Raum“ war (und die wenigen erhalten gebliebenen Urteile nur eine zur Zirkellogik verleitende Positivauswahl sind), dann müsste man sich der Frage stellen, warum sich innerhalb der Akten keine Widersprüche ergaben; etwa in der Form, dass der Verteidiger eine an anderen Orten übliche, mildere Praxis vorbrachte oder dass der bestätigungsberechtigte Armeeoberbefehlshaber die Anordnungen des Gerichtsherrn missbilligte oder dass die Gnadenbehörden in Berlin den Täter bemäntelten usw. Da mit Richtern, Anklagevertreter, Verteidiger, Rechtsgutachter, Gerichtsherrn, bestätigungsberechtigtem Befehlshaber und gnadenberechtigtem Befehlshaber sehr viele Personen in die Entscheidungsprozesse eingebunden waren und dementsprechend viele Blickwinkel und Interessenlagen einfließen, ist es also schwerlich denkbar, dass ein etwaiger Wille, entsprechende Taten auf breiterer Basis untätig hinzunehmen, über Einzelfälle hinaus nicht zum Ausdruck gekommen wäre.

Allerdings ist auch auf eine Unstimmigkeit hinzuweisen: Innerhalb des Ostbestandes stehen den vergleichsweise spärlich gesäten K-, S- und P-Akten die Sparten „Fahnenflucht“ und „unerlaubte Entfernung“ mit vielen tausend Akten gegenüber. Richtig sind damit wohl Feststellungen, dass die Summe der Fahnenfluchtverfahren in die zehntausende gehen dürfte. Schwierig ist indes die Einordnung dieser Abbildung: Sieht man einmal von den Auswirkungen des Brandes ab, die sich überhaupt nicht einschätzen lassen, lässt der Ostbestand derartige Zahlenvergleiche zwischen unterschiedlichen Deliktskategorien aufgrund des Weglagesystems auch nicht zu, da es möglich ist, dass man zum Beispiel in Fahnenfluchtfällen ein dauerhaftes Vollstreckungshindernis annahm und die Akten bereits während des Krieges gesammelt als „weglagereif“ nach Potsdam abgab (s.o.). Das würde den extrem hohen Anteil erklären. Umgekehrt widerspricht der geringe Anteil der Zivilschutzdelikte im Ostbestand sowohl der Wehrmachtkriminalstatistik als auch ausgewerteten Strafsachenlisten in einzelnen Divisionen. So etwa untersuchte Rass die Verhältnisse bei der 253. Inf.-Division und kam dabei auf Anteile von 2,64 % für Fahnenflucht, 14,18 % für unerlaubte Entfernung, 3,94 % für die Körperverletzungs- und Tötungsdelikte, 2,55 % für die Sittlichkeitsdelikte und 4,87 % für Plünderung.¹⁰⁴ Der Anteil der Fahnenfluchtverfahren war also hier geringer als der der Plünderungsverfahren. Dass der Ostbestand das Deliktsaufkommen verzerrt abbildet, belegt aber auch die Wehrmachtkriminalstatistik, die die Zahlen von Rass bekräftigt. Während der Anteil der P-Delikte im Ostbestand nicht einmal bei einem Prozent liegt, muss er laut Wehrmachtkriminalstatistik im Feldheer aber 4,43 % bzw. im Gesamtheer knapp 3 % betragen haben.¹⁰⁵ Es

¹⁰² - In den sog. „Zehn Geboten“, die jeder Soldat in seinem Soldbuch mit sich führte, war ausgeführt: „1. Der deutsche Soldat kämpft ritterlich für den Sieg seines Volkes. Grausamkeiten und nutzlose Zerstörungen sind seiner unwürdig. [...] 7. Die Zivilbevölkerung ist unverletzlich. Der Soldat darf nicht plündern oder mutwillig zerstören. [...] 10. Zuwiderhandlungen gegen die vorstehenden Befehle in Dienstsachen sind strafbar. [...]“.

- BA-MA-RHD 6/24b/2; Merkblatt über Plünderung und Beutemachen (zu Belehrungszwecken), 21. April 1941.

Es finden sich detaillierte rechtliche Erläuterungen zu den §§ 129, 132, 128 MStGB.

- BA-MA-RH 3/203; Richtlinie für das Verhalten der Truppe in Russland (zu verteilen ab dem 15. Juni 1941 und mit Eingang des Angriffsbefehles bekannt zu geben):

„Plünderungen werden nach den Militärstrafgesetzen mit den schwersten Strafen geahndet.“

- BA-MA-RHD 7/10a/1; Merkblatt für das Verhalten des deutschen Soldaten in den besetzten Ostgebieten vom 8. Juni 1942:

„Eigenmächtigkeiten gegenüber der Bevölkerung sind verboten. Es ist unserem eigenen Interesse abträglich, die russische Bevölkerung als recht- und ehrlos zu betrachten. Insbesondere schaffen Gewalttätigkeiten gegen die Zivilbevölkerung, unberechtigte Wegnahme ihres Eigentums und Missachtung des Ehrgefühls der Frauen und Mädchen Gegensätze zwischen Truppe und Bevölkerung. Unterstützung der Partisanen, vermehrte Sabotagehandlungen und damit eine erhöhte Gefährdung der Sicherheit in den rückwärtigen Gebieten sind die Folgen.“

„Einwandfreie Haltung, tadelloses Auftreten in der Öffentlichkeit und straffe Disziplin sind am besten geeignet, dem deutschen Soldaten Achtung bei der Zivilbevölkerung der besetzten Gebiete zu verschaffen.“

- BA-MA-RH 3/369; Richtlinien für wirtschaftliche Fragen.

¹⁰³ BA-ZNS-379; Urteil des Feldkriegsgerichtes des XXXVII. Panzerkorps vom 16. Februar 1942.

¹⁰⁴ Rass, „Menschenmaterial“: Deutsche Soldaten an der Ostfront, S. 283.

¹⁰⁵ Für 1940 – 1944.

BA-MA-RH 14/56.

muss folglich prozentual weitaus mehr K-, S- und P-Fälle gegeben haben als im Ostbestand vorhanden sind.

Will man umgekehrt die Ursachen für den hohen Anteil der Fahnenfluchtfälle (über ein Viertel!) aufklären, wird man nicht umhin kommen, die Zusammensetzung der Fahnenfluchtsparte einer genaueren Untersuchung zu unterziehen und dabei auch die Frage aufzuwerfen, in wie vielen Fällen sich die verurteilte Fahnenflucht vorangegangenen Ausschreitungen gegenüber der Zivilbevölkerung anschloss. Dass zu dieser Frage Anlass besteht, zeigen Fälle wie Mord und versuchte Vergewaltigung, dann Fahnenflucht¹⁰⁶, Vergewaltigung, dann Fahnenflucht¹⁰⁷, Unzucht mit einem Kinde, dann Fahnenflucht¹⁰⁸, Unzucht im Wiederholungsfalle, dann Fahnenflucht¹⁰⁹, Unzucht mit einem Kinde, dann Fahnenflucht¹¹⁰, Vergewaltigung, dann Fahnenflucht¹¹¹, Plünderung, dann Fahnenflucht¹¹², Plünderung, dann Fahnenflucht¹¹³, Totschlag und Plünderung, dann Fahnenflucht¹¹⁴.

V. Ergebnis

Für die Akten des K-, S- und P-Bestandes lassen sich zusammenfassend folgende Charakteristika feststellen: In etwa neun von zehn Fällen wurden die Taten sachlich behandelt und im Ergebnis auch angemessen beschieden. Die Strafen waren insgesamt durchaus mit Augenmaß festgesetzt worden und standen überraschenderweise fast immer in einem Verhältnis zur Schuld, das man auch in der heutigen Strafjustiz noch findet.¹¹⁵ Dies galt auch dann, wenn sich die Tat gegen deutsche Staatsangehörige gerichtet hatte. Bevorzugt wurden diese grundsätzlich nur dann, wenn typische NS-Gesetze zum Schutz der deutschen Bevölkerung einschlägig waren, was gerade im Zusammenhang mit Vergewaltigungen und Plünderungen im Reichsgebiet der Fall war. Auch wenn einzelne Urteile unverkennbar die Handschrift von NS-Richtern tragen, ist die Masse der Urteile recht unpolitisch. Die Urteilsbegründungen sind regelmäßig sehr ausführlich und entsprechen dem typischen Aufbau eines Strafurteils. Die Strafzumessungserwägungen werden vor allem von Ausführungen über die (militärische) Persönlichkeit

des Soldaten und die Auswirkungen der Tat auf das Ansehen der Wehrmacht bei der Zivilbevölkerung dominiert, besonders dann, wenn sich der Täter an einem britischen oder norwegischen Opfer oder an einem Angehörigen eines befreundeten Landes vergangen hatte. Manche Richter rückten auch militärische Aspekte wie gestörte staatliche Requisitionsinteressen oder eine Stärkung der Partisanenaktivitäten in den Vordergrund. Die Bezüge zu militärischen Belangen sind in allen Bereichen gegenwärtig, waren in der Einrichtung von Militärjustiz und Gerichtsherrn als Träger der Spruchkörper bereits angelegt und nicht zuletzt auch politisch gewollt.¹¹⁶ Dementsprechend knüpften Ungleichbehandlungen weniger an der Nationalität des Opfers, sondern vor allem an der militärischen Stellung des Täters und seiner Bewährung im Kampfe an. Bei Offiziersstrafsachen oder Taten militärisch besonders engagierter Soldaten ist ein großes Wohlwollen der örtlichen Strafverfolgungsorgane spürbar, das die Täter durch alle Verfahrensabschnitte begleitete und sich keineswegs darin erschöpfte, dass überproportional häufig auf Festungshaft erkannt worden wäre.¹¹⁷

Die Urteile sind ausführlich und meistens auch juristisch nachvollziehbar begründet. Walmrath, der ebenfalls in großem Umfang statistisch repräsentativ Urteile der Marinegerichte ausgewertet hatte, kam bereits für diese zu dem Ergebnis, dass die „These einer generellen, lapidaren Kürze der Urteile“, die von Messerschmidt vertreten worden war, für die Marinegerichte „in recht deutlicher Form“ widerlegt werden könne. Vielmehr sprächen seine Ergebnisse nicht für eine summarische Sofortjustiz, sondern gehörten zur formalen Akribie und Einzelfallorientierung der Marinejustiz.¹¹⁸ Dies gilt auch für die Heeresgerichte. Man kann daher annehmen, dass die abweichenden Ergebnisse von Messerschmidt und Wüllner darauf zurückzuführen sind, dass sie Opfer ihrer eigenen Methode wurden, sich nur bestimmte Urteile herauszugreifen.¹¹⁹

Allerdings sind die Urteile doch ersichtlich von der In-

¹⁰⁶ BA-ZNS-K 771.

¹⁰⁷ BA-ZNS-S 107.

¹⁰⁸ BA-ZNS-S 124.

¹⁰⁹ BA-ZNS-S 152.

¹¹⁰ BA-ZNS-S 153.

¹¹¹ BA-ZNS-S 196.

¹¹² BA-ZNS-P 231.

¹¹³ BA-ZNS-P 366.

¹¹⁴ BA-ZNS-P 393.

¹¹⁵ Strafen von vier Monaten Gefängnis bei einem Verkehrsunfall mit tödlichem Ausgang, von knapp zwei Monaten, wenn das Opfer verletzt wurde, wären auch nach heutigen Maßstäben nicht unüblich, wenn man sie auf das Tagessatzsystem umrechnet. Selbiges gilt für Arreststrafen von fünf bis sechs Wochen bei vorsätzlichen einfachen Körperverletzungen. Bei der gefährlicher Körperverletzung liegen die Strafen heute wohl sogar höher, da das gesetzliche Mindeststrafmaß nunmehr bei sechs statt bei zwei Monaten liegt. Freiheitsstrafen von etwa fünf Jahren Gefängnis bei Totschlag sind heute ebenfalls nicht unüblich. Selbiges gilt für Freiheitsstrafen von zwei Jahren bei Vergewaltigung und einem Jahr bei sexueller Nötigung.

Nachweise in Huber, Die Rechtsprechung der deutschen Feldkriegsgerichte bei Straftaten von Wehrmachtssoldaten gegen Angehörige der Zivilbevölkerung in den besetzten Gebieten, S. 159 ff.

¹¹⁶ So etwa wurde die Militärgerichtsbarkeit am 17. August 1920 abgeschafft (RGBl. 1920 II S. 1579 ff.), aber vom NS-Gesetzgeber ausdrücklich mit dem Gesetz zur Wiedereinführung der Militärgerichtsbarkeit vom 12. Mai 1933 (RGBl. 1933 I S. 264.) wieder in Kraft gesetzt.

¹¹⁷ Selbst Hitler gelang es trotz entsprechender Bemühungen nicht, diese fortwährende Ungleichbehandlung zwischen Offizieren einerseits und Unteroffizieren und Mannschaften andererseits abzustellen. Im 9. Mobilen Sammelerschluss wurde anklagend festgestellt, dass trotz des Hinweises im 7. Mobilen Sammelerschluss „die Richtlinien des Führers über Verhängung von Festungshaft vom 14.4.1940 [...] nicht beachtet werden“. Diese Richtlinien hätten Gesetzeskraft und bänden nicht nur den Anklagevertreter, sondern auch die Richter, weshalb in allen Verfahrensstadien auf sie einzugehen sei. BA-MA-RH 14/v.31; Oberkommando des Heeres, 9. Mobiler Sammelerschluss vom 5. Mai 1942.

¹¹⁸ Walmrath, *Justitia et disciplina*. Strafgerichtsbarkeit in der deutschen Kriegsmarine 1939 – 1945, S. 417 f.

¹¹⁹ Das OKH beanstandete im 12. Mobilen Sammelerschluss ausdrücklich den Hang vieler Richter zu übermäßiger Breite und unnötiger Weitschweifigkeit, der nicht nur für die Schreibkräfte, sondern auch für die befassten Dienststellen „eine unerträgliche Belastung“ sei.

BA-MA-RH 14/v.31; Oberkommando des Heeres, 12. Mobiler Sammelerschluss vom 20. Juni 1944.

tention getragen, den Täter schnell und bestimmt seiner Strafe zuzuführen. Oft erfolgte die Verhandlung bereits wenige Tage nach der Tat. Gab es Zweifel an der Schuld, die eine Verurteilung ex ante nicht erwarten ließen, wurde regelmäßig das Ermittlungsverfahren eingestellt, wobei man teilweise zulasten der Geschädigten dazu neigte, die Anforderungen an einen „hinreichenden Tatverdacht“ gesetzeswidrig zu überspannen.¹²⁰ So etwa dienten die Verhandlungen weniger der weiteren Aufklärung der Tat, als vielmehr der Umsetzung des Strafausspruchs gegenüber an sich bereits überführten Tätern. Entsprechend gering ist die Quote an Freisprüchen oder Verfahrenseinstellungen, die bei 3 % bzw. 9 % liegt.¹²¹

Von der insgesamt positiven oder neutralen qualitativen Grundlinie weichen etwa 10 % der Fälle ab, die sich in bestimmte Fallgruppen zusammenfassen lassen: So etwa finden sich chauvinistische oder gar rassistische Formulierungen, die in diversen Vorurteilen gegenüber anderen Völkern wurzelten. Interessanterweise ist es gerade Rommels 7. Panzerdivision, die hier negativ auffällt.¹²² Auch der Antisemitismus war keine Ausnahmereis-

¹²⁰ So etwa wurde das Verfahren BA-ZNS-K 44 „mangels Nachweis einer strafbaren Handlung eingestellt (§ 46 KStVO)“. Für die Bejahung eines hinreichenden Tatverdachts ist aber bereits eine überwiegende Verurteilungswahrscheinlichkeit ausreichend. Ein dringender Tatverdacht oder gar ein Tatnachweis ist ausdrücklich nicht erforderlich (gewesen).

¹²¹ Nachweise jeweils in Huber, Die Rechtsprechung der deutschen Feldkriegsgerichte bei Straftaten von Wehrmachtssoldaten gegen Angehörige der Zivilbevölkerung in den besetzten Gebieten, S. 248.

Hannemann kommt bei den Verfahrenseinstellungen sogar nur auf eine Quote von 4 %.

Hannemann, Die Justiz der Kriegsmarine 1939 – 1945, S. 336.

¹²² Im Zusammenhang mit einem Fall von Notzucht an einer 15-jährigen, unberührten Französin D. durch einen jungen Soldaten bemängelte der Rechtsgutachter das für ein derartiges Delikt ohnehin schon vergleichsweise niedrige Strafmaß von 18 Monaten Gefängnis als für die Kriegsverhältnisse zu hoch. Auch müsse „die niedrigere Moral des französischen Volkes“ in Rechnung gestellt werden. Hierauf wandte sich auch der Regimentskommandeur des Täters an Rommel, der Aussagen des Bürgermeisters von Dourdan und eines Krankenhausökonoms anführte, dass der Ruf des Opfers nicht der Beste sei und der Täter „keineswegs der Erste“ gewesen sei. Die verhängte Strafe sei zu hart, zumal man angesichts dieser neuen Erkenntnisse an einer Vergewaltigung zweifeln müsse. Nunmehr bat auch der Täter Rommel, den Fall noch einmal zu überprüfen, da seine (geständigen) Aussagen vor Gericht vielleicht etwas unklar oder missverständlich gewesen seien, was man auf seine Aufregung vor Gericht zurückführen müsse. Vielmehr habe sich die D. nur anfänglich gestäubt, bis sie merkte, dass er „nur Verkehr mit ihr“ wolle „und sonst nichts Böses im Schilde“ führe. Rommel ordnete an, den Bürgermeister und den Ökonom richterlich als Zeugen vernehmen zu lassen und die D. auf ihre Virginität untersuchen zu lassen, nachdem sie zuvor noch einmal über diesen Punkt vernommen worden sei. Die beiden Zeugen gaben wieder an, dass der Ruf der D in sittlicher Hinsicht nicht einwandfrei sei. Hingegen stellte die Frauenärztin fest, dass das Hymen keinen größeren Einriss aufwies.

Rommel bestätigte das Urteil mildernd und setzte das Strafmaß auf 1 Jahr Gefängnis herunter, so dass der Verlust des Dienstgrades zum Fortfall kommen konnte. Ferner ordnete er die Vollstreckung von drei Monaten an und setzte den Rest der Strafe bis Kriegsende zur Bewährung aus.

BA-ZNS-S 167.

Auch für die UdSSR findet sich für den August 1941 Vergleichbares. Hier wurde über Russen geäußert, dass diese einem Volk angehörten, „dem der Begriff der Geschlechtsehre der Frau nahezu völlig entschunden“ sei.

BA-ZNS-S 269.

nung. Von den Verfahren, an denen Juden beteiligt waren, weist mindestens ein Drittel äußerst bedenkliche Elemente auf. Ausführungen wie diese, dass sich die Täter dadurch herabgewürdigt hätten, dass sie bei ihrer Straftat mit einem „schmutzigen polnischen Juden“ gemeinsame Sache gemacht hätten,¹²³ nehmen insoweit eine traurige Spitzenstellung ein.

Oft genug wurde aber auch gerade umgekehrt durch das entschiedene Tätigwerden Einzelner Unrecht verhindert. So etwa ist es alleine dem energischen Betreiben des Kommandanten der Ortskommandantur I in Smolensk, Dr. Schwens, zu danken, dass hier zwei Erschießungen vor ein Kriegsgericht kamen.¹²⁴ Im Falle des Soldaten Willi S., der in Mirochowo diverse Sachen geplündert hatte, machte sich der Kompaniechef, bei dem sich ein Bauer beschwert hatte, zusammen mit dem Opfer auf die Suche nach dem Plünderer, um „das gute Einvernehmen“ mit der dortigen Zivilbevölkerung nicht zu trüben.¹²⁵ In einem anderen Fall hatte sich ebenfalls ein Offizier mit einer weinenden Russin auf den Weg gemacht, die Plünderer gestoppt und ein Verfahren gegen sie veranlasst.¹²⁶ Auch der Fall des 44-jährigen Unteroffiziers Karl D. zeigt, wie differenziert die Verhältnisse im Osten zu beurteilen sind. Dieser hatte Mitte 1943 einem russischen Hilfswilligen, nachdem sich dieser durch „Stoj“-Rufe nicht hatte aufwecken lassen, mehrere Faustschläge in die Seite versetzt, weil der Russe auf einem Fuhrwerk eingeschlafen war und dadurch fast einen Unfall verursacht hatte. Ein Hauptmann, der den Fall beobachtet hatte, brachte den Fall vor ein Feldgericht.¹²⁷ Diese Verurteilung zeigt, dass prinzipiell auch im Osten selbst bei Bagatellen ein kriegsgerichtliches Einschreiten denkbar war und manchmal auch praktiziert wurde. Im Fall einer Kindsmisshandlung in der Sowjetunion ließ der Kommandeur sogar die ganze Einheit antreten, um den Opfern das Auffinden der Täter zu erleichtern.¹²⁸

Bei Verallgemeinerungen ist freilich in beide Richtungen Vorsicht geboten. Einerseits tragen die erhalten gebliebenen Fälle wohl eine gewisse Tendenz zur Schönfärbung bereits in sich, da bestimmte Formen von Bagatellisierung naturgemäß im Aktenbestand nicht auftauchen konnten. Andererseits kann man aber auch vermuten, dass Richter systemkritische Ansätze wohl in den seltensten Fällen zu Papier gebracht haben werden, wohingegen systemkonforme Richter zumindest bis 1942 jeden Anlass hatten, ihre Gesinnung herauszustellen. Ein weiterer Unsicherheitsfaktor sind die absoluten Fallzahlen in diesem Bereich, die gerade im Verhältnis zu Fällen von Fahnenflucht und unerlaubter Entfernung sehr gering ausfallen. Dass dies allerdings für den ganzen Bereich

¹²³ BA-ZNS-P 392.

¹²⁴ BA-ZNS-K 777; Urteil des Feldkriegsgerichtes des XXXIX. Armeekorps vom 7. September 1941 im Felde.

¹²⁵ BA-ZNS-P 326; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 20. Panzer-Division vom 2. Oktober 1941 zu Monstyschtschina.

¹²⁶ BA-ZNS-P 277; Strafverfügung des Feldgerichtes der 299. Inf.-Division vom 27. August 1942.

¹²⁷ BA-ZNS-K 572; Strafverfügung des Gerichtes der 299. Inf.-Division vom 28. August 1943.

¹²⁸ BA-ZNS-S 250; Urteil des Feldkriegsgerichtes des II. Armeekorps vom 12. November 1941 zu Otkakowa.

unabhängig von der Nationalität des Opfers gilt, wurde bereits dargestellt. Umgekehrt kann man bei den Massverfahren wie etwa Kameradendiebstahl oder eigenmächtigem Entfernen von der Truppe nicht nur ein vielfach höheres Tataufkommen vermuten, sondern auch noch eine sehr geringe Dunkelziffer, da infolge der truppendienstlichen Erfassungsmethoden bei derartigen Taten der Eintritt des Taterfolges vom Täter gewöhnlich kaum verschleiert werden konnte, was bei Vergewaltigungen und Plünderungen wohl sehr viel anders war. Dementsprechend mussten Delikte, die den täglichen militärischen Dienstbetrieb prägten, auch die praktische Tätigkeit der Kriegsgerichte bestimmen, weshalb die erhalten gebliebenen Aktenbestände in diesem Bereich besonders hoch sind. Dass umgekehrt Vergewaltigungsfälle im Osten wohl aufgrund der Sprachbarriere und der räumlichen Dimensionen des Kriegsgebietes eher als Ausnahmeverfahren angesehen wurden, bezeugen die Ausführungen des Gerichtes der 82. Infanterie-Division vom 3. Juli 1942 im Zusammenhang mit der Vergewaltigung einer Russin: „Es ist der erste Notzuchtsfall, der in der Division vorgekommen ist. Die Truppe muss wissen, dass gegen derartige Fälle von Verwilderung auf sexuellem Gebiet im Interesse der Reinerhaltung des Ehrenschildes des deutschen Soldaten mit aller Schärfe eingeschritten wird.“¹²⁹ Der Wille zur Strafverfolgung bekannt gewordener Taten dürfte also bei den meisten Divisionen vorhanden gewesen sein, denn anders wäre es nicht erklärbar, dass die Wehrmacht kriminalstatistik trotz des Wegfalls vieler Bagatellverfahren aufgrund des Barbarossa-Erlasses auch für die Jahre ab 1941 nur leicht verminderte Fallzahlen auswirft. Fälle, in denen während der letzten Kriegsmonate deutsche Soldaten selbst wegen geringfügiger Taten gegen die sowjetische oder polnische Zivilbevölkerung noch gerichtlich belangt wurden, waren damit zwar eher Ausnahmen, gehören aber keineswegs in den Bereich der Mythenbildung, wie etwa der Fall einer Plünderung eines kleinen Blocks Butter bei einer polnischen Bäuerin zeigt.¹³⁰

Die untersuchten Fälle weisen also darauf hin, dass Taten von gewisser Erheblichkeit (Mord, Totschlag, Vergewaltigung, teilweise auch Plünderung) auch in der Sowjetunion gerichtlich verfolgt wurden. In dieser Hinsicht erwies sich der neuere Ostaktenbestand aufgrund seiner gewissen Repräsentativität und vorteilhaften Sortierung nach Delikten als Glücksfall, da verschiedene Untersuchungsansätze anhand der Wehrmacht kriminalstatistiken¹³¹ bisher nicht möglich waren. Dies gilt vor allem im Hinblick auf die Auswirkungen des Barbarossa-Erlasses. Auszugehen ist dabei von der These, dass zumindest in Frankreich Ausschreitungen gegen die Zivilbevölkerung nicht nur nicht geduldet, sondern streng geahndet wurden. Diese These ist auch trotz der geringen Aktenzahlen im

Wesentlichen unbestritten.¹³² Gleichzeitig wird aber behauptet, dass in der Sowjetunion keine oder fast keine Strafverfolgung zum Schutze der dortigen Zivilbevölkerung stattgefunden habe, was man auf die niedrigen absoluten Aktenbestände und den Rückgang der Verfahrenszahlen in der Wehrmacht kriminalstatistik (infolge des Barbarossa-Erlasses) stützt.

Dem ist zusammenfassend Folgendes entgegenzuhalten:

(1) In fast allen mittelschweren und schweren Deliktgruppen der K-, P- und S-Akten des Ostbestandes kommt die Zahl der Fälle mit sowjetischen Opfern der mit französischen mindestens gleich.

(2) Für die Zeit ab dem 22. Juni 1941 übertrifft die Zahl der „sowjetischen Verfahren“ die der „französischen“ um das Zweieinhalbfache.

(3) Selbst ab Kriegsbeginn gerechnet ist in den genannten Kategorien die größte Opfergruppe, deretwegen deutsche Soldaten bei Übergriffen verurteilt wurden, die sowjetische.

(4) Die Strafen lagen in der Sowjetunion in ihrer Höhe im Schnitt nur geringfügig unter denen in Frankreich.

(5) Auch die absoluten Zahlen für Verfahrensakte, bei denen das Deutsche Reich bzw. die Wehrmacht in vergleichbarer Weise geschädigt wurde oder die Opfer Deutsche waren, sind auf vergleichbarem Niveau, meist aber deutlich geringer.

(6) Im Krieg gegen die Sowjetunion fanden – wie an den anderen Kriegsschauplätzen auch – regelmäßig Belehren darüber statt, dass Notzuchtstaten und Plünderungen schwere Strafen bis hin zur Todesstrafe nach sich ziehen würden und dass sich die Truppe der dortigen Zivilbevölkerung gegenüber anständig, aber zurückhaltend zu benehmen habe.

(7) Bei 39 % aller Urteile und 33 % der untersuchten Urteile, in denen sich die Tat gegen sowjetische Bürger gerichtet hatte, werden die negativen Auswirkungen angesprochen, die die Tat auf das Ansehen der Wehrmacht bei der Zivilbevölkerung hatte.

(8) In vielen Akten fehlt ein „Barbarossa-Vermerk“, also die ausdrückliche Strafverfolgungsanordnung des Gerichtsherrn, was die Vermutung stützt, dass der Barbarossa-Erlass oft entweder gar nicht an die Truppe weitergegeben worden war oder von dieser nicht oder nicht konsequent angewendet wurde.

Thesen, dass Ungerechtigkeit die „tägliche Norm“ gewesen sei, nur „sehr, sehr wenige Urteile“ „zivilisierten Ansprüchen genügt“ hätten, Gerechtigkeit „fast überall

¹²⁹ BA-ZNS-S 254.

¹³⁰ BA-ZNS-P 36; Strafverfügung des Feldgerichtes der 8. Panzer-Division vom 13. Dezember 1944.

¹³¹ Die Wehrmacht kriminalstatistik fasst die Taten in Sparten zusammen, innerhalb derer eine Differenzierung nach Straftatbeständen, Verwirklichungsformen und Nationalitäten nicht mehr möglich ist.

¹³² Statt aller Omer Bartov: „Wie wir gesehen haben, wurden im Westen die strengsten Urteile gegen Soldaten verhängt, die der Vergewaltigung, des Raubes oder des Plünderns für schuldig befunden wurden. Jene Fälle, die am stärksten bekannt gemacht wurden, die Kommandeure am meisten erzürnten und gelegentlich in der Hinrichtung der Schuldigen gipfelten, betrafen also Übergriffe gegen Angehörige der feindlichen Zivilbevölkerung und ihr Eigentum. [...] Demgegenüber finden sich keinerlei Hinweise darauf, dass Soldaten in der Sowjetunion wegen Plünderns oder gewalttätiger Übergriffe gegen Einheimische abgeurteilt, geschweige denn hingerichtet wurden.“

Bartov, Hitlers Wehrmacht, S. 110.

auf der Strecke geblieben¹³³ sei, dass es sich bei der Sowjetunion um einen „weitgehend rechtsfreien Raum“¹³⁴ oder gar um einen „rechtsfreien Raum“¹³⁵ gehandelt habe oder dass sich „keinerlei Hinweise“ darauf finden würden, „dass Soldaten in der Sowjetunion wegen Plünderns oder gewalttätiger Übergriffe gegen Einheimische abgeurteilt, geschweige denn hingerichtet wurden“¹³⁶, oder dass nur „existentielle Interessen der Wehrmacht“ zur Strafverfolgung von Verbrechen an Zivilisten geführt hätten,¹³⁷ lassen sich also nicht nur nachdrücklichst anzweifeln, sondern zum Teil auch eindeutig widerlegen.

Dass die Rigorosität der deutschen Strafverfolgungsbehörden im Osten geringer ausgeprägt gewesen sein mag als in Frankreich, kann man freilich annehmen. In einem Fall, in dem ein Soldat einen anderen zu einem Mord an einem Russen angestiftet hatte, um eine vorangegangene Plünderung zu vertuschen, wurde jedenfalls auf unteren Ebenen vorgebracht, dass man wegen eines getöteten Russen nicht zwei deutsche Soldaten erschießen dürfe, wenn gleichzeitig die Russen deutsche Gefangene töten und ihnen neben anderen üblichen Gräueltaten zum Beispiel die Finger abschneiden würden, um an deren Goldringe zu gelangen. Gleichwohl wurde auch dieser Täter wegen Anstiftung zum Mord zum Tode verurteilt (s.o.).¹³⁸ Teilweise wurde eine laxere Haltung auch damit begründet, dass es an einer gegenseitigen Verbürgung des strafrechtlichen Schutzes vor Übergriffen mangle. Wegen Plünderung in drei Fällen bei Russen verurteilte das Feldkriegsgericht der 52. Inf.-Division den Täter zu einer Strafe von vier Jahren Gefängnis. Der Rechtsgutachter bemängelte dieses hohe Strafmaß und schlug vor, das Urteil zu bestätigen und die Strafe auf zwei Jahre Gefängnis herabzumildern, weil mit Rücksicht auf die allgemeinen gegebenen Richtlinien für „Sowjetrußland“ derartige Fälle nicht als schwerwiegend beurteilt werden sollen, wie dies in Ländern der Fall sei, die im Wege internationaler Abmachungen die Gegenseitigkeit verbürgt hätten.¹³⁹

Man kann also annehmen, dass sich die Verhältnisse abhängig von den jeweiligen Gerichtsherrn und Richtern, sowie den Verhältnissen vor Ort entsprechend stark unterschieden haben dürften. Dementsprechend ist auch das Bild, das die Akten vermitteln, so heterogen, wie die beteiligten Akteure verschieden waren. Mit dem Berufsrichter zusammen urteilten immer auch zwei Laienrichter. Die dem Gerichtsherrn obliegenden Verfahrenshandlungen wurden keineswegs immer von Generalen vorgenommen, sondern oft auch von niedrigeren Offi-

zieren als ihren Vertretern im Kommando¹⁴⁰. Im Fall des Unteroffiziers Max S. wurde die Anklage sogar von einem Oberarzt aus dem Divisionsstab geführt.¹⁴¹ Es ist somit schon kaum eine Typisierung der beteiligten Personen möglich. Während sich also das eine Gericht demonstrativ weigerte, Vernehmungsprotokolle des S.D. zu verwenden, weil die Aussagen „unter dem Druck der Haft erfolgt“ seien, und sich auch jeglicher Bagatellisierungen oder abwertender Äußerungen zulasten der jüdischen Opfer enthielt,¹⁴² fragte ein anderes Ende 1944 sogar eigens beim S.D. an, ob die Strafverfolgung wegen Erschießung eines Juden, die vom (später desertierten) Täter ohne weitere Nachprüfung der gegen den Juden erhobenen Vorwürfe erfolgt sei, den Richtlinien des Reichsführers zuwiderlaufe, worauf der S.D. die zynische Stellungnahme abgab, dass die bloße Erschießung eines Juden für sich alleine seines Erachtens noch nicht die Einleitung eines Strafverfahrens rechtfertigen könne.¹⁴³ Und während das eine Gericht selbst im Juli des Jahres 1944 noch den Schuss eines Soldaten auf einen angreifenden Hofhund, der dann als Querschläger eine Russin in den Unterschenkel getroffen hatte, ahndete,¹⁴⁴ erschien einem anderen „ein kräftiger Tritt in den Hintern und letzten Endes seine Waffen“ als probates Mittel, um Widersetzlichkeiten von Hilfsarbeitern zu brechen.¹⁴⁵ In einem Fall wurde noch im Dezember 1944 ein kriegsgefangener Pole, dem vorgeworfen worden war, an einem deutschen Mädchen unzüchtige Handlungen vorgenommen zu haben, von einem Kriegsgericht aus Mangel an Beweisen freigesprochen.¹⁴⁶ Hingegen verblieb in einem anderen Fall von zwei der Plünderung verdächtigen Polen, die mangels militärischen Bezuges nicht der Kriegsgerichtsbarkeit unterstanden, nicht mehr als die lapidare Mitteilung des S.D., dass die beiden tatverdächtigen Polen „während ihrer Haftzeit verstorben“ seien, wohingegen man den tatunbeteiligten Polen freigelassen habe. Dieser stand dann auch im kriegsgerichtlichen Verfahren gegen den dritten mutmaßlichen Mittäter, einen deutschen Soldaten, als Belastungszeuge zur Verfügung, da das Gericht die vom S.D. vor der offensichtlichen Ermordung der beiden Mittäter noch angefertigten Vernehmungsprotokolle nicht verwenden wollte.¹⁴⁷

Derjenige, der anderen ein an Rechtsstaatlichkeit orientiertes Handeln abspricht, sollte sich gerade selbst umso mehr von diesen Grundsätzen leiten lassen. Alfred de Zayas, der hohe Ämter bei der UNO bekleidete und sich

¹³³ Zitiert nach Schwinge, Die Urteile der Militärstrafjustiz „offensichtlich unrechtmäßig“? in NJW 1993, S. 368.

¹³⁴ Beck unter Bezugnahme auf Rass, Wehrmacht und sexuelle Gewalt, S. 183.

¹³⁵ Messerschmidt, Der Minsker Prozess 1946 (in: Heer, Vernichtungskrieg, Verbrechen der Wehrmacht 1941 bis 1944, S. 566).

¹³⁶ Bartov, Hitlers Wehrmacht, S. 110.

¹³⁷ Beck, Wehrmacht und sexuelle Gewalt, S. 183.

¹³⁸ BA-ZNS-379; Urteil des Feldkriegsgerichtes des XXXXVII Panzerkorps vom 16. Februar 1942.

¹³⁹ BA-ZNS-P 221; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 52. Inf.-Division vom 16. Dezember 1942.

¹⁴⁰ Im Fall BA-ZNS-P 297 etwa wurden die gerichtsherrlichen Befugnisse lediglich von einem Major ausgeübt.

¹⁴¹ BA-ZNS-S 242.

¹⁴² BA-ZNS-P 258; Urteil des Feldkriegsgerichtes der Feldkommandantur 675 vom 29. April 1942 zu Winniza.

¹⁴³ BA-ZNS-P 393; Urteil des Feldkriegsgerichtes des Generales z. b. V. beim Oberkommando Heeresgruppe Süd vom 24. November 1944 zu Leanyfalu.

¹⁴⁴ BA-ZNS-K 570; Urteil des Feldkriegsgerichtes der Feldkommandantur 675 vom 6. Juli 1944 zu Grodek.

¹⁴⁵ BA-ZNS-P 275; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 29. Panzergrenadier-Division vom 17. August 1944 im Felde.

¹⁴⁶ BA-ZNS-S 66; Urteil des Feldkriegsgerichtes des Kommandeurs Kriegsgefangenen im Wehrkreis V vom 21. Dezember 1944 zu Villingen.

¹⁴⁷ BA-ZNS-P 258; Urteil des Feldkriegsgerichtes der Feldkommandantur 675 vom 29. April 1942 zu Winniza.

dort mit Menschenrechtsfragen befasste, wies im Hinblick auf seine Untersuchungen des Westaktenbestandes bereits darauf hin, dass eine pauschale Diffamierung der Wehrmacht eine Verletzung der Menschenrechte der Betroffenen darstellen würden, der sich jeder anständige Mensch widersetzen sollte.¹⁴⁸ Dem ist im Hinblick auf die große moralische Bandbreite, die in den erhalten gebliebenen Aktenbeständen zutage tritt, und nicht zuletzt auch aufgrund der Erfahrungen aus dieser Zeit, voll zuzustimmen. Es gab zweifelsohne schlimme Fälle. Wenn diese aber zur Beeinflussung des öffentlichen Meinungsbildes herangezogen werden, ohne dabei zumindest offen zu legen, nach welchen Kriterien die Fälle ausgesucht wurden, oder Sachverhalte verallgemeinert werden, ohne sich auf eine repräsentative Untersuchung zu stützen, stellt sich der betreffende Autor ausgerechnet in die Tradition derer, über die er selbst zu recht den Stab gebrochen hat.

VI. Anhang

Es ist schwer, Fälle vorzustellen, die den Anspruch erheben könnten, repräsentativ die damaligen Verhältnisse widerzuspiegeln. Zu breit ist schon das Spektrum selbst der noch vorhandenen Bestände; sowohl in formeller Hinsicht, wo es sich etwa in Einstellungsverfügungen, Strafverfügungen, Urteile, Gnadenakten und dergleichen gliedert, als auch in inhaltlicher und nicht zuletzt in moralischer. Kein exemplarisches Herausgreifen könnte dieser Breite gerecht werden. Dies gilt umso mehr, als eine Typisierung kaum möglich ist. Nicht selten wiesen nämlich gerade oft die Verfahren, die bei Übergriffen gegen die Zivilbevölkerung mit besonders harten Urteilen abschlossen, einschlägig nationalsozialistische Begründungselemente auf.¹⁴⁹ Dennoch zeigen die ausgewählten Fälle gewisse Grundlinien plastisch auf und demonstrieren auch die systemimmanente Betriebsamkeit¹⁵⁰, die entgegen den politischen Langzeitplanungen im NS-Staat auch im Osten einen gewissen Schutz der Zivilbevölkerung gewährleistete und integeren Menschen Handlungsspielräume eröffnete.

¹⁴⁸ De Zayas, Die Wehrmacht und die Nürnberger Prozesse (in „Die Soldaten der Wehrmacht“, S. 494 ff.).

¹⁴⁹ Dies gilt zum Beispiel für die beiden Todesurteile wegen Plünderung.

Im einen Urteil war von der „große[n] Idee des deutschen Kampfes gegen das Weltjudentum“ die Rede, im anderen wurde herausgestrichen, dass die Einvernahme von jüdischen Zeugen vor einem deutschen Kriegsgericht untunlich sei und nur im Notfalle mangels jeden anderen Beweismittels vorgenommen werden solle.

BA-ZNS-P 400; Urteil des Feldkriegsgerichtes der Feldkommandantur 674 vom 4. Juni 1941 zu Maastricht.

BA-ZNS-P 401; Urteil des Feldkriegsgerichtes des Kommandierenden Generals und Befehlshabers im Luftgau II vom 30. Juni 1942 zu Warschau.

¹⁵⁰ Dies nahm manchmal groteske Züge an: So etwa wurde noch im Januar 1944 einem Soldaten zur Last gelegt, dass er das Pferd eines Bauern überladen habe, wodurch es bei der Arbeit verendet sei. Da nicht einmal der Bauer selbst Strafantrag wegen Sachbeschädigung gestellt hatte, war wegen Verstoßes gegen das TierschG ermittelt worden.

BA-ZNS-S 96; Einstellungsverfügung des Feldgerichtes des Kommandeurs der 4. Flakdivision vom 14. Februar 1944 zu Ratingen.

1. Der Fall Hoffmann, BA-ZNS-K 372

Wie bereits angesprochen wurde, war für alle K-Akten (Delikte gegen die körperliche Integrität) eine eher laxer Urteilspraxis typisch. Dass dies meist keineswegs mit der Nationalität des Opfers zusammenhing, sondern einer allgemeinen, vermutlich auch durch den Krieg verstärkten Tendenz entsprang, zeigt der nachfolgende Fall:

Am 9. Januar 1943 hatte Unteroffizier Hoffmann bei einem Unteroffiziersabend Alkohol konsumiert. Auf der Straße auf dem Weg ins Bordell kamen aus der Richtung eines Baumes, hinter dem er schon vorher jemand vermutet hatte, aus dem Dunklen zwei Gestalten auf ihn zu. Hoffmann zog seine verbotswidrig mitgeführte Pistole und gab auf den ihm näher stehenden Mann aus etwa 5 – 7 Metern Entfernung einen Schuss ab. Das Projektil traf das Opfer, Oberfeldwebel Schönrock, oberhalb des Herzens in die Brust. Hoffmann hatte das Opfer unmittelbar vor dem Schuss weder angerufen, noch einen Warnschuss abgegeben.

Ohne versuchten Totschlag überhaupt geprüft zu haben, erkannte das Gericht wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit rechtswidrigem Waffengebrauch gem. §§ 223, 223a RStGB, 149 MStGB auf fünf Monate Gefängnis, wovon der Gerichtsherr nur drei Wochen als Arrest vollstrecken ließ.

Wäre das Opfer kein deutscher Portepeeträger gewesen, sondern ein russischer Zivilist, hätte man diesen Fall aus heutigem Rechtsempfinden heraus ohne Weiteres als bedenkliche Bagatellisierung eingeordnet. Tatsächlich lagen diesem erstaunlichen Urteil aber andere Gründe zugrunde: „Bei der Festsetzung der Höhe der Strafe hat das Gericht strafmildernd berücksichtigt, dass der Angeklagte nicht vorbestraft ist und dass er durch Erzählungen von Bombenwürfen, die angeblich in Marseille und Dijon gegenüber deutschen Soldaten erfolgt sein sollten, ängstlich geworden war. Auf der anderen Seite hat das Gericht dem Angeklagten nicht geglaubt, dass er irgendwie durch das Herannahen der Personen besonders überrascht und erschreckt werden konnte. [...] Entscheidend für die höchst bedauerliche Verletzung des Ofw. Schönrock ist die Tatsache, dass der Angeklagte aus einem übertriebenen Angstgefühl heraus von seiner Waffe, die er unberechtigt trug, Gebrauch machte.“

Derartige Fälle tauchten natürlich auch in Konstellationen mit Zivilisten auf. So etwa schoss ein übereifriger Soldat in der Ukraine blind und angesichts möglicher Unterstützung auch ohne Not in einen Eiskeller, in dem er offenbar Partisanen vermutete. Bei der Räumung des Kellers durch eine Wache stellte sich heraus, dass durch die unnötigen Schüsse des Täters eine harmlose Zivilistin, die zusammen mit anderen Personen ein Schwein gegrillt hatte, tödlich getroffen worden war. Das Kriegsgericht verhängte wegen fahrlässiger Tötung eine Strafe von einem Jahr und drei Monaten Gefängnis, wovon der Gerichtsherr auch hier nur sechs Wochen als Arrest vollstrecken ließ.¹⁵¹ Bagatellisierung? Derartige Fälle, die durchaus zahlreich sind und zwischen Unglücksfall und

¹⁵¹ BA-ZNS K 580; Urteil des Feldkriegsgerichtes der Kommandantur des Bereichs Winniza (F.K. 675) vom 24. September 1942.

Totschlag mit bedingtem Vorsatz pendeln, lassen sich heute kaum mehr redlich einschätzen; zumal, wenn man die damaligen Verhältnisse nicht selbst miterlebt hat. Man bekommt bei diesen Akten verschiedentlich den Eindruck, als hätten sich die Gerichte in einer gewissen inneren Abstumpfung bereits damit abgefunden gehabt, dass Verletzung und Tod dem Krieg per se anhafteten. Dies hinderte sie freilich nicht, die zahlreichen Verkehrsunfälle in Frankreich und der Ukraine, bei denen juristisch meist nicht mehr als eine fahrlässige Körperverletzung zur Rede stand, penibel abzuurteilen.

2. Der Fall Schemschat, BA-ZNS-K 127

Eine weitere prägende Grundlinie war die Dominanz des militärisch Erforderlichen, die nicht nur in der Normenwelt ihren Niederschlag gefunden hatte, sondern auch in der Wahrnehmung der Täterpersönlichkeit durch die Gerichte. Ein Beispiel für die normativen Einflüsse in diesem Bereich war die Nr. 3 der VO über Waffenbesitz im besetzten Gebiet vom 10. Mai 1940. Diese machte bestimmte Formen von bewaffneten Übergriffen gegenüber Soldaten der Besatzungsmacht, die über bloßen Fausteneinsatz hinausgingen, zu einem todeswürdigen Verbrechen. Während ein Franzose also bei einem Faustangriff grundsätzlich genauso behandelt wurde wie umgekehrt der deutsche Soldat und wegen § 223 RStGB zum Beispiel zu vier Monaten Gefängnis¹⁵² verurteilt wurde, musste er dann, wenn er an Stelle seiner Fäuste einen Gegenstand wie zum Beispiel eine Flasche nahm, mit der Todesstrafe rechnen. Im Fall des französischen Grubenarbeiters August L.¹⁵³ kam das Feldkriegsgerichtes der Feldkommandantur 591 nur unter Anwendung des § 51 II RStGB (Trunkenheit) von der Todesstrafe herunter.

Derartige Normen konnten aber auch zugunsten des Täters wirken. So etwa hatte der Täter üblicherweise vollen Rückhalt, wenn er im Einklang mit militärischen Erfordernissen überzog. Am 2. Juli 1941 befuhr Leutnant Wolf mit einem Opel Supersix Cabriolet eine am Fliegerhorst vorbeiführende Reichsautobahn. Das Verdeck war offen, die Scheiben heruntergelassen. Wie sein Mitfahrer später zu Protokoll gab, drosselte Wolf die Geschwindigkeit, um Segelflugzeugen der Luftlandetruppen beim Flug zuzusehen. Hierbei wurde er durch einen Posten unterbrochen, der Wolf zurief „Weiterfahren, hier darf nicht gehalten werden!“. Wolf ließ daraufhin seinen Wagen noch langsamer werden, worauf ihn der Posten, der ein Areal bewachte, zu dem nicht einmal Offiziere im Generalsrang Zutritt hatten, erneut zum Weiterfahren aufforderte, ihm den Schusswaffengebrauch androhte und das Gewehr von der Schulter nahm. Wolf, der den Vorgang mit den Worten „Der Kerl scheint nicht zu wissen, dass ich Offizier bin“ kommentierte, drosselte das Tempo weiter. Der Posten forderte ihn ein drittes Mal zur Weiterfahrt auf und wiederholte die Androhung des Schusswaffengebrauchs. Wolf stoppte nun den Wagen ganz und rief dem

Posten zu „Na, dann schießen sie doch.“ Hierauf erschoss Schemschat den Offizier.

Die grundsätzliche Tendenz der Militärjustizbehörden, militärischen Belangen hohes Gewicht einzuräumen und engagierte Soldaten wohlwollend zu behandeln, kam selbst hier, wo das Opfer deutscher Offizier war, zum Tragen. Der Kompaniechef des Täters stellte in seiner Stellungnahme das undisziplinierte Verhalten des Offiziers heraus. Er habe dadurch die Situation verschuldet, wohingegen Schemschat, den er als geistig schwerfälligen, sturen und bedingungslos gehorchenden Soldaten schilderte, in Putativnotwehr gehandelt habe. Ferner würde bei einer Verurteilung wegen einer geringfügigen Überschreitung der Wachbefugnisse der ganze Dienst zu leiden haben, weil sich dann niemand mehr durchzugreifen trauen werde. Prompt wurde das Verfahren per Verfügung des Feldgerichtes des Kommandeurs des Luftverteidigungsgebietes vom 12. Juli 1941 zu Berlin eingestellt. Dementsprechend findet sich in den untersuchten Bereichen des Ostbestandes auch kein einziger Fall, bei dem ein deutscher Soldat wegen einer angeordneten Tötungshandlung etwa im Rahmen eines Kriegsverbrechens verurteilt worden wäre. Die Justiz war hier voll von ihrem Träger der Gerichtsbarkeit, dem Gerichtsherrn, abhängig; eine Konstruktion übrigens, die bereits vor dem ersten Weltkrieg schon umstritten war.

3. Der Fall Leitsch/Hoffmann, BA-ZNS-S 88

Wie sehr juristischer Anspruch und militärische Wirklichkeit oftmals auseinanderklaffen konnten, zeigt der Fall Leitsch/Hoffmann, ein Bagatellisierungsfall der üblicheren Art.

Ende April 1944 befanden sich die Beschuldigten, Oberfeldwebel Leitsch und Unteroffizier Hoffmann, auf dem Flugplatz Ilandscha in Serbien, um Flugzeuge instand zu setzen. Beide waren beim Serben P. einquartiert. Am Abend des 24. tranken beide erhebliche Mengen an Wein und Schnaps. Anschließend kehrten sie in ihr Quartier zurück, wo mit dem P. zusammen auch seine 9-jährige Tochter lebte. Diese war im weiteren Verlauf des Abends von Leitsch und Hoffmann mutmaßlich vergewaltigt worden, nachdem der P. vergeblich versucht hatte, sie zu einem Bruder in Sicherheit zu bringen.

P. sagte dazu Folgendes aus: Die heimkehrenden betrunkenen Unteroffiziere hätten Interesse an den Schlafzimmern der Kinder gehabt. Seine Bitte, die Kinder schlafen zu lassen, habe Leitsch abgelehnt und drei Schüsse in den Boden abgegeben. Allerdings habe er seine Tochter in einem günstigen Augenblicke zu seinem Bruder in das Nachbarhaus bringen können. Danach sei er dann zum Kommandeur des Horstes, Hauptmann Dr. O., gegangen, habe diesen geweckt und um Hilfe gebeten. Dieser habe bei der Rückkehr die Türe aufgestoßen, woraufhin Leitsch aufgesprungen sei. Der Hauptmann habe Leitsch einige kräftige Ohrfeigen gegeben und mit ihm scharfe Rede geführt. Anschließend habe er beide mitgenommen.

Das Mädchen sagte aus, dass Leitsch ihren Onkel geschlagen habe. Daraufhin habe sie der Onkel in das Zimmer der Soldaten gebracht, woraufhin ihn Leitsch mit der

¹⁵² So etwa beim französischen Holzsäger Florent C., der einem Soldaten ein paar Faustschläge verpasst hatte.

BA-ZNS-K 27; Urteil des Feldkriegsgerichtes des Kommandierenden Generals des II. Flakkorps vom 23. August 1940 zu Cambrai.

¹⁵³ BA-ZNS-K 687; Urteil des Feldkriegsgerichtes der Feldkommandantur 591 vom 11. Dezember 1940.

Waffe drohend aus dem Haus gejagt habe. Anschließend habe er sein Geschlechtsteil bei ihr eingeführt und ihr den Mund zugehalten. Schmerzen habe sie hierbei keine gehabt. Auch der Hoffmann habe sodann mit ihr den Geschlechtsverkehr ausgeübt. Dort, bei Hoffmann im Bette liegend, hätten sie Vater, Onkel und der Hauptmann dann vorgefunden.

Der Bruder, der im Nachbarhaus wohnte, sagte aus, dass ihm P. das Mädchen gebracht habe, da Soldaten in seinem Hause Unruhe stiften würden und er weggehen und den Sachverhalt melden wolle. Kurz darauf sei ein Soldat gekommen, habe ihn mit der Pistole bedroht und die Herausgabe des Mädchens gefordert. Auch auf seinen Vorschlag, eine andere Frau zu besorgen, sei der Soldat nicht eingegangen. Als er das Kind in das Bett des Soldaten legen sollte, habe ihn dieser auf seine Weigerung hin geschlagen und aus dem Zimmer geschoben. Er sei daraufhin auf der Suche nach Hilfe mit seinem Bruder und Hauptmann Dr. O. zusammengetroffen. Zusammen habe man das Zimmer betreten und das Kind im Bette der Soldaten vorgefunden.

Ein anderer Bruder des P. konnte ebenfalls bezeugen, wie die Soldaten begonnen hätten, das Mädchen anzufassen, nachdem sein Bruder es ins Bett gelegt habe. Später sei er dabei gewesen, wie das Kind im Bette der Soldaten vorgefunden worden sei. Ein Arbeiter auf dem Hofe des P. sagte aus, dass er gesehen habe, wie P. das Mädchen zu seinem Bruder gebracht habe und wie es der Soldat später wieder zurücktragen lassen habe. Einige Zeit später habe er drei Schüsse gehört. Auch der serbische Quartierwirt des Dr. O. gab an, dass er im Gefolge des Hauptmannes das Zimmer betreten und das Kind im Bette der Soldaten liegen sehen habe.

O. hatte zwei Tage vor diesen Vernehmungen folgende Meldung gemacht, in der er um eine Bestrafung der beiden Unteroffiziere bat: Er habe Leitsch und Hoffmann im Bette schlafend vorgefunden, sie unsanft aufgeweckt und sie zum Verhör in der Wohnung antreten lassen. Sie hätten sich vernünftig gezeigt, den Vorwurf aber abgeleugnet. Am nächsten Tage sei ihm vom Bürgermeister zugegangen worden, dass sich Leitsch und Hoffmann an dem Mädchen vergangen hätten. Die Gemeindeärztin habe jedoch festgestellt, dass keine Deflorierung vorgelegen habe. Die Frage, ob er das Kind im Bett der Soldaten vorgefunden hatte, übergang er.

Der Beschuldigte Leitsch erklärte, er könne sich an nichts mehr erinnern. Er habe erhebliche Mengen Alkohol getrunken und sei anschließend von einem Offizier geweckt und geschlagen worden. Anschließend habe man mit dem Offizier in dessen Wohnung noch einen Schnaps getrunken. Seine Pistole sei im Übrigen voll geladen gewesen. Der Beschuldigte Hoffmann gab an, dass er nach einem Trinkgelage gerade noch im Bette schlafend von einem Offizier geschlagen worden sei. Anschließend habe man in dessen Wohnung noch einen Schnaps getrunken, nachdem der Hauptmann erklärt habe, dass die Sache halb so schlimm sei und dass er das schon in Ordnung bringen werde. Er erkläre sich die Missstimmung der Serben dadurch, dass sie sich einige Zeit vorher ge-

weigert hätten, den Serben Benzin oder Decken zu verkaufen.

Der Stabsarzt stellte am Hymen einen kaum mehr sichtbaren Schleimhauteinriss fest. Mit Rücksicht auf die zu erwartenden Strafen erließ der Untersuchungsführer im Namen des Gerichtsherrn bereits einen Haftbefehl gegen die Beschuldigten, als sich der eigentlich recht eindeutige Fall zunehmend zu drehen begann: Ein Oberleutnant gab zu diesem Vorfall eine Stellungnahme ab, in der er auf den Hang der süd- und südosteuropäischen Völker zum Übertreiben zu sprechen kam. Auch sei die serbische Bevölkerung keineswegs deutschfreundlich. Hinzu käme, dass Bandengebiete in unmittelbarer Nachbarschaft lägen. Er habe daher den Verdacht, dass P. ein Bandenmitglied sei, wofür auch seine Anbahnungsversuche sprächen, mit Soldaten in geschäftlichen Kontakt zu treten. Anschließend führte er auf mehreren Seiten etliche Punkte an, in denen sich die Aussagen widersprechen würden bzw. unplausibel seien und äußerte abschließend erneut den Verdacht, dass der ganze Fall von P. konstruiert worden sei. Bei erneuten eingehenden Vernehmungen sagte das Mädchen nun aus, dass es nicht zum Geschlechtsverkehr gekommen, sondern nur ein entsprechender Versuch gemacht worden sei, wie ein Stabsfeldwebel der Feldgendarmerie zusammenfasste. Des Weiteren habe man infolge des Lehmbodens Pistoleinschüsse nicht feststellen können. Insgesamt hielt er die Angaben der Serben jedoch für glaubwürdig. Anschließend fügte er noch hinzu, dass Hauptmann Dr. O. erklärt habe, dass die Me 323 nur von Leitsch und Hoffmann geflogen werden könne und ein Ersatz für diese Soldaten nicht vorhanden sei, weshalb man von einer Festnahme absehen solle. Schlussendlich schrieb auch der O. das Feldgericht an, dass er das Mädchen im Zimmer nicht vorgefunden habe. Vielmehr habe er nur die beiden Unteroffiziere im Bette fest schlafend vorgefunden.

Hierauf wurde das Verfahren gem. § 46 KStVO eingestellt. Als Begründung wurden zum einen gewisse Widersprüche zwischen den Aussagen angegeben. So seien etwa unterschiedliche Angaben über den Zeitpunkt der Schüsse erfolgt. Das Opfer habe behauptet, beim Geschlechtsverkehr keine Schmerzen gehabt zu haben. Nachdem festgestellt worden sei, dass keine Deflorierung erfolgt sei, habe das Mädchen ausgesagt, dass der Geschlechtsverkehr nicht ausgeübt, sondern nur versucht worden sei. Auch hätten die serbischen Zeugen behauptet, dass das Kind im Bette der Soldaten gelegen habe. Hauptmann O. habe hingegen ausgesagt, kein Kind vorgefunden zu haben. Bei diesen Widersprüchen und der Unglaubwürdigkeit von Aussagen Angehöriger feindlicher Staaten, sei eine ausreichende Aufklärung der Vorgänge in dieser Nacht nicht möglich. Weiteres solle ggf. der Disziplinarvorgesetzte veranlassen, der hierbei aber auch die erlittene Untersuchungshaft berücksichtigen solle.

Die Einstellungsverfügung ist äußerst bedenklich. Denn gerade ein Sitzungstermin wäre gut dazu geeignet gewesen, etwaigen Unklarheiten mit dem notwendigen Druck nachzugehen. Hier liegt auf der Hand, dass man infolge

falsch verstandener Kameradschaft und militärischer Notwendigkeit den Fall abwürgen wollte. Für dieses Motiv kann dieser – freilich sehr krasse – Fall stehen. Wenn also Bagatellisierungen vorkamen, dann nicht in Form einer vorauseilenden, pauschalen Generalabsolution durch die Behörden, sondern in der eines persönlichen und individuellen „Drückens und Zurechtbiegens“, das in dieser Form wohl weniger ein generelles Phänomen der Militärjustiz unter Hitler war, sondern den jeweiligen, durch den Krieg bedingten Verhältnissen vor Ort entsprang. Es lag dann an der Persönlichkeit der Täter, ihrer etwaigen militärischen Entbehrlichkeit und der Einstellung der beteiligten Offiziere, ob Fraternisierungstendenzen, Lagerdenken und durch den Krieg verstärkte Ressentiments überwogen oder das Bedürfnis nach Gerechtigkeit und „Sauberkeit in der Truppe“.

4. Der Fall Köder/Siewers, BA-ZNS-S 313

Der Fall Köder/Siewers ist sehr typisch für die noch vorhandenen Notzuchtsakten und trägt daher auch eine gewisse weitergehende Vermutung in sich. Dies gilt auch für die Strafe, die im mittleren Bereich liegt. Am 3. November 1943 war Köder in Begleitung des Siewers unterwegs, um befehlsgemäß bei Zivilisten Hartfutter beizutreiben. Hierbei traf er auf eine 26jährige Russin, die Köder unter Vorhalten des Gewehrs aufforderte, mit ihm auf ein Zimmer zu gehen. Als sie sich weigerte, entriss er ihr das auf ihrem Arm liegende Kind, warf es zu ihrem Ehemann und trieb das Mädchen in einen Nebenraum, wobei er stets das Gewehr auf sie gerichtet hatte. Dort warf er sie zu Boden, riss ihr die Röcke hoch und übte mit ihr den Beischlaf aus. Nachdem er mehrere Schüsse aus seinem Gewehr abgegeben hatte, verließ er mit den Worten „Nun habe ich es doch geschafft“ das Haus. Nunmehr ging auch der Siewers hinein, stieß die Russin vor die Brust, dass sie hinfiel, und führte dann ebenfalls den Geschlechtsverkehr mit ihr aus. Ein weiterer Vergewaltigungsfall, bei dem die beiden dringend tatverdächtig waren, blieb unklar, weil eine weitere Vernehmung der russischen Zeugen vor Gericht infolge der zwischenzeitlich erfolgten Besetzung des Ortes durch die Rote Armee nicht mehr erfolgen konnte.

Dementsprechend wurde Köder wegen Notzucht, Körperverletzung und rechtswidrigen Waffengebrauchs gem. §§ 177, 223 RStGB, 149, 33 I Nr. 3 MStGB zu drei Jahren Gefängnis und Rangverlust und Siewers wegen Notzucht gem. §§ 177 RStGB, 33 I Nr. 3 MStGB zu einem Jahr Gefängnis und Rangverlust verurteilt. Begründet wurde das Urteil wie folgt: „Bei der Bestrafung hat das Gericht für die Notzucht nicht die grundsätzlich angedrohte Zuchthausstrafe verhängt, sondern beiden Angeklagten mildernde Umstände zugebilligt. Hierbei wurde berücksichtigt, dass die in Deutschland geltenden Vorschriften zum Schutz der Frauenehre doch nicht ohne weiteres in gleicher Weise auf die Verhältnisse, unter denen der deutsche Soldat in Russland bereits seit langem eingesetzt ist, anzuwenden sind. Die lange Enthaltsamkeit auf geschlechtlichem Gebiet, zu der er normalerweise hier gezwungen ist, birgt die Gefahr einer gewaltsamen Auswirkung des Geschlechtstriebes. Die Verhängung einer Gefängnisstrafe an Stelle der entehrenden Zuchthaus-

strafe kann hierfür allgemein als ausreichend angesehen werden. Dies gilt auch in diesem Falle, wo beide Angeklagten bislang gerichtlich nicht bestraft sind. Die Gefängnisstrafe gegen den Angeklagten Köder musste jedoch wesentlich höher ausfallen als die gegen den Angeklagten Siewers, weil er offenbar als der Hauptschuldige anzusehen ist und die Bedrohung der Robosa auch mit vorgehaltener Waffe gemacht hat. Er wird außerdem von seinem Einheitsführer schlecht beurteilt und hat überdies bereits vier Disziplinarstrafen. Sein hartnäckiges Leugnen war ebenfalls strafscharfend. Die Vergewaltigungen verdienen im Übrigen eine empfindliche Strafe, weil sie mit der korrekten Haltung des deutschen Soldaten gegen die Zivilbevölkerung und auch gegenüber der russischen Frau unvereinbar sind und weil sie das Ansehen der deutschen Wehrmacht schädigen. Schwerer wiegt aber noch die Zuchtlosigkeit, die aus dem Verhalten der Angeklagten, insbesondere des Angeklagten Köder ersichtlich wird. Einem so zügellosen Treiben muss im Interesse der Aufrechterhaltung der Manneszucht mit aller Schärfe begegnet werden, damit Auswüchse dieser Art im Keim erstickt werden.“ Der Gerichtsherr bestätigte das Urteil und ordnete die Strafvollstreckung in einer Feldstrafgefangenabteilung an.

Dass keine Zuchthausstrafe ausgesprochen wurde, wird also damit begründet, dass die typische Situation, die der Gesetzgeber bei der Festlegung des Strafrahmens für dieses Delikt im Auge hatte, unter den gegebenen Umständen nicht vorlag. Dieses Spannungsfeld wurde den Richtern im Notzuchtsurteil vom 5. Juli 1940, mit dem der Oberbefehlshaber des Heeres, Walter von Brauchitsch, auf die harten Notzuchtsurteile in Frankreich reagierte¹⁵⁴, sehr anschaulich aufgezeigt: Er sei grundsätzlich der Auffassung, dass Vergewaltigungen mit angemessenen Strafen geahndet werden sollten. „Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass während der Operationen und der Besatzungszeit für den Soldaten Verhältnisse bestehen, die von denen in der Heimat wesentlich abweichen. Das Leben unter völlig veränderten Bedingungen, starke seelische Eindrücke und zuweilen auch übermäßiger Alkoholgenuß führen zu gelegentlichem Wegfall von sonst vorhandenen Hemmungen bei bisher bewährten und einwandfreien Soldaten. Der Mangel an Gelegenheit zur Befriedigung des Geschlechtstriebes hat sexuelle Spannungen zur Folge, auf die der Einzelne je nach seiner Eigenart und Veranlagung verschieden reagiert.“ Angesichts dieser Voraussetzungen forderte er, dass bei Verurteilungen das Strafmaß besonders sorgfältig durchdacht werde. „Es erscheint nicht angängig, einmalige Entgleisungen auf sittlichem Gebiete stets so zu ahnden, wie es bei normalen Verhältnissen angebracht ist. Insbesondere ist zu prüfen, ob der Täter als Ehrloser verstoßen und deshalb mit Zuchthaus bestraft werden muss. Ich gebe zu bedenken, dass ein mit Zuchthaus Bestrafter praktisch gebrandmarkt aus dem Leben ausscheidet. Meine Auffassung geht dahin, dass die besonderen Bedingungen, unter denen der Soldat im Feindesland lebt, es als möglich erscheinen lassen, den gewöhnlichen Fall

¹⁵⁴ Beck, Wehrmacht und sexuelle Gewalt, S. 261.

der Notzucht als minder schweren im Sinne des § 177 RStGB anzusehen, damit auf eine Gefängnisstrafe erkannt werden kann. Eine Zuchthausstrafe halte ich dann für berechtigt, wenn bei der Tat Gemeinheit, brutales Verhalten und Rohheit des Täters eine Rolle gespielt haben. Verurteilung zum Tode ist in ganz besonders üblen, seltenen Fällen angezeigt, bei denen sich der Täter in jeder Weise unmenschlich und tierisch benommen hat. Ich bitte, vorstehenden Gesichtspunkten bei der Entscheidung über die Bestätigung von Urteilen und über Gnadengesuche Rechnung zu tragen.¹⁵⁵ Inhaltlich kam diese Botschaft, obwohl sie sich weder an sie richtete noch aufgrund ihrer richterlichen Unabhängigkeit für sie bindend gewesen wäre, auch bei den Gerichten an, wie einige Formulierungen zeigen. In Bestätigungsverfahren wurde teilweise bis zum Kriegsende ausdrücklich auf diesen Erlass abgestellt.¹⁵⁶ Dies erscheint auch sachgerecht, weil hier aufgrund der kriegstypischen Verrohung und der zwangsweisen Trennung des Täters von seiner Frau eine erhebliche Abweichung von der „Normalsituation“, der der Gesetzgeber bei der Fassung dieses Tatbestandes gerecht werden wollte, vorliegt.

Sehr typisch ist auch die Würdigung des Leugnens als Strafschärfungsgrund. Dieser Aspekt taucht in rund einem Fünftel aller Urteile auf und ist somit der am viert häufigsten genannte Gesichtspunkt. Mit der Berücksichtigung des Selbstbegünstigungsprinzips konnte ein leugnender Soldat vor einem Kriegsgericht der Wehrmacht grundsätzlich nicht rechnen.¹⁵⁷ Dies galt in zweierlei Hinsicht. Einmal wurde das Missfallen der Richter sehr deutlich spürbar, wenn der Täter log und womöglich infolgedessen auch noch mit feindstaatlichen Zeugen konfrontiert werden musste, was das Ansehen der Wehrmacht im Außenverhältnis weiter schädigen musste. Aber auch davon abgesehen widersprach es den Gesetzen der Mannhaftigkeit und dem Idealbild vom Soldatentum, das vielen Richtern offenbar vorschwebte.¹⁵⁸ Dieses Odium der Ehr- und Charakterlosigkeit schwang in einigen Urteilsbegründungen deutlich spürbar mit. Zudem empfand man es als Peinlichkeit, wenn einem lügenden deutschen Soldaten öffentlich die Aussagen feindstaatlicher Zivilisten korrigierend entgegengestellt werden mussten.

5. Der Fall März, BA-ZNS-S 243

Wie bereits ausgeführt wurde, gab es entgegen Wüllners Behauptungen auch Zuchthausurteile zum Schutz der

sowjetischen Zivilbevölkerung und dies keineswegs nur bei Kapitalverbrechen wie Mord.

Ende Juli 1941 lag die Einheit des Panzerschützen März in einem Wald bei dem russischen Dorf Worotyschino. März hatte die Aufgabe, am Dorfbrunnen Wasser für seine Truppe zu holen. Im Dorf betrat er ein Haus und nahm dort der Einwohnerin eine Decke weg, obwohl er bereits zwei besaß. Ein paar Tage später ging er in ein weiteres Haus und wollte dort die S. unter Vorlage von 5 Rubel und 1 RM dazu bringen, ihm ihre Uhr zu geben, die sie auf seine Veranlassung hin abgenommen hatte. Die S. wollte ihre Uhr behalten und schob das Geld zurück. Gleichwohl nahm der März die Uhr und verschwand. Einen Tag später trieb er unter Drohung mit der Pistole drei Russinnen zusammen und zwang sie sich auszuziehen. Danach ließ er sie gehen. Wenig später wies er unter Vorhalten seiner Pistole zwei weitere Frauen an, in ein Haus zu gehen, in dem sich bereits zwei Frauen aufhielten. Während er die seiner Meinung nach Ansprechendste von ihnen, die M., beiseite treten ließ, zwang er die anderen drei mit der Pistole sich auszuziehen. Danach konnten sie sich wieder anziehen und gehen. Unter vorgehaltener Pistole musste sich nun auch die M. ausziehen. Er betastete sie und zwang sie, ihn zu küssen und sich über ein Bett zu legen. Hierauf übte er den Geschlechtsverkehr mit ihr aus, wobei die Pistole griffbereit neben ihm lag.

Die Tat kam – wie häufig im Osten – durch einen deutschen Offizier auf, der die Angelegenheit gerüchteweise erfahren hatte. März hatte zunächst alles geleugnet, danach einiges zugegeben, nachdem er mit den Aussagen konfrontiert worden war. Das Gericht erkannte wegen Notzucht, Nötigung in zwei Fällen und Plünderung in zwei Fällen auf eine Zuchthausstrafe von drei Jahren. Die entwendeten Gegenstände wurden den Opfern zurückgegeben. Die Strafe wurde wie folgt begründet: „Sowohl die Notzucht wie die beiden Fälle der Nötigung müssen als außerordentlich schwerwiegend betrachtet werden. Selbst wenn man berücksichtigt, dass die Geschlechtshere der Frau nach russischen Begriffen anders gewertet wird als nach deutscher Anschauung, so waren die Handlungen des Angeklagten derart schamlos, dass sie zweifelsohne auch von den Russinnen als im höchsten Grade schamverletzend empfunden wurden. Der Angeklagte hat ferner durch seine Handlungen nicht nur das gute Einvernehmen zwischen den deutschen Truppen und den Dorfbewohnern von Worotyschino gestört, sondern darüber das Ansehen der deutschen Wehrmacht auf das Empfindlichste geschädigt. Derartige Straftaten, wie der Angeklagte sie sich hat zuschulden kommen lassen, werden natürlich von der Zivilbevölkerung von Mund zu Mund weiterverbreitet und verallgemeinert, so dass das, was der Angeklagte getan hat, an den deutschen Soldaten schlechthin hängen bleibt. Die Persönlichkeit des Angeklagten verdient keinerlei Milde. Er hat sich als Soldat außerordentlich schlecht geführt und vermag keinerlei militärische Leistungen und Verdienste aufzuzeigen. Alle Erziehungsmaßnahmen der Truppe und alle Disziplinarstrafen sind bei ihm erfolglos geblieben. Auch sein sechsmonatiger Aufenthalt in einer Sonderabteilung hat nichts

¹⁵⁵ BA-MA-RH 14/v.30; Der Oberbefehlshaber des Heeres, Az. 458 GenQu (III) GenStdH, Nr. 16098/ 40, „Betr.: Notzuchtsverbrechen“, 5. Juli 1940.

¹⁵⁶ - BA-ZNS-S 258; Urteil des Feldkriegsgerichtes der Korps-Abteilung II vom 5. Mai 1944 im Felde.

¹⁵⁷ BA-ZNS-S 247; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 214. Inf.-Division vom 28. Dezember 1944 zu Ciepielow.

¹⁵⁸ Lediglich einmal beanstandete ein Rechtsgutachter der 159. Res.-Division explizit diese Praxis, dem Täter sein Nachtatverhalten anzulasten (vgl. Rechtsgutachten zum Urteil des Feldkriegsgerichtes der 159. Res.-Division vom 1. Dezember 1942 zu Troyes, BA-ZNS-P 186).

¹⁵⁸ Erwartet wurde, streng bei der Wahrheit zu bleiben, männlich seine Tat zu bekennen, standhaft die Strafe auf sich zu nehmen und zu einem geordneten Leben zurückzufinden.

BA-MA-RHD 6/39/5; OKW, Quellensammlung Teil I, S. 65.

gefruchtet. Obwohl ihm nach Rückkunft aus der Sonderabteilung von seinem Kompaniechef dringend ans Herz gelegt worden ist, sich zusammenzureißen und durch Pflichtverletzung und gute Führung sein bisheriges Versagen auszuwetzen, hat der Angeklagte sich nicht nur nicht bewährt, sondern die Kriegsverhältnisse zur Begehung der vorliegenden strafbaren Handlungen ausgenutzt. Der Angeklagte erscheint hiernach als ein unverbesserlicher Charakter, den die ganze Schärfe des Gesetzes treffen muss. Die Möglichkeit, sich wenigstens durch ein Geständnis mildernde Umstände zu verschaffen, hat der Angeklagte ebenfalls ungenutzt vorübergehen lassen, obwohl ihm wenige Tage vor der Hauptverhandlung vom Richter in eindringlichster Form vorgehalten worden ist, dass er, wenn er der Täter sei, durch ein reumütiges Geständnis seine Lage nur verbessern würde, dass er aber jeglichen Anspruch auf Milde sich verscherzen würde, wenn er wahrheitswidrig leugnen und es erst auf eine Gegenüberstellung mit den russischen Zeuginnen in der Hauptverhandlung ankommen lassen würde. Durch sein Weiterleugnen hat der Angeklagte zugleich bewiesen, dass er keine Spur von Mitgefühl hat, denn sonst hätte er empfinden müssen, wie unwürdig es ist, wenn ein deutscher Soldat im besetzten Feindesland sich von den Angehörigen des Feindstaates überführen lassen muss. Hiernach war es ausgeschlossen, dem Angeklagten bei der Bestrafung des Verbrechens der Notzucht etwa mildernde Umstände zuzubilligen und demzufolge auf Gefängnis zu erkennen.“

Auch hier tauchen wieder viele vertraute Gesichtspunkte auf: Typisch ist die mit diversen Vorurteilen gegenüber Frauen anderer Völker verbundene Verklärung der deutschen Frau. Während man zum Beispiel „sowjetischen Frauen“ quasi eine größere Robustheit unterstellte, sollten Französinen zur Liederlichkeit neigen; auch Italienerinnen waren nicht ganz einwandfrei. Bei Britinnen und Norwegerinnen hielt man sich hingegen zurück. Auch das Ansehen der Wehrmacht und das bis dahin ungetrübt Verhältnis zur Zivilbevölkerung wurden wieder angeführt. Ebenso typisch sind die Ausführungen zum Leugnen des Täters, das mit dem Ehrgefühl des deutschen Soldaten, so wie man ihn gerne sehen wollte, unvereinbar sei. Dieses Urteil ist also außerordentlich typisch und zeigt gut, wo die Grenze zwischen Gefängnis und Zuchthaus verlief. Bei einem gut beurteilten und nicht vorbestraften Soldaten, der im Prozess sofort „mannhaft“ gestand, war das Erkennen auf Zuchthaus so gut wie ausgeschlossen. Solche Täter konnten auch bei Taten mit hohem Unwertgehalt mit größtem Wohlwollen und Ausschöpfung aller juristischen Möglichkeiten¹⁵⁹

¹⁵⁹ Rechtstechnisch boten sich vor allem drei Möglichkeiten an: Die Annahme eines minderschweren Falles, so er denn gesetzlich vorgesehen war. Bei vorsätzlichen Tötungsdelikten zum Beispiel kam hier § 213 RStGB zum Zuge. Eine weitere Möglichkeit war die Ausnutzung des im deutschen Strafrecht angelegten Graubereiches zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit. Der schwächsten Stufe des Vorsatzes, dem bedingten, und der stärksten der Fahrlässigkeit, also der bewussten, ist auf kognitiver Ebene ein Für-möglich-halten der Tatbestandsverwirklichung gemein. Sie unterscheiden sich jedoch insoweit, als der Vorsatz als voluntatives Element nach hM ein Billigen erfordert, wohingegen die bewusste Fahrlässigkeit bereits ein Vertrauen darauf, dass der tatbestandliche Erfolg nicht eintreten werde, genügen lässt. Hier hatten die Richter erheblichen

rechnen. Und wurde ihnen dies von den Gerichten einmal versagt, erging eben eine entsprechende Gnaden- oder Vollstreckungsentscheidung. Hier hingegen merkte der Rechtsgutachter nur an, dass das Urteil „hart, aber angemessen“ sei. Der Divisionskommandeur bestätigte in seiner Eigenschaft als Gerichtsherr das Urteil und ordnete eigens an, dass die in die Zeit des Krieges fallende Strafverbüßung nicht auf die erkannte Strafe angerechnet werden sollte. Das war die maximale Härte.

6. Der Fall Gruhn, BA-ZNS-P 301

Die Mehrzahl der Fälle, mit denen die Kriegsgesichte bei der Aburteilung von Übergriffen befasst waren, waren Plünderungen von Bedarfsgegenständen, insbesondere Lebensmitteln. Dabei hing es stark vom Vorsitzenden, der das Urteil abzufassen hatte, ab, ob eher die gestörten staatlichen Requisitionsinteressen oder die negativen Auswirkungen der Tat auf das Verhältnis zur Zivilbevölkerung herausgestrichen wurden. Jedenfalls waren diese beiden Aspekte wohl die wichtigsten Gründe dafür, dass – entgegen anderslautenden Behauptungen – auch im Osten Plünderungen verfolgt wurden, sofern sie nicht über 129 III MStGB ohnehin straflos waren (Notplünderung). Da die Strafen für die vielen kleineren Lebensmittel- oder Ramschplünderungen üblicherweise nur knapp über der Mindeststrafe von sechs Wochen Gefängnis lagen, kam es freilich oftmals vor, dass der Vorgang per Strafverfügung oder über den Gerichtsbarkeitserlass gar nur disziplinarisch abgehandelt wurde. Allerdings wurden auch noch im August 1944 zwei Soldaten wegen gemeinschaftlicher Plünderung in der Sowjetunion zu je fünf Jahren Gefängnis verurteilt.¹⁶⁰

Von besonderem Interesse ist aufgrund der Opfer allerdings der Fall Gruhn. Am 10. Dezember 1940 wollte Gruhn bei den beiden Polen G. und W. Stoffe und Leder kaufen. Diesen verwiesen ihn jedoch an den Juden Holzberg. In Begleitung der beiden Polen, denen er etwas von der Beute überlassen wollte, ging er zu Holzberg und verprügelte diesen, als er das Nachgefragte nicht herausgab. Danach durchsuchten der Angeklagte und W. das Haus, nahmen dem Holzberg ein Paar Schuhe, einen Schuhspanner und nägelschlagene Stiefelsohlen weg, gaben die Beute in einen Korb und ließen diesen dann auch noch vom Opfer tragen. G. zeigte dem Trupp nun die nächste Wohnung, die vom Juden Waldbaum bewohnt wurde. Auch hier spielte sich derselbe Vorgang ab. Der Angeklagte verlangte Stoffe und verprügelte den Waldbaum, als er keine erhielt. Danach durchsuchte er mit W. das Haus. Sie nahmen sich zwei Hosen, drei Jacken, einen alten Schülermantel, schwarze Watteline, eine „Joppe“, einen Vorhang und drei Stoffreste. Draußen überließ der Angeklagte dem W. mangels Interesses die Beute.

Zwar erhielten die beiden Opfer die Gegenstände später von den Behörden zurück. Als aber die Juden im Mai

Spielraum. Dies gilt auch für die dritte Möglichkeit, also die Anwendung des § 51 RStGB bei Trunkenheitstaten.

¹⁶⁰ BA-ZNS-P 300; Urteil des Feldkriegsgerichtes der 214. Inf.-Division vom 9. August 1944 zu Lipako.

Die Täter hatten ein Schwein, Bekleidungs- und Stoffwaren, darunter ein Pelzmantel, und andere Gegenstände, vor allem Besteck, geplündert. Auch hier bekamen die Eigentümer ihre Sachen zurück.

1941 zur Sitzung als Zeugen geladen werden sollten, was im Übrigen keineswegs selbstverständlich war und von nationalsozialistischen Richtern auch abgelehnt wurde, waren diese nicht mehr vorzufinden. Das Urteilsprotokoll merkt hierzu nur vielsagend an: „Die Zeugen Waldbaum und Holzberg waren nicht erschienen. Sie konnten in ihren Wohnungen nicht aufgefunden werden. Über ihren Verbleib war nichts bekannt.“

Gruhn war allerdings geständig und räumte ein, Holzberg und Waldbaum verprügelt und sich an der Wegnahme der Sachen beteiligt zu haben. Gleichwohl zeigten seine Richter wenig Verständnis und verurteilten ihn zu einer deutlich über dem üblichen Maß liegenden Gefängnisstrafe von einem Jahr. Auch der Gerichtsherr zeigte wenig Nachsicht und ordnete die volle Vollstreckung der Strafe an. Die Urteilsbegründung war auffällig kurz und umschiffte die politischen Bezüge kurzerhand. Auf die noch brisantere Körperverletzung gegenüber einem Juden brauchte man nicht einzugehen, da schon keine Strafanträge vorlagen. „Der Angeklagte ist geständig, nachdem er anfänglich seine Tat zu beschönigen und alles auf W[...] abzuwälzen versuchte. Er gibt aber jetzt zu, die Juden verprügelt und sich bei der Wegnahme der Sachen beteiligt zu haben. Er hat sonach im Felde unter Ausnutzung der Kriegsverhältnisse Sachen eines Einwohners an sich genommen, um sie sich und einem anderen rechtswidrig zuzueignen – militärisches Verbrechen der Plünderung nach § 129 MStGB.“ Bei der Begründung der Strafhöhe wurden wieder sehr typische Aspekte angeführt, nämlich Vorstrafenstatus, Schädigung des Ansehens der Wehrmacht und die Straftatbegehung zusammen mit zwei Polen. Letzteres war ein Punkt, der in solchen Konstellationen immer wieder einmal genannt wurde (wie auch im nachfolgenden Fall) und der den mindestens latenten Chauvinismus vieler Richter gegenüber Polen und Russen dokumentiert. Dass ein Russe oder Pole – anders als ein Brite oder Norweger – mit einem Deutschen kulturell nicht auf einer Stufe stehe – schon gar nicht als Zivilist – und man sich daher auch nicht mit diesen gemein zu machen habe, war wohl eine verbreitete Auffassung, die immer wieder unterschwellig mitschwang; auch bei Richtern, die keine Nationalsozialisten waren und die durchaus ihr Mitleid mit den Opfern und ihre Verachtung für den Täter zum Ausdruck brachten.

7. Der Fall Kellertshofer, BA-ZNS-P 398

Die Mindeststrafe bei Plünderung war sechs Wochen Gefängnis und reichte damit fast bis in den Disziplinarstrafbereich herunter. Plünderung stand damit nicht in einer Reihe mit Delikten wie Totschlag und Vergewaltigung, bei denen grundsätzlich schon die Mindeststrafe Zuchthaus war, und erst recht nicht mit Mord, auf den die Todesstrafe stand. Dennoch finden sich selbst für Plünderungen in der Sowjetunion Zuchthausurteile. Der vorliegende Fall Kellertshofer bringt dabei wieder typische Argumentationslinien zum Vorschein:

Der bereits mit zwei militärstrafgerichtlichen Verurteilungen wegen Diebstahls und militärischer Unterschlagung vorbestrafte Flieger Kellertshofer hatte den Auftrag,

bei der ukrainischen Zivilbevölkerung Lebensmittel anzukaufen, wofür ihm drei russische Kriegsgefangene mitgegeben wurden. Am 28. August 1941 ging er in einem Dorf in der Nähe von Winniza zusammen mit einem Kriegsgefangenen in das Haus der H., wobei er eine Pistole in der Hand hielt, die man ihm zur Bewachung der Kriegsgefangenen mitgegeben hatte. Dort wühlte er herum und nahm schließlich eine Handtasche, die er dem Kriegsgefangenen zur Aufbewahrung gab. Selbiges ereignete sich auch im Hause der G., nur dass Kellertshofer hier ein Grammophon mitnehmen wollte. Die G. wies darauf hin, dass sie das Grammophon brauche, um mit dem Erlös Brot zu kaufen. Daraufhin gab ihr Kellertshofer eine gefälschte Bescheinigung, auf der der Erhalt von Brot und Brennholz zugesagt waren. Tatsächlich brachte er ihr am Nachmittag vier Kommissbrote. Zwischen 13 und 14 Uhr kam Kellertshofer zusammen mit einem Kriegsgefangenen in das Haus der O. Dort schaute er sich um, nahm eine Gitarre an sich, legte sich auf das Bett und lud seine Pistole nach. Dann gab er dem russischen Kriegsgefangenen ein Zeichen, die Gitarre mitzunehmen.

Am 29. war der Täter wieder mit den drei Kriegsgefangenen zu Einkaufszwecken unterwegs. Bei der S. nahm er einen Fotoapparat mit, wobei er die Pistole in der Hand gehalten hatte, und stellte ihr eine gefälschte Quittung aus. Im Hause der M. nahm er in deren Anwesenheit einige Schulhefte und Bleistifte weg. Als die Frau zurückkam und 100 Rubel fehlten, eilte sie dem Kellertshofer nach und hielt ihm den Verlust des Geldes vor. Kellertshofer und die Gefangenen hielten ihre leeren Geldbörsen vor. Dabei spielte Kellertshofer mit seiner Pistole. Zusammen mit der Frau durchsuchte er die Wohnung nach dem Geld, wobei er auch hier mit der Pistole herumhantierte. Währenddessen waren vor dem Hause 15 Ukrainer zusammengelaufen, weil sich herumgesprachen hatte, dass ein deutscher Soldat 100 Rubel weggenommen habe. Kellertshofer trieb die Ansammlung mit vorgehaltener Pistole auseinander. Er gab später zu, dass er alles mitnehmen wollte, was ihm mitnehmerswert erschien. Die Wegnahme der 100 Rubel leugnete er aber ab. Allerdings habe ihm einer der Kriegsgefangenen 90 Rubel geborgt, weshalb er diesen als Täter in Verdacht habe. Bei anderen Ukrainern waren 60 Grammophonplatten und Lebensmittel weggenommen worden. Auch hier bestritt er die Täterschaft.

Seit dem 29. August 1941 befand sich Kellertshofer in Untersuchungshaft. Er wurde wegen fortgesetzter Plünderung gem. § 129 I, II MStGB unter Aberkennung der Wehrwürdigkeit zu einem Jahr und drei Monate Zuchthaus verurteilt. Die von ihm weggenommenen Gegenstände wurden den Eigentümern wieder zurückgegeben. Der Sachverhalt wurde aufgrund der verlesenen Angaben der ukrainischen Zeuginnen festgestellt, deren Richtigkeit der Täter zugab. Es wurde unter Anwendung der mittlerweile überholten Rechtsfigur des Fortsetzungszusammenhangs auf einen Fall der Plünderung erkannt, da den Taten ein einheitlicher Vorsatz zugrunde gelegen habe. Wegen der gefälschten Belege war keine Anklage erhoben worden. Die Strafe wurde wie folgt begründet:

„Bei der Strafzumessung musste ein besonders schwerer Fall im Sinne des § 129 MStGB bejaht werden. Dafür war vor allem die Art der Ausführung der Plünderung und der Vorsatz des Angeklagten entscheidend, ohne irgend eine Begrenzung den Einwohnern fortgesetzt alles wegzunehmen, was ihm gerade passte, auch wenn der Angeklagte selbst die Gegenstände gar nicht brauchte. Der Angeklagte hat aus reiner verbrecherischer Neigung gehandelt, die auch durch die zwei einschlägigen Vorstrafen erwiesen wird. Er hat rücksichtslos den verletzten Einwohnern das Wenige, das sie sich in Sowjetrußland erwerben konnten, aus reiner Freude am Plündern weggenommen. Auch die ständige Demonstration mit der Pistole und die in der Bevölkerung hervorgerufene Unruhe macht die Plünderung des Angeklagten besonders schwer. Hinzu kommt aber vor allem, dass der Angeklagte sich als deutscher Soldat nicht geschämt hat, auch noch drei gefangene Sowjetrussen als Gehilfen bei seinen schon an sich gemeinen Taten zuzuziehen. Er hat sich damit mit diesen Bolschewisten auf eine Stufe gestellt und es, wenn auch vermutlich ohne sein Wissen, ermöglicht, dass ein Gefangener sogar mitgeplündert hat. Diese maßlose Würdelosigkeit macht den Angeklagten als deutschen Soldaten für die Zukunft unmöglich. Es musste auf eine Zuchthausstrafe erkannt werden, um durch Aberkennung der Wehrwürdigkeit zwischen jedem Angehörigen der Wehrmacht und dem Angeklagten einen klaren Trennungsstrich zu ziehen. Bei der Höhe der Zuchthausstrafe konnte berücksichtigt werden, dass der materielle Schaden nicht erheblich ist, dass der Angeklagte noch verhältnismäßig jung und geistig beschränkt ist und dass es sich um seine erste Zuchthausstrafe handelt. Das Feldgericht glaubte aus diesen Gründen, eine Zuchthausstrafe von einem Jahr und drei Monaten als schuldentsprechende und angemessene Sühne ansehen zu können. Die Verhängung der Zuchthausstrafe hatte den gleichzeitig ausgesprochenen Verlust der Wehrwürdigkeit zur Folge. Von einer Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte wurde mit Rücksicht darauf, dass es sich um die erste schwere Strafe des Angeklagten handelt, Abstand genommen. Dagegen musste dem Angeklagten eine Anrechnung der Untersuchungshaft versagt bleiben, da er anfänglich geleugnet hatte und auch während der Verhandlung zunächst wiederholt versuchte, sein früheres Geständnis einzuschränken.“

Der Chef der Luftflotte 4, Generaloberst Löhr, bestätigte das Urteil, überließ die Strafvollstreckungsentscheidung dem Gerichtsherrn und verfügte, dass die in die Kriegszeit fallende Strafvollstreckung nicht angerechnet werden durfte.

Auch dieses Urteil enthält Begründungselemente, die häufiger auftauchen: Einerseits schwang in den Ausführungen durchaus eine Art Mitgefühl mit der verletzten sowjetischen Zivilbevölkerung mit, andererseits legte man als Ausdruck des eigenen Selbstverständnisses auf eine klare Abgrenzung zwischen Deutschem und „Bolschewiken“ Wert. Auch das Leugnen wurde hier wieder angesprochen. Abgesehen von der hohen Strafe ist auch dieser Fall so typisch wie ambivalent und zeigt, wie sehr auch die Richter nur Kinder ihrer Zeit waren.

Was nun die eingangs angesprochene Entscheidung des Bundestages über die pauschale Aufhebung von Urteilen der Militärgerichte angeht, ist Folgendes anzumerken: Auch wenn man dem eigenen Forschungsbereich damit gewissermaßen die Grundlage entzieht, muss man feststellen, dass die Verfahren – zufällig ausgewählt und in größerer Breite betrachtet – sehr viel unspektakulärer sind als man das ausgehend von diversen einzelfallorientierten Veröffentlichungen vielleicht erwarten könnte. Selbst der berühmte Homosexuellenparagraph 175 RStGB warf für den Ostbestand nur einige dutzend Fälle aus, die sich vom Strafmaß her zudem meist im Bagatellbereich bewegten. Auch politische oder weltanschauliche Ausführungen waren eher selten. Allerdings muss man auch sagen, dass die Gerichte die damals geltenden Gesetze umsetzen mussten und dies auch taten. Auf Fahnenflucht stand die Todesstrafe. Todeswürdige Verbrechen waren nach damaliger Gesetzeslage ebenso Plünderungen im freigemachten Reichsgebiet, bewaffneter Raub oder bewaffnete Notzucht auf dem Gebiet des Großdeutschen Reiches oder bewaffnete Angriffe gegen Organe der Besatzungsmacht in Frankreich. Auch wenn sich zum Beispiel in den wenigen erhalten gebliebenen S-Akten des Ostbestandes für das Reichsgebiet keine Todesurteile in Anwendung der Volksschädlings- oder der Gewaltverbrecherverordnung finden, kann kein Zweifel daran bestehen, dass sie bei solchen Taten gefällt wurden. Auch integeren Richtern, die Hitler 1933 nicht gewählt hatten oder diese Entscheidung in den Weiten der Sowjetunion längst bereuten, wird es nicht immer möglich gewesen sein, etwa über die Anwendung des Trunkenheitsparagraphen 51 II RStGB von rechtsstaatswidrigen, aber für die Gerichte verbindlichen Regelstrafen wegzukommen. Wie auch? Insoweit manifestierte sich das in der Gesetzeslage bereits angelegte Unrecht. Es gilt also künftig genau hinzusehen: Im Abstrakten bei Urteilen, die fragwürdige Gesetze umsetzten, und im Konkreten bei Urteilen, in denen sich erkennbar überzeugte Nationalsozialisten auslebten. Niemals darf es aber sein, dass etwa ein Herr Drechsel, der ein 17jähriges russisches Mädchen brutal misshandelt und anschließend ermordet hat, später aber vor seiner Exekution fliehen konnte, heute von einer Pauschalaufthebung profitieren kann oder mit dem Hinweis, als Fahnenflüchtiger Hitlers Schergen entkommen zu sein, in den Genuss einer wie auch immer gearteten staatlichen Sonderrente kommt. Dies ist aber keineswegs abwegig.

Literaturverzeichnis

Bartov, Omer: Hitlers Wehrmacht, 2. Auflage, Reinbek (2001).

Beck, Birgit: Wehrmacht und sexuelle Gewalt, Paderborn (2004).

Block, Just: Die Ausschaltung und Beschränkung der deutschen ordentlichen Militärgerichtsbarkeit während des Zweiten Weltkrieges, Würzburg (1967).

De Zayas, Alfred: Die Rechtsprechung der Wehrmachtsgewalt zum Schutze der Zivilbevölkerung in den besetzten Gebieten 1939-1945, in: Humanitäres Völkerrecht 1994, Heft 3, S. 118-124.

De Zayas, Alfred: Die Wehrmacht-Untersuchungsstelle, 7. erweiterte Auflage, München (2001).

Guderian, Heinz: Erinnerungen eines Soldaten, 18. Auflage, Stuttgart (2003).

Hannemann, Ludwig: Die Justiz der Kriegsmarine 1939 – 1945, Regensburg (1993).

Hartmann, Christian: Verbrecherischer Krieg – verbrecherische Wehrmacht? (in: Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte, Sonderdruck 1/2004).

Heer, Hannes: Vernichtungskrieg, Verbrechen der Wehrmacht 1941 bis 1944, 8. Auflage, Frankfurt am Main (1997).

Hennicke, Otto: Auszüge aus der Wehrmachtkriminalstatistik, in: Zeitschrift für Militärgeschichte Heft 4 (1966).

Hennicke, Otto: Zu den Menschenverlusten der faschistischen deutschen Wehrmacht im zweiten Weltkrieg, Berlin (1967).

Huber, Christian Thomas: Die Rechtsprechung der deutschen Feldkriegsgerichte bei Straftaten von Wehrmachtsoldaten gegen Angehörige der Zivilbevölkerung in den besetzten Gebieten, Marburg (2007).

Jochmann, Werner: Monologe im Führerhauptquartier 1941 – 1944, Hamburg (1980).

Manstein, Erich von: Verlorene Siege, Bonn (1993).

Messerschmidt, Manfred: Die Wehrmachtsjustiz im Dienste des Nationalsozialismus, Baden-Baden (1987).

Poepfel, Hans: Die Soldaten der Wehrmacht, 6. Auflage, München (2000).

Raht, Günter: Kriegsrecht für den Feldoffizier, 3. Auflage, Berlin (1944).

Rass, Christoph: „Menschenmaterial“: Deutsche Soldaten an der Ostfront, Paderborn (2003).

Römer, Felix: Der Kriegsgerichtsbarkeitserlass im Ostheer (in: Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte, Sonderdruck 1/2008).

Schwinge, Erich: Die Urteile der Militärstrafjustiz „offensichtlich unrechtmäßig“, in NJW 1993, S. 368 f.

Walmrath, Lothar: Justitia et disciplina. Strafgerichtsbarkeit in der deutschen Kriegsmarine 1939-1945, Frankfurt/Main (1998).

Wüllner, Fritz: Die NS-Militärjustiz und das Elend der Geschichtsschreibung. Ein grundlegender Forschungsbericht, 2. durchgesehene und ergänzte Auflage, Baden-Baden (1997).

Übersichten

Zuständigkeiten im Bestätigungsverfahren ab dem Juni 1941				
	Todesstrafe	Zucht- oder Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren	Zucht- oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren	Freispruch, Geldstrafe, Zucht- oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr
Generale und Admirale	Hitler, 80 Nr. 1b KStVO			
Sonstige Offiziere	Hitler, 80 Nr. 1a KStVO	Oberbefehlshaber des Heeres	Oberbefehlshaber des Heeres	Oberbefehlshaber der Armee
Unteroffiziere, Mannschaften, Sonstige	Oberbefehlshaber der Armee, ausnahmsweise auch der Gerichtsherr		Gerichtsherr	

Fälle, die nach Berlin gingen, wurden nach Brauchitschs Abgang üblicherweise vom Chef des Oberkommandos der Wehrmacht, also von Keitel, erledigt. Keitel handelte hierbei in Ausübung der ihm von Hitler als Oberbefehlshaber des Heeres übertragenen Kompetenzen.

Zuständigkeiten im Gnadenverfahren ab dem Juni 1940				
	Todesstrafe	Freiheitsstrafen von mehr als 3 Jahren	Freiheitsstrafen von mehr als 6 Monaten bis zu 3 Jahren	Freiheitsstrafen bis zu 6 Monaten
Generale und Admirale	Hitler, 80 Nr. 1b KStVO			
Sonstige Offiziere	Hitler	Oberbefehlshaber des Heeres		Armeeoberbefehlshaber
Unteroffiziere, Mannschaften und Sonstige	Oberbefehlshaber des Heeres		Armeeoberbefehlshaber	

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.”¹ 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.² 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.³

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,⁴ and only one Supreme Court with general jurisdiction on top, the Norwegian court system is shaped as a pyramid.⁵ 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-

¹ 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.

² 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.

³ 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.

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

⁵ 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 appliance 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 1997.⁶ 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.⁷ 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.⁸ 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».⁹ At least the courts were treated as a nullity or not even mentioned in several of the constitutional drafts.¹⁰ 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.¹¹ 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 1845.¹² 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 impeachment¹³ and labour cases on collective bar-

⁶ 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.

⁷ Jørn Øyrehagen Sunde, “Fornuft og Erfarenhed” – Framveksten av metodisk medvit i dansknorsk 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 rätthistorisk forskning, Lund) 1998: 316-319, Lars Bjørne Den konstruktiva riktningen – Den nordiska rättsvetenskapens historia, 3. Volume: 1871-1910 (Institutet för rätthistorisk forskning, Lund) 2002: 317, and Lars Bjørne, Realism och skandinavisk realism – Den nordiska rättsvetenskapens historia, 4. Volume: 1911-1950 (Institutet för rätthistorisk 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.

⁸ See e.g. Henrik Østlid, Dommeratferd i dissenssaker, (Universitetsforlaget, Oslo) 1988, Asbjørn Kjønstad, “Trykderrettigheter, 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.

⁹ Charles Montesquieu, De l’esprit des lois, 1. volume (Garnier, Paris) 1961: 171.

¹⁰ 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.

¹¹ Christian Magnus Falsen, Norges Grundlov, gennemgaaet i Spørgsmaal og Svar (R. dahls Enke og Son, Bergen) 1816: 147-152.

¹² Jørn Øyrehagen Sunde, Speculum legale – rettsspejelen: Ein introduksjon til den norske rettskulturens historie (Fagbokforlaget, Bergen) 2005: 288.

¹³ 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-

gaining as the exception.¹⁴ By custom the Court has the right to perform judicial review of administrative decisions and legislation.

The Norwegian Constitution only states the almost unlimited jurisdiction of the Supreme Court,¹⁵ but does not bind the Court when exercising its jurisdiction. Hence the main restrictions on the Supreme Court in the Constitution are indirectly: Firstly all decisions in criminal cases have to be founded on law (*nulla poena sine lege*) and secondly a retroactive effect of law is prohibited (*ex post facto* law).¹⁶

According to the Constitution Supreme Court judges, as all judges, receive irremovable appointment,¹⁷ but they have to retire at 70 as all public officials.¹⁸

Judges might be suspended by trial alone,¹⁹ although no Supreme Court judge has been, so far. Supreme Court judges might, as members of Parliament and the cabinet, be punished by impeachment according to the Constitution. This has never happened either.²⁰

The Supreme Court consists of 19 judges and one Chief Justice who are appointed by the sitting cabinet. Only persons of 30 years or above can become Supreme Court judges, and the selection criteria have mainly been judicial qualifications. In 2001 former practice and career was to be taken into consideration, along with age, birth-place and gender.²¹

After 1885 the Supreme Court was only informally consulted before appointment.²² From 1990 onwards the appointments are made after announcement of vacancy, application and recommendation of an independent board,²³ and the arrangement was made permanent in 2001 with the establishment of a Judicial Appointments Board.²⁴ The recommendation of the Supreme Court was

formalized in the same year;²⁵ and from 2010 it is made public.

There are few and scattered rules in statutes on legal method. The overall legal method taught at Norwegian faculties of law has been based on the practice of the Norwegian Supreme Court for several decades.

The Supreme Court has discretionary jurisdiction, and an Appeals Selection Committee deals with both interlocutory orders and decisions.²⁶ The Committee might decide the matter, refuse or grant leave to appeal.²⁷ The Committee consists of three judges, and the judges of the Court serve on turn.

Only decisions concerning fundamental principles in civil cases and of great general importance in criminal cases might be appealed directly from the district courts.²⁸ The procedure of the Committee is normally written, and one of the 17 clerks at the Court prepares the cases for the three judges in the committee. Chair of the committee is always the most experienced judge.

Appeals can only be refused by a unanimous Appeals Selection Committee, and in almost all cases refusals are without reasoning.²⁹

The Appeals Selection Committee has the authority to only grant leave of appeal for parts of a case.³⁰ Further, the chairman of the case might in a preparatory meeting with the parties stress what the Supreme Court desires to be emphasised.³¹

Due to the workload, since 1905 the Supreme Court has been temporarily divided in two chambers, and from 1938 five judges serve on turn in each chamber.³²

The proceedings for the Supreme Court are oral. Evidence is presented by reading written records, and with

ister Vogt, in 1884 against prime minister Selmer and his cabinet, and in 1926-27 against prime minister Berge and his cabinet ministers Klingenberg, Michelet, Middelton, Holmboe, Venger and Weffring.

¹⁴ Lov om arbeidstvister (Act on Labour Conflicts) 05.05.1927 no. 1 art. 26.

¹⁵ Kongeriget Norges Grundlov (The Norwegian Constitution) of 17.05.1814 art. 88.

¹⁶ Kongeriget Norges Grundlov (The Norwegian Constitution) of 17.05.1814 art. 96 and 97.

¹⁷ Kongeriget Norges Grundlov (The Norwegian Constitution) of 17.05.1814 art.22. See as well «Domstolene i samfunnet», NOU no. 19 1999:172.

¹⁸ Lov om aldersgrenser for offentlige tenestemenn m.fl. (Act on Age Limit for Public Officials and Others) of 21.12.1956 no. 1 art. 2.

¹⁹ Lov om domstolene (Act on the Courts) of 13.08.1915 no. 5 art. 55, and also Lov om statens tjenestemenn m.m. (Act on Government Officials and Others) of 04.03.1983 no. 3 art. 17.

²⁰ Kongeriget Norges Grundlov (The Norwegian Constitution) of 17.05.1814 art. 86. In 2008 the Standing Committee on Scrutiny and Constitutional Affairs in the Parliament debated whether a number of Supreme Court judges should be impeached due to miscarriage of justice.

²¹ «Domstolene i samfunnet», NOU no. 19 1999:176-177.

²² Lov indeholdende Forandring i Lov om Høiesterett af 12te September 1818 (Act on Changes in the Law on the Supreme Court of 12. September 1818) of 22.05.1885.

²³ «Domstolene i samfunnet», NOU no. 19 1999:1173, and Lov om domstolene (Act on the Courts) of 13.08.1915 no. 5 art. 55a and 55b.

²⁴ Lov om domstolene (Act on the Courts) of 13.08.1915 no. 5 art.

55a, 55b, and 55c. See also the overview in Grendstad, Shaffer, Waltenburg 2010:78-80.

²⁵ Lov om domstolene (Act on the Courts) of 13.08.1915 no. 5 art. 55b. See as well «Domstolene i samfunnet», NOU no. 19 1999:173.

²⁶ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (The Dispute Act) of 17.06.2005 no. 90 art. 30-1.

²⁷ Lov om domstolene (Act on the Courts) of 13.08.1915 no. 5 art. 4.

²⁸ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (The Dispute Act) of 17.06.2005 no. 90 art. 30-2. Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Act on Criminal Procedure) of 22.05.1981 no. 25 art. 8. The Norwegian categorization of civil and criminal cases are the same as in the English common law tradition, where the category civil law embraces all law (including administrative law, labour law, trade law and civil procedural law) that is not criminal law and criminal procedural law.

²⁹ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (The Dispute Act) of 17.06.2005 no. 90 art. 20-4 and 30-5, and also 19-6 and 30-9, and Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Act on Criminal Procedure) of 22.05.1981 no. 25 art. 387a and 323; the refusal of an leave of appeal in a criminal case must be reasoned if the accused has been acquitted in the district court but later found guilty in a court of Appeal, and new claims have been made.

³⁰ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (The Dispute Act) of 17.06.2005 no. 90 art. 30-4, and Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Act on Criminal Procedure) of 22.05.1981 no. 25 art. 323.

³¹ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (The Dispute Act) of 17.06.2005 no. 90 art.9-4 and 11-5.

³² Lov indeholdende Forandringer i og Tillæg til Lovgivningen om Høiesteret (Acts on Changes in the Law on the Supreme Court) of 04.02.1905 art. 12, and Erling Sandmo, Siste Ord – Høiesterett i norsk historie 1905-1965 (J.W. Cappelen Forlag, Oslo) 2005: 34.

the exception of expert witnesses direct evidence is only occasionally accepted.³³

Due to the principles of the accusatory procedure, it is the parties that govern what legal issues to discuss and what evidence they present to the Court. But during the proceedings the chairman of the Chamber will usually interrupt to encourage elaboration on specific issues. After the procedure the judges might also research beyond the legal material that has been presented by the parties if they feel it is incomplete. But they do not receive assistance of the clerks that have prepared the case for the Appeal Selection Committee.³⁴

Since 1926 the Government has had a right to take part as a third party in all cases concerning the nullification of Norwegian law due to conflict with the Constitution.³⁵ In 2005 this right was expanded to include cases where Norwegian law might be nullified due to conflict with treaties ratified by the Parliament.³⁶

Since 1926 the Supreme Court has been supposed to meet in plenary sessions, referred to as Plenum, in cases concerning abandoning existing precedence, entangled legal questions and the relationship between law and constitution.³⁷ In 2005 this was expanded to include cases where a statute seems to be in conflict with treaties ratified by the Parliament. Since 2008 the Court has met in a Grand Chamber consisting of 11 judges in all cases of this kind when less grave.³⁸

The Chief Justice chairs the court if he is among the judges in chamber, and always in plenary sessions. The most experienced judge chairs the court during the chamber proceedings and during the counseling when the Chief Justice is not sitting in the tribunal.³⁹

The judges take turns writing the majority vote, but the chair might decide to abandon the order set up by the administration if the judge does not wholeheartedly support the vote. Dissenting votes are written by the dissenter or dissenters, since a case might be decided with more than one dissenting vote.

The Supreme Court has never been bound by its own precedence, but since 1926 it has been supposed to meet in plenary sessions when it might abandon previous precedence.⁴⁰ The votes cast might include an obiter dictum,

which has a binding force, but less than the ratio decidendi.

Both reasoning and conclusion in Supreme Court decisions have been public since 1864, and are published by the Norwegian Bar Association in *Norsk Retstidende*.⁴¹ Dissenting opinions are also published.

The function and work of the Norwegian Supreme Court is only to a small extent regulated by the Norwegian Constitution of 1814. Instead it is governed by a number of provisions in a handful of statutes, the internal administrative order of the Court and by custom. These regulations leave the Court with a great deal of independence; it has almost unlimited jurisdiction and performs judicial review of administrative decisions and legislation, it has a discretionary jurisdiction with a right to shape the accepted cases through several phases after granted leave of appeal. It also produces precedence at the top of a pyramidal structure of courts, with a right for each individual judge to influence the weight of each decision and to give legal political signals through dissenting votes. At the same time the Court operates in a legal system with only scattered provisions on legal methodological issues for sectors of the law alone, and with the method of law taught at the universities mirroring the method applied by the Supreme Court itself. Moreover, since 1845 there have been no serious ambitions beyond legal science to make codes of law. Therefore Norway has only a limited system of law binding the Supreme Court when interpreting and filling lacunas of law. This leaves the Norwegian Supreme Court very much in the position of a third State Power, despite the ambitions in 1814 of making it a nullity.

How the government and the Supreme Court phrase the role of the Court in the legal system and in society reflects this independent status. Since 1996 the Court has described its main task as «to ensure uniformity, clarity and development of law» in its yearly report to the Department of Justice. By making this the main task of the Supreme Court in the State Budget, the two other state powers have implicitly given its approval.⁴² A change came in 2005, when the Court's task was instead phrased «to ensure uniformity, clarity and development of law in cooperation with the lawmaker» by the Department of Justice in the proposal to a new statute on civil procedure.⁴³ And since 2006 the main task of the Supreme Court has been phrased like this in the yearly State Budget.⁴⁴ In two plenary decisions in 2010 the Supreme Court demonstrated that the emphasis on «in cooperation with the lawmaker» is the government's and not the Supreme Court's,⁴⁵ and the Court has not yet changed the phrasing

17.06.2005 no. 90 ??.

³³ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (The Dispute Act) of 17.06.2005 no. 90 art. 30-11, see also art. 26-2, and Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Act on Criminal Procedure) of 22.05.1981 no. 25 art. 340.

³⁴ This was tried once during the period Carsten Smith was Chief Justice, but the judges found the arrangement most unsatisfactory; interview with former Judge Jan Skåre at his home 27. September 2011.

³⁵ Lov om forandring i lovgivning om Høiesterett (Act on Changes in the Legislation Concerning the Supreme Court) of 25.06.1926 no. 2 art. 5.

³⁶ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (The Dispute Act) of 17.06.2005 no. 90 art. 30-13.

³⁷ Lov om forandring i lovgivning om Høiesterett (Act on Changes in the Legislation Concerning the Supreme Court) of 25.06.1926 no. 2 art. 1, 2 and 3.

³⁸ Lov om domstolene (Act on the Courts) of 13.08.1915 no. 5 art. 5.

³⁹ Lov om domstolene (Statues on the Courts) of 13.08.1915 no. 5 art. 4.

⁴⁰ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (The Dispute Act) of

⁴¹ Lov, indeholdende Forandringer i Lovgivningen om Høiesterett (Act on Changes in the Legislation Concerning the Supreme Court) of 11.04.1863, and Lov om domstolene (Act on the Courts) of 13.08.1915 no. 5 art. 124.

⁴² <http://www.domstol.no/en/Enkelt-domstol/-Norges-Hoyesterett/>.

⁴³ «Om lov om meekling og rettergang i sivile tvister», Odelstingsproposisjon (Ot.prp) no. 51 2004-2005: 14 and 302.

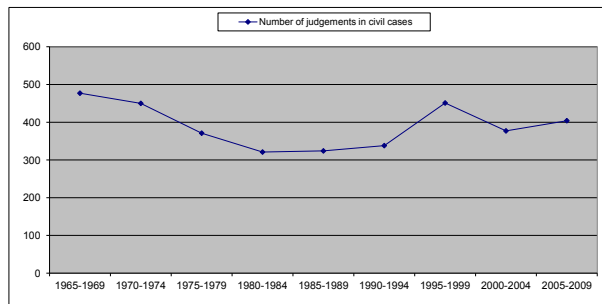
⁴⁴ Stortingsproposisjon no. 1 2006-2007: 63. (My cursivation).

⁴⁵ Norsk Retstidende (Den norske advokatforening, Oslo) 2010: 143-190 and 535-576.

of their task on their webpages to fit with the phrasing of the government.⁴⁶

How does such an independent court respond to and influence the society and legal system, in total the legal culture, that it is a part of? As stated above, this will be studied by looking at the dissent rate between 1965 and 2009. Dissenting votes are in themselves an expression of the independence of judges, since it is their right to formulate and publish their view in each case. And it is an expression of the independence of the Court; dissenting votes are closely linked to the Court as a norm producing body, since dissenting votes are a way to weaken precedence or to take a legal political stand on an issue in hope of changing the course of precedence in the future.

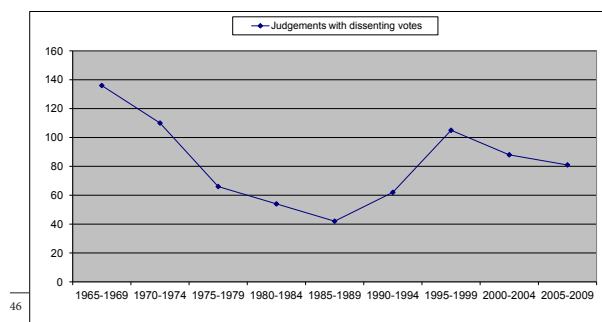
We will first look at dissent rate as something that is spurred by the caseload, and second as originating in a difference in political views. This will enable us to study the phenomenon from a strictly legal and from a political angle, seeing it as a matter of the entangled legal matters on stake or the opportunity to perform politics. The great independence of the Court will enable it to choose such a strict legal or political path that might be reflected in the dissent rate. Lastly we will study the dissent rate from a legal cultural angle, where the point will be to see how the strictly legal and political angle are woven into a web of pragmatic and ideological elements that changes over time together with changes in the structures and main elements of the legal culture in which the Court operates. It is an overall image of the Court we will be looking for, knowing that such an image is only overarching a series



of aspects of the Courts and of law worth examining.

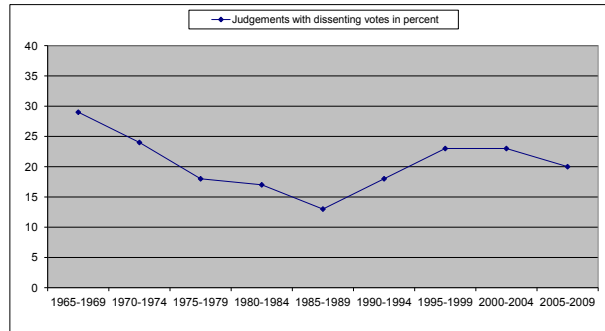
III. Dissenting votes in the Norwegian Supreme Court 1965-2009: The caseload- and legal politics-approach

Of the total of 13 201 cases dealt with by the Supreme Court between 1965 and 2009 there were dissenting votes in 744 civil and 751 criminal cases, which means that altogether 1495 cases were not decided unanimously. This again means that there were in total dissenting votes in



46

11.3% of all cases, and more specifically in 21.2% of all civil and 7.7% of all criminal cases. Hence, before venturing further into the universe of dissent, it ought to be kept in mind that generally the Norwegian Supreme Court decides unanimously. Even though the criteria for granting leave of appeal have changed over time it has always been the hardest cases that have been dealt with by



the Court. These are the cases where the different sources of law do not point to one single and/or indisputable solution. An overall dissent rate of 21.2% in civil cases and 7.7% in criminal cases is a signal of the degree of intersubjectivity that can be achieved through the legal method.

Back to dissenting votes: between 1965 and 2009 the number of decisions in civil cases per year in the Norwegian Supreme Court is ranging from 113 in 1966 as the all-time high and 57 in 1987 as the all-time low. There are large variations in the number of decisions from year to year; for instance from 66 in 1975 to 88 cases in 1976, and from 77 in 1996 to 103 cases in 1997. If we break the figures down in five year periods, we get a more clear line of development in the number of decisions in civil cases:

What we see is that the number of decisions in civil cases was steadily dropping from the beginning of the period till the early 1980s, before rapidly increasing in the early 1990s.

If we then look at the number of decisions with dissenting votes in civil cases between 1965 and 2009, again broken down in five years periods due to large yearly variations, we see the same pattern of decrease towards the early 1980s and an increase from the early 1990s.

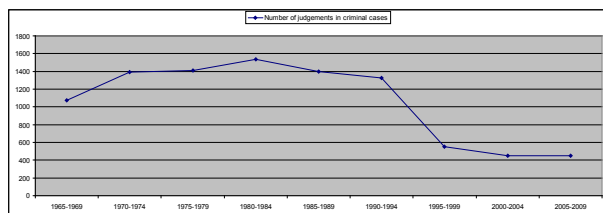
The less appeals granted leave by the Appeals Selection Committee, the more intriguing and complicated the cases should have been and hence the number of dissenting votes should rise. . But the figures above show that there is not an increase in the number of dissenting votes with a decrease of appeals between 1965 and 2009. Rather, the less appeals treated the lower the dissent rate.

This indicates that the dissent rate cannot be explained by looking at the caseload alone.

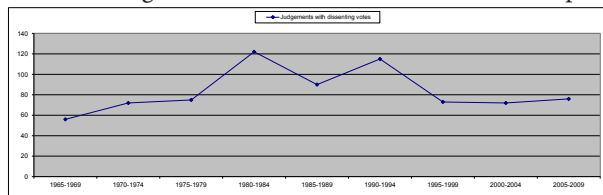
What about political sentiments and the dissent rate? Professor Gunnar Grendstad, the University of Bergen in Norway, and William R. Shaffer and Eric N. Waltenburg, Purdue University in USA, have claimed in two recent articles that judges in the Norwegian Supreme Court judge in accordance with the cabinet that appointed them, if

the state is a party.⁴⁷ Against this backdrop they conclude more generally that the judges in the Norwegian Supreme Court “are free to act consistently with their policy preferences.”⁴⁸ Due to this, Grendstad et al. even speak of “social democratic justices” and “non-socialist justices.”⁴⁹

Norway, with its parliamentary system, has been governed by 22 cabinets since 1945. Cabinets formed by the social democratic Labour Party, or dominated by this party⁵⁰ have governed Norway for 2/3 of the post war period, while cabinets formed by parties on the centre or right wing of the political scale have governed the country for the remaining 1/3 of the period.⁵¹ From 1965 till 1968 almost 90% of all judges were appointed by the Labour Party or by a Labour Party dominated cabinet. Only



in the period 2002 till 2008 was the percentage below 70, with 58% in 2004 as the all-time low. This means e.g. that a drop in the dissent rate from a five-year average of 27% between 1965 to 1969 to 8% between 1985 to 1989 would be due to the drop in judges appointed by a socialist cabinet from 83% to 81%. This can hardly be the case. If the judges in the Supreme Court “are free to act consistently with their policy preferences,”⁵² they do not seem to do so when we compare dissent rate and appointing cabinets. This is even true when we take into account that Grendstad et al. based their largest study from 2011 on civil cases concerning economic issues and with the state as par-



ty, while this overview concerns all kinds of civil cases.

The caseload and legal politics both seem to fail to explain the civil dissent rate in the Norwegian Supreme Court between 1965 and 2009. That a more complex approach must be applied becomes obvious when taking into account the dissenting votes in criminal cases. Let us

first look at the number of criminal cases treated by the Norwegian Supreme Court between 1965 and 2009:

Prior to the reform of criminal procedure coming into effect in August 1995, the number of decisions were only under 200 in 1967, and over 300 in 1973, 1978, 1980, 1983, 1984, 1985 and 1989, with an all-time high in 1982 with 367 cases. From 1996 the all-time high was 134 in 2004 and all-time low in 1997 with 54 criminal cases treated by the Supreme Court. Again there have been large variations, with for instance 241 decisions in criminal cases in 1981 and 367 the year after, and 87 criminal case decisions in 2002 and 107 in 2003. Therefore it is advantageous to review the numbers when broken down into five-year periods:

If we look at dissenting votes, we see that there is a certain correlation between civil and criminal cases granted leave of appeal, since the increase and decrease in criminal cases are to some extent inversely proportional.

Due to the large number of criminal cases prior to the reform coming into effect in August 1995 the numbers are quite incomparable. Therefore we should take a look at dissenting votes in percentage:

After being as high as 9% in 1980 and 1984, it climbed to 10% for the first time in 1991, and would only in 1993, 1994 and 1996 drop below this percentage.⁵³ The all-time high was in 1999 with 22%. This means that after the criminal procedure reform came into effect in 1995, enabling the Supreme Court to pick the more intricate cases for treatment as they had always done in civil cases, the dissent rate was high compared to the rest of the period between 1965 and 2009. The increase was already noticeable from 1991 onwards. Hence, neither the caseload can explain the change concerning the increased dissenting votes nor the political preferences identified by the cabinet offer a satisfying explanation. The real drop in number of judges appointed by a socialist cabinet was in 2002; it went down from 74% to 63%, and stayed this low till 2009, when it went up to 70%. This is a period with a high degree of dissenting votes. At the same time, the drop from close to 90% in 1965 to 1967 to just above 70% from 1971 to 1985 seems not to correspond. Especially around 1991 an increase in dissenting votes was noticeable. At that time a socialist cabinet governed Norway and appointed around 75% of the judges.

The caseload, as well as the political approach, play an important role in the Norwegian Supreme Court concerning the dissenting votes. However, there is one very important reservation: The political parties approach of Grendstad et al. is exchanged with a legal politics approach, which means that the politics performed are within the borders of the at any given time dominating trend within legal method.⁵⁴ Nevertheless, the plain and simple statistics illustrate that the two factors mentioned above play a considerable role in combination with other

⁴⁷ See Grendstad, Shaffer, Waltenburg 2010: 74-101, Grendstad, Shaffer, Waltenburg, 2011a: 3-22, and Gunnar Grendstad, William R. Shaffer, Eric N. Waltenburg, “Ikke til verden av politiske hvite storker”, *Lov og Rett* 2011b: 432-442.

⁴⁸ Grendstad, Shaffer, Waltenburg 2011: 7, see also p. 5.

⁴⁹ Grendstad, Shaffer, Waltenburg 2011a: 15.

⁵⁰ The Labour party have formed the cabinets alone except in 1945 and between 2005 and till today.

⁵¹ These parties are the Conservative Party, the Christian Democratic Party, the Centre Party and the Liberal Party. The Conservative Party formed a cabinet alone between 1981 and 1983, and has been in all non-social democratic cabinets except between 1997 and 2000.

⁵² Grendstad, Shaffer, Waltenburg 2011a: 7, see also p. 5.

⁵³ 1993: 9%, 1994: 8% and 1996: 7%.

⁵⁴ That the trends of legal method might change, and hence change the character of legal politics is an issue we will study later in this article.

factors. These factors might best be detected through a legal cultural approach.

IV. Legal culture as an analytical tool

Legal culture is an old phenomenon. From the Romans to the Church in the Middle Ages to Charles Montesquieu and the German Historical School of Law, the relationship between culture and law has been a theme. As a term, legal culture is of fairly recent origin, much applied to explain the outcome of encounters of law of different origins. At its worst, legal culture becomes just a label for the black hole of our knowledge, put on differences in law as a justification for not making further enquiries. At its best, legal culture is an analytical tool to dig out the complex relations within law and between law and other elements in human society.

A suitable definition of legal culture is “the ideas and expectations of law that are made operational by institutional(-like) practices.”⁵⁵ This definition was given by John Bell in 1994 and Lawrence M. Friedman in 1995.⁵⁶ At that time legal culture became more and more a topic within law. A definition of legal culture is only the beginning of transforming it from a label to an analytical tool. The next step is to split it into elements that are researchable. Konrad Zweigert and Heinz Kötz did this in relation to legal families in their “An Introduction to Comparative Law”.⁵⁷ In relation to legal culture this has been done by Mark van Hoecke and Mark Warrington in 1998 in their article on “Legal Culture, Legal Paradigms and Legal Doctrine”.⁵⁸ Instead of moving from legal culture to legal cultural elements, one can stop midway and divide legal culture into two structures. The first one can be labelled as an institutional structure, which shapes law through practising law. The second one is more of an intellectual structure that consists of the ideas and expectations the law applied in practice is based on. The institutional structure might be split into the main elements 1) conflict resolution and 2) norm production, while the intellectual structure might be split into the main elements 3) idea of justice, 4) legal method, 5) professionalization and 6) internationalization.⁵⁹ The institutional structure

is, then, much a question of who and how, while the intellectual structure is a question of what.

By splitting up legal culture into researchable elements like this, a legal cultural model is made. It must be kept in mind that a model never reflects the world, but is only an instrument to investigate it.

Firstly, the model is only a starting point for an examination where the researcher will have to decide what to include in each element, and if other elements have to be investigated as well. Secondly, the model is a model for investigation, and not for law. Therefore, it is not possible to deduce legal rules from it. The aim of the model is to contextualize law to achieve in-depth knowledge that without contextualizing could only be gained with difficulty, if gained at all.

The legal cultural model is much tied to the nation state. History displays a variety of differently-sized legal cultures, and the nation state, with its national and uniform law, is historically an abnormal state of affairs. However, the nation state is based on extremely strong and efficient structures for communication. This, combined with the role it has come to play in the minds of Europeans, has ensured that nation states have risen to become the most important legal cultural unit. Even nowadays nation-based legal cultures in Europe are strongly challenged by the trans-jurisdictional European Convention on Human Rights as well as EU law. The nation states are still the basic units within both. That is why legal culture might, but does not necessarily have to be tied to the nation state.

As we have seen above, two obvious approaches to explain the dissent rate in the Norwegian Supreme Court between 1965 and 2009 failed to do so alone. Let us instead ask if there have been any changes in this 45-year period in the role of the Norwegian Supreme Court when it comes to resolving conflicts and producing norms, and in the idea of justice and the legal method it applies when doing so. Moreover we have to examine if there have been any changes in the composition of the Supreme Court. Furthermore we have to analyse how the Supreme Court communicates with lawyers (a wide interpretation of professionalization). Apart from that we will take a look at the internationalization of law.

V. The Norwegian Supreme Court between 1965 and 2009: Conflict resolution

The Norwegian Constitution of 1814 granted the Supreme Court an almost unlimited jurisdiction. At the same time it was assumed that the citizens had a right to have their appealed cases treated by the Court. Very soon backlog became a problem, and an ever returning theme in the history of the Norwegian Supreme Court is the criteria for refusing a leave of appeal. These criteria do not only decide the work load of the Supreme Court but also the image of the Court held both inside and outside the Supreme Court building.

In 1965 the Criminal Procedure Act of 1887, in effect from 1890 onwards, made the Supreme Court the second instance in criminal cases, and granting leave of appeal

⁵⁵ Jørn Øyrehagen Sunde, “Champagne at the Funeral – An Introduction to Legal Culture”, *Rendezvous of European Legal Cultures*, eds. J.Ø. Sunde, K.E. Skodvin (Fagbokforlaget, Bergen) 2009: 20.

⁵⁶ John Bell, “Comparative law and legal theory”, *Prescriptive formality and normative rationality in modern legal systems*, eds. W. Krawietz, N. MacCormick, G.H. von Wright (Duncker and Hum-bolt, Berlin) 1994: 70, and Lawrence M. Friedman, “Some Thoughts on Comparative Legal Culture”, *Comparative and Private International Law – essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*, eds. David S. Clark, J.H. Merryman (Duncker and Humbolt, Berlin) 1995: 53.

⁵⁷ Konrad Zweigert, Heinz Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (Clarendon Press, Oxford) 1998: 67-72. For a discussion on why using the term legal culture rather than legal families, or even legal system and legal traditions, see Sunde 2010: 17-18.

⁵⁸ Mark van Hoecke, Mark Warrington, “Legal Culture, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a new Model for Comparative Law”, *The International and Comparative Law Quarterly* 47 1998: 514-515.

⁵⁹ See further Sunde 2010: 20-24. There are more legal cultural elements under both the institutional and intellectual structure. But these six are, at least from a Norwegian legal historical point of view, the most important.

was the main rule – an appeal had to be groundless to be refused.⁶⁰ With the Act on Criminal Procedure of 1981, in effect from 1986, the criteria was rephrased and made narrower, but granting leave of appeal was still the rule.⁶¹ At the same time the intolerable workload increased even more when the Supreme Court introduced Saturdays as a day off from 1989, as the last of public institutions in Norway. In the State Budgets of 1991-1992 the intolerable workload over a long period of time was an issue⁶². It is this workload that was the reason for the reform of Criminal Procedure of 1993, coming into effect in August 1995, when refusal of leave of appeal became the main rule.⁶³

In 1995 the Appeals Selection Committee made a decision in 1796 criminal cases, while 267 criminal cases were decided in Chamber.⁶⁴ In 1997, when the reform had full effect, the Committee decided in 234 appealed cases, while 54 criminal cases were decided in Chamber. The effect was a drastic reduction of the workload. This can partly explain the increase in dissenting votes in criminal cases in the 1990s. After the reform the Supreme Court judges had time to concentrate on principle issues and not only on getting the work done. However, as pointed out above, it can only be a partial factor, because the increase seems to start before the reform came into effect – the dissent rate is slightly higher in the 1980s than in the previous decade,⁶⁵ and 1991 seems as suited as any to be seen as a breaking point if forced to choose one. To understand the increase in the 1990s it is therefore beneficial to see changes in civil procedure at the same time.

In the Act on Civil Procedure of 1915, in effect from 1927 and 1936, granting leave of appeal was the main rule, and the criterion for refusing leave of appeal was the value of the object on stake.⁶⁶ But a case might be granted leave of appeal despite low value if it was of importance beyond the case itself.⁶⁷ But with a change in the act in 1960 this was made a criterion for acceptance, since it was made one of four reasons for refusing leave of appeal.⁶⁸ In 1981 the criteria for refusing leave of appeal changed and was made even more visible. The changes in 1960 and 1981 increased the refusal rate from 44% in 1959 to 78% in 2005.⁶⁹ The problem concerning the backlog was not

solved so that former Judge Gunnar Aasland once claimed that refusal of leave of appeal was the main rule already prior to the Dispute Act of 2005, coming into effect in 2008.⁷⁰ The Dispute Act, then, only codified an existing practice of only granting leave in “whose significance extends beyond the scope of the current case.”⁷¹

Since 1965, the main rule has changed from granting to refusing leave of appeal to the Supreme Court. This has significance beyond changes in criminal and civil procedure. In 1965 and for more than a decade, the Supreme Court was an appeal court in the sense that it treated individual cases in the capacity of being the most competent of Norwegian courts. From August 1995, only criminal cases of general interest were granted a leave of appeal. This became the main rule for civil cases as well in this period. Consequently, the focus shifted from individual to law and society, and the cases went from aim to instrument. Hence, not only the backlog situation was changed, but also the image of the Court was changed from an appeal court to more of a legal political organ.

The changes in criminal and civil procedure were pragmatic and non-ideological founded. At the same time the changes were in compliance with an existing and well-known ideological approach to the Supreme Court's role in law and society. An advocate for a revision of the principles for granting leave of appeal on an ideological ground was Professor Carsten Smith, Supreme Court Justice from 1991 till 2002. In a speech to Norwegian judges in 1974, published in 1975,⁷² he made a claim for a Norwegian Supreme Court modelled at the U.S. Supreme Court. This was a view he never gave up.⁷³ More importantly, it was well-known when he was asked to apply for the vacant position as Chief Justice.

In his speech Smith stressed that the task for a Supreme Court ought not to be deciding individual cases but to direct legal development.⁷⁴ As noted before, this became the official task of the Court when the phrase “uniformity, clarity and development in the law” was applied in the State Budget for 1994-1995 to describe the aim of the Supreme Court.⁷⁵ In his speech in 1974 Smith emphasized that the workload of the Court had to be reduced so that

spraksis”, Lov og Rett 2006: 389. See as well «Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister», Ot.prp. no. 51 2004-2005: 307.

⁷⁰ Aasland 2006: 389. Gunnar Aasland was Supreme Court Judge from 1979 till 2006.

⁷¹ Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (Act on Dispute Resolution) of 17.06.2005 no. 30-4, translated into English and German by J. Bessing, J. Schrader, V. Lipp and published in Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway, eds. V. Lipp, H.H. Fredriksen (Mohr Siebeck, Tübingen) 2011: 382.

⁷² Carsten Smith, «Domstolene og rettsutviklingen», Lov og Rett 1975: 292-319.

⁷³ See e.g. Carsten Smith, 7. mars 1992, Notat til fellesmøtet i Høyesterett 25. mars 1992, fra Carsten Smith: Høyesteretts arbeidssituasjon (unpublished), Carsten Smith, Loven og livet (Universitetsforlaget, Oslo) 1996: 164-170 (originally published in 1995), and Carsten Smith, «Domspremissenes omfang, formulering og prejudikatsverdi», Juristen no. 2 February 2001: 70-74.

⁷⁴ Smith 1975: 318: «Vår øvste domstol bør legge til grunn av dens viktigste oppgave ikke er avgjøre konkrete saker, men å trekke opp rettningslinjer for fremtiden.»

⁷⁵ Stortingsproposisjon no. 1 1994-1995: 42. In the National Budgets from 1993-1993 and 1993-1994 the Supreme Court was only described at the highest of Norwegian courts.

⁶⁰ Lov om Rettergangsmåte i Straffesaker (Act on Criminal Procedure) of 01.07.1887 no. 5 art. 387.

⁶¹ Lov om rettergangmåten i straffesaker (Act on Criminal Procedure) of 22.05.1981 no. 25 art. 349.

⁶² Stortingsproposisjon no. 1 1991-1992: 36-37.

⁶³ Lov om rettergangmåten i straffesaker (Act on Criminal Procedure) of 22.05.1981 no. 25 art. 323. For further reading, see Magnus Matningsdal, “Høyesterett som straffedomstol etter to-instansreformen”, Lov og Rett 2007: 431-432.

⁶⁴ Matningsdal 2006: 433.

⁶⁵ This increase is hard to explain, and might be due to natural variations when dealing with small numbers.

⁶⁶ Lov om rettergangsmåten i tvistemaal (Act on Civil Procedure) of 13.08.1915 no. 6 art. 357.

⁶⁷ Lov om rettergangsmåten i tvistemaal (Act on Civil Procedure) of 13.08.1915 no. 6 art. 359.

⁶⁸ Lov om rettergangsmåten i tvistemaal (Act on Civil Procedure) of 13.08.1915 no. 6 art. 373.

⁶⁹ Gunnar Aasland, Argumentasjonsmønstre I nyere høyesterett-

the Court could also think about the development of law.⁷⁶ As Supreme Court Justice, Smith encouraged the granting of leave of Judge Gunnar Aasland to enable him to devote all his time to the ongoing reform of the criminal procedure.⁷⁷ This step is closely linked to the dissent rate of the Supreme Court.

From 1965 onwards, the Supreme Court considered itself and was regarded as an appeal court. Its task was to detect the juridical correct conclusion. This was an obligation in a system where the focus was on the individual case. Hence, deciding a subject became a matter of legal reasoning and consciousness. The legal reasoning opened up for dissenting votes, because grant of leave of appeal was given to hard civil cases. And judges would actually cast dissenting votes because they felt obliged by the individual case to vote according to their persuasion. In criminal cases dissenting votes would be given only if it was absolutely necessary due to the overwhelming caseload. This attitude would expand to apply for civil cases as well when time pressure increased. The increased desire to dissent would then reoccur when the old consciousness concerning the parties and their individual cases had somewhat worn off, and a new consciousness arose. This new consciousness was also an instrument to cope with the workload – the turn away from the individual case to the legal system and society. “Uniformity, clarity and development in the law” became aim, argument and the new consciousness. It replaced the awareness that the Supreme Court was an appeal court during the 1980s and was ripe when Smith became Supreme Court Justice in August 1991.

VI. The Norwegian Supreme Court between 1965 and 2009: Norm production

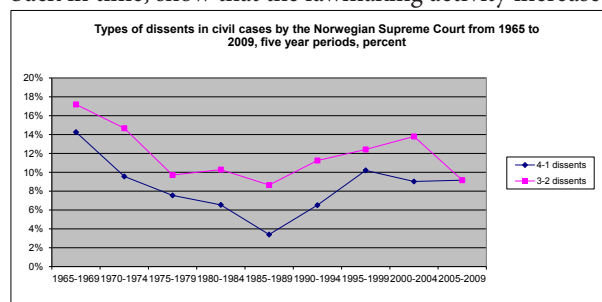
The decisions the Supreme Court made are viewed as precedence, and it is considered as a norm producing body. However the ambitions of making codes were never successful so that the tradition could continue. From 1905 the Court was temporarily splitt into two chambers, causing different decisions on similar issues. . In a legal system with precedence as an important source of law, unity in precedence is of great importance. Therefore the separation of the Court into two chambers was and still is temporary and this is why a further increase in the number of judges and in chambers was not a solution to the problem of an increasing caseload.⁷⁸

However, the two-Chamber system was not the only problem that had to be solved. Due to the desire to grant individual justice there was a long tradition of the Court being unwilling to respect its own precedence when it caused inequitable results in new cases.⁷⁹ Thus it was de-

cidied with an Act of 1926 that if abandoning precedence might become an issue, the case should be decided by the Court in a plenary session.⁸⁰ The practice of the Supreme Court making precedence binding to all other courts was by this Act recognised by the Norwegian Parliament. However, this incident also demonstrates the role of precedence as legal norms in relation to acts made by the Parliament: Acts and not precedence are the main sources of legal norms in the Norwegian legal system.

The lawmaking activity has greatly varied over time and if we look at the period between 1965 and 2009 we see that the Supreme Court judges have had quite different amounts of legal norms produced by the lawmaker available. In the collection of Norwegian Acts of 1965, we can see that acts made during the previous ten-year period make up 428 of the total of 2606 pages, which is 16%. In 1976, acts from the last decade make up 422 of 2533 pages (17%).

In 1985 we can discover a significant change concerning the initiation of legal norms. In 1985 the acts from the last decade make up 639 of 2680 pages, which is 24%. In 1995 the numbers are 848 of 3126 pages, which is 27%, and in 2005 the acts from the last ten years period make up 1369 of 3471 pages (39%). The total amount of pages as well as the percentage covered by acts dating a decade back in time, show that the lawmaking activity increased



between 1975 and 1985, an increase which have accelerated.

The main part of the increase was within civil law, since many of the changes in criminal law passed as reforms for the 1902 Act on Criminal Law, and not in the shape of separate acts. After 1975 acts on civil law were more and more at hand when the Supreme Court had to make decisions. One also has to keep in mind that in Norway preparatory work is regarded as a source of law, and the lawmaking activities lead to an increase of preparatory work. And with more and more acts and preparatory works available, to fill lacunas of law and to make statutory interpretations, the rate of dissenting votes ought to be decreasing from 1975 and onwards. However, the most important consequence was the signal the lawmaker sent to the legal system with the making of more and more law – a signal of a desire to be an active regulator of society, by increasing the share of norm production.

This change in the lawmaking activity would make it partly less pressing to dissent in civil cases. The reason is

⁷⁶ Smith 1975: 304-306.

⁷⁷ According to the preparatory works the reform would have taken longer if it had not been for the work effort of Aasland; see quote in Matningsdal 2006: 431. This was according to former Supreme Court Justice Smith also the purpose of the leave; Interview with Carsten Smith at his office in the Supreme Court 11. April 2011.

⁷⁸ See the discussion in «Om lov om meklings og rettergang i sivile tvister», Ot.prp. no. 51 2004-2005: 306.

⁷⁹ It must be kept in mind that this is not one, unbroken and unanimous tradition; Smith 1975: 194-296.

⁸⁰ Lov om forandring i lovgivning om Høiesterett (Act on Changes in the Legislation Concerning the Supreme Court) of 25.06.1926 no. 2 art. 1.

that dissent is a way to make law. Firstly, by dissenting you might pave the way for a change in the law in later decisions. Secondly, by dissenting you weaken the precedence effect of a decision. Hence, we also see that not only are dissenting votes dropping in civil cases, but the 4-1 decisions in civil law cases are dropping more than the decrease in dissenting votes in general.⁸¹ This indicates that the very interest in dissenting was decreasing, partly due to a decrease in the role of precedence, and the right to dissent was mostly exercised when precedence could be torpedoes with a 3-2 vote.

As noted above, criminal law was more stable than civil law. This, along with the caseload, can be said to explain why there is not much change in the dissent rate prior to the 1990s. It remains unexplained why an increased rate of dissenting votes can be noticed in criminal as well as civil cases in the early 1990s. According to what is said above, it ought rather to continue to decrease in civil cases, since the amount of acts and preparatory works increase tremendously after 1995. One reason for the increase in law-made provisions might be the role of EU law. In 1992 the EEA agreement was ratified.⁸² In 1994 the ECHR was given special protection in the Constitution and was made part of Norwegian law in 1999.^{83,84} Both events were preceded and followed by the lawmakers' efforts to harmonise Norwegian law with EU law and the European Human Rights. In both fields of law there are continuous alterations due to changes in the interpretation by the courts in Strasbourg (ECHR) and in Luxembourg (ECJ).⁸⁵ Hence, EU law and the European Human Rights are Norwegian law, but far less fixed by statute than Norwegian law produced within Norwegian borders.⁸⁶ From 1965 the uncertainty that still characterized Norwegian law was reduced by the lawmaking of the Parliament, but revived during the 1990s due to the internationalization of Norwegian law.

Thus, the Supreme Court had to create clarity as well as unity in Norwegian law once again. The Court was given the opportunity to perform legal politics just the same way as ECJ and ECHR do. During the early 1990s this new consciousness emerged and dissenting votes became again a way to pave way for a future change in precedence, and of weakening the effect of precedence.

It must be kept in mind that neither the changes in procedural law nor the introduction of EU law and the European Human Rights had an effect as early as 1991. Still, in both cases the change was obviously emerging at this early stage and the changes in law was more the end than the beginning of a process.

VII. The Norwegian Supreme Court between 1965 and 2009: Idea of Justice

As we have seen, the fundamental idea of 1814 was that citizens within a very wide framework had the right to have their cases tried by the Supreme Court. The backlog resulting from this far reaching right, more than ideology, made changes in the leave of appeal-system an issue. The result was a change of the order of things from granting to refusing leave to appeal. This also meant that cases went from an aim in themselves to an instrument. Hence, the Court went from being a keeper of justice to a maker of justice, and instead of finding justice in each individual case, the task of the court would be to construct a justice that law and society in general would benefit from.

The changes in the role of the cases and the Court were explicitly advocated by professor and later Supreme Court Justice Carsten Smith, and implicitly repeated in the aim of the Court phrased by Smith and adopted by the government: «to ensure uniformity, clarity and development of law». The transformation of the cases from aim to instrument would imply a focus shift from equity to predictability as idea of justice. Because when focus is on the parties and their conflict, the focus is also drawn towards an equitable solution. And when the focus is on the unity, clarity and development of law, more important to future cases than the present, the focus is drawn towards predictability.

This change in the idea of justice was never debated. The reason is probably that equity and predictability are elements of justice that have been present all the time from 1965 to 2009. What we are talking about is a change in the degree of emphasis, which makes the changes less visible. Still, the absence of a debate indicates that the idea of justice did not motivate the changes, but is only a consequence of them that might be observed in the aftermath. A change in the idea of justice is still of interest, since it is closely linked to the legal method – the idea of justice governs the method, while the method is what makes the idea of justice operational.⁸⁷

⁸¹ It must be stressed that different judges have different voting patterns.

⁸² Lov 27 nov 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS) m.v. (The Act on EEA in Norwegian Law) of 27.11.1992 no. 109.

⁸³ Kongeriget Norges Grundlov (The Norwegian Constitution) of 17.05.1814 art. 110c; <http://www.stortinget.no/en/In-English/About-the-Storting/The-Constitution/The-Constitution/>.

⁸⁴ Lov 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Act on Promoting Human Rights in Norwegian Law) of 21.05.1999 no. 30. The UN International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and The UN International Covenant on Civil and Political Rights were also made a part of Norwegian law with the act of 1999. By a change in 2003 the UN Convention on the Rights of the Child was incorporated with the same semi-constitutional status as the other conventions, while the UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women was made Norwegian law by a change in the act in 2005.

⁸⁵ As a member of the EEA and not the EU, Norwegian EU law cases are dealt with by the EEA court. Still, the Norwegian Supreme Court treats de facto decisions from the EU court as a source of law, as seen in Norsk Retstidende (Den norske advokatforening, Oslo) 2010: 944-946.

⁸⁶ See Hans Petter Graver, Juss, politikk og dommeraktivisme i en flytende europeisk rettsorden», dog Fred er et Bedste... - Festskrift til Carl August Fleischer, eds. O.K. Fauchald, H. Jakhelln, A. Syse (Universitetsforlaget, Oslo) 2006: 203-215.

⁸⁷ Just as the exact idea of justice is individual, so is the idea of the best legal method. Still, it is possible to detect larger trends within which the exact ideas will normally place themselves. When it comes to legal method, it is of great importance what law students are taught, since there are good reasons to believe that even if they forget exact knowledge, they will bring with them the ideas they are taught during the study into a career as practicing lawyers.

VIII. The Norwegian Supreme Court between 1965 and 2009: Legal Method

The idea of justice is reflected in the dissent rate. When the rate was high in the beginning of the research period, it was because the judges in the Norwegian Supreme Court would disagree on how to resolve the individual case. When the rate was high at the end of the period, the dissenting votes were cast when disagreeing on the future development of law. In civil cases in the period in between, and in criminal cases up till the early 1990s, the dissent rate was low. This was because the idea of justice in the individual case would have to give way to the pressing need to actually resolve conflicts. Conflicts are ideally resolved justly. But the basic demand is that conflicts are simply resolved to decrease the tension in society. It was down to this basic functional demand the Norwegian Supreme Court was forced by the workload in the 1980s, and hence did the desire to cast dissenting votes give way to the need to get the work done.

Due to the already mentioned limited size of Norwegian legal science, legal method has been taught in a fairly uniform manner until the 1990s. At the faculty of law in Oslo, Professor Per Augdahl's book on legal sources from 1949⁸⁸ was the only textbook on the subject till Professor Torstein Eckhoff published his book on the same topic in 1971.⁸⁹ This book would be the core of teaching legal method at the faculties of law in Norway till 1999,⁹⁰ and no one has yet been appointed Supreme Court judge who has not read the textbooks of Augdahl or later Eckhoff as part of taking a law degree. It must also be kept in mind that both Augdahl and Eckhoff based their textbooks on their lectures in the topic, and hence reflects very much the total universe of what legal method law students were taught.

Both Augdahl and Eckhoff place themselves in the tradition of a Norwegian legal realism, closely linked to Scandinavian legal realism. That is a tradition characterised by a desire to prefer the actual and functional to the formal. This mentality is reflected in their textbooks. Augdahl refers to the necessity to make the juridically correct judgment as an obsession for judges, and that it is quite futile to convince them that what is juridically correct is what they decide.⁹¹ Eckhoff stresses that his book is based on the legal method the Supreme Court applies because that is the method lawyers in general have to apply in order to convince the Court.⁹² Despite these presumptions and statements reflecting the common heritage of Norwegian legal realism, there are several differences between the legal method presented by Augdahl and Eckhoff.

Augdahl places his legal method within the framework of the Norwegian realistic tradition.⁹³ He also quotes and adheres to Oliver W. Holmes on that "the prophecies of what the courts will do in fact and nothing more pretentious is what I mean by law."⁹⁴ But Augdahl is still not embedded in the American realistic tradition, hence the quote serves more as a reminder of the common pragmatic ground of the two traditions than actual reception. There are three features of the method presented by Augdahl that ought to be stressed in the context. Firstly, he recognises that judges follow their opinion, but the legal method he presents is still normative – it is the method judges ought to apply.⁹⁵ Secondly, Augdahl operates with statutes and other sources of law at the two main categories. Other sources of law are *opinio juris*, custom and precedence. By doing this, Augdahl holds on to the old Roman separation between written and unwritten sources of law predating the turn of Norwegian legal realism after the reception of main elements of American realism, a point we will soon return to. Thirdly, Augdahl devotes 141 pages to statutes as a source of law and 100 pages to other sources. This indicates that statutes can be regarded as the main source of law. On the 100 pages spent on other sources of law, he deals with precedence on 20 pages. The impression of the superiority of statutes to precedence is strengthened by Augdahl stressing the courts' subordination under law, a view that made him very restrictive to judicial review of legislation.⁹⁶

Eckhoff studied in the US in 1947-1948, and wrote about American legal realism in his book on the American legal system and legal science in 1953.⁹⁷ Hence, Eckhoff's legal realism is to a larger extent influenced by American legal realism in the sense that it had a more scientific basis than the more pragmatic approach of Augdahl.⁹⁸ The difference can be related to the three factors stressed above. Firstly, Eckhoff presents a descriptive legal method describing how the Supreme Court of Norway actually reasons, not how it ought to reason.⁹⁹ Secondly, Eckhoff does away with the old separation between written and unwritten sources of law. He even does away with sources of law as terminology, and speaks of legal factors instead that are relevant to take into account when deciding on what is law. Eckhoff splits the legal sources into seven legal factors, with the reason that this gives a more realistic image of what the Supreme Court actually bases its reasoning on.¹⁰⁰ Thirdly, Eckhoff devotes 85 pages on stat-

⁸⁸ Per Augdahl, *Forelesninger over rettskilder* (Universitets studentkontor, Oslo) 1949.

⁸⁹ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære* (Tanum forlag, Oslo) 1971.

⁹⁰ In 1999 Nils Nygaard, professor at the Faculty of Law in Bergen, published *Rettsgrunnlag og standpunkt* (Universitetsforlaget, Oslo). In 1997 Mads Henry Andenæs published his *Rettskildelære* (Oslo) based on his lectures in legal method of private law, but this book has been far less influential than the other three.

⁹¹ Augdahl 1949: 21.

⁹² Eckhoff 1971: 17-18.

⁹³ Jan Fridthjof Bernt, David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring* (Fagbokforlaget, Bergen) 1998: 132.

⁹⁴ Augdahl 1949: 16, see also p. 20 and 34.

⁹⁵ Augdahl 1949: 34-35.

⁹⁶ Augdahl 1949: 70-81, where the very chapter is called "Domstolenes underordning under loven" – the courts' subordination under law.

⁹⁷ Torstein Eckhoff, *Rettsvesen og rettsvitenskap i U.S.A.*, (Akademisk forlag, Oslo) 1953: 298-315.

⁹⁸ Bernt, Doublet 1998: 130-131.

⁹⁹ Eckhoff 1971: 18, stressing that the account is not always descriptive due to the difficulty to sort out how the Supreme Court actually reasons in all cases, and hence to make a truly descriptive account. A descriptive approach is of course based on a normative stand.

¹⁰⁰ Eckhoff 1971: 15-23.

utes, preparatory works and the interpretation of statutes.¹⁰¹ At the same time he spends 135 pages on other sources of law.¹⁰² On the one hand, Eckhoff does not devote more than 29 pages on precedence, even if he deals with it as the first of sources of law which are not produced by the lawmaker. Still, he does not devote more than 27 pages on statutes as a legal factor. These priorities give an unmistakable signal of the role of statutes in comparison with other legal sources. Furthermore he stresses the importance of the courts (especially the Supreme Court) to make law and emphasizes that it is uncontroversial and positive.¹⁰³

On one hand the differences between Augdahl and Eckhoff should not be exaggerated. In the end they are both realists, and the fact that Eckhoff lectured about legal method with Augdahls textbook as the main literature was in itself a factor pulling their teachings together. On the other hand, they met in the middle after starting from two different directions. Hence, it was easier to interpret and teach their legal methods more differently than they probably were. However, Eckhoff breaks with Augdahl, but he still represents the potential development of a break than the final breaking point. The core of this break is whether the ambition is to find or make law. By changing the terminology from legal sources to legal factors, Eckhoff directs the attention towards the incompleteness of the legal material. By operating with a number of legal factors this was emphasised further. Intended or not, the legal method of Eckhoff was suitable as an instrument for the legal engineer more than the legal gatekeeper.

The break potential was already visible in 1974. As noted above, Professor Carsten Smith held a speech in front of Norwegian judges advocating that the Supreme Court should focus more on making precedence than deciding individual cases. In addition he demanded that the Supreme Court should "ensure uniformity, clarity and development of law".¹⁰⁴ As Smith recalls himself, his speech was met with anger. The reason is firstly that such a change in practice would imply a change in the idea of justice, and the workload had yet not passed the border line when this became less pressing than actually managing the backlog. Secondly, Smith was more of a realist in the same tradition as Eckhoff than the judges present. In his speech, Smith referred to the American legal system, to the Supreme Court of USA, American legal science and specifically to Oliver W. Holmes several times.¹⁰⁵ Thus he presented an orientation towards American legal tradition. Holmes is even referred to 'as my hero Holmes' twice,¹⁰⁶ indicating admiration more than mere orientation. His emphasis on "judicial legislation" linked him to

Eckhoff the most.¹⁰⁷ At this point Eckhoff took the decisive step away from Augdahl and the Norwegian legal realism towards American legal realism. Hence, he prepared the scene for Smith's jump.

Smith's speech did not go down well in 1974.¹⁰⁸ As an attempt to explain one could argue that the audience had probably never read Eckhoff's book on legal sources from 1971 when preparing for their legal exam, though some had probably attended his lectures. But those who would in the future fill the chairs in Norwegian court rooms would have studied Eckhoff's legal method as he taught it, or as others would teach in his tradition.¹⁰⁹ In the introductory textbook used when teaching first-year students at the faculty of law in Bergen from 1996 till 2007, one of the chapters are symbolically called 'From Montesquieu to Carsten Smith': 'in relation to modern legal development the judge appears in a radically different light as making law with a nuanced apparatus of legal sources that enables him to perform equitable evaluations and value-based argumentation.'¹¹⁰ These are not the words of Eckhoff, but the image of a legal-politically active judge emerged from an American legal realistic tradition he merged with the traditional Norwegian legal realism. Smith would probably agree with the statement and considers himself as a part of the framework, while Montesquieu would not. More important is that Norwegian judges in 1974 did not either. They would have an idea of what would be correct reasoning when solving a case, as Augdahl would have taught them. This would not mean that there was only one way of solving a case, as Augdahl also would have told them.¹¹¹ However, the dissent rate reflected the uncertainty of law, and the flexibility of interpretation that has been inherent in the Norwegian legal realism throughout the 20th century. The dissent rate ought to have increased further with the teaching of Eckhoff. When it did not, it was because the students Eckhoff had lectured, and who also had read his textbook, would not occupy the chairs in the Supreme Court till the end of the 1980s. Then the scene was ready when Smith became Chief Justice in 1991. When he laid out his program for the Supreme Court at a meeting in March 1992, he

¹⁰¹ Eckhoff 1971: 117-145 also spent 29 pages on interpretation that is more closely linked to the interpretation of law than of other legal factors, but still presented as a general rules for interpretation.

¹⁰² Eckhoff 1971: 176-196 deals with precedence, but on a more general level than the mere question of legal sources, and is equivalent to Augdahl 1949: 35-51.

¹⁰³ Eckhoff 1971: 176-196.

¹⁰⁴ Smith 1975: 318.

¹⁰⁵ Smith 1975: 292, 293, 296, 298, 299, 301, 303, 307, 308-09, 315, 317, and see as well 295.

¹⁰⁶ Smith 1975: 303 and 317.

¹⁰⁷ Smith 1975: 294 and 318, where the term is explicitly used, but is in general the theme of the entire speech. Eckhoff 1971: 176-190, especially pp. 183-190.

¹⁰⁸ Interview with Carsten Smith in his office in the Supreme Court 11. April 2011. See also Smith 1975: 292 foot note 1.

¹⁰⁹ See the reflections in Erik Magnus Boe, *Innføring i juss – Juridisk tenkning og rettskildelære* (Universitetsforlaget, Oslo) 2010: 165-173. See also the variations in the legal realistic based legal method in Jens Edvin Skoghøy, "Rett, politikk og moral – Om bruken av politiske og etiske argumenter ved rettsanvendelse og juridisk forskning", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1994: 837-881, Kai Krüger, "De lange tidsakers juss – Litt om induktiv pluralistisk argumentasjon i den historisk/dynamiske tingsretten om fast eidegom", *Kart og Plan* 1998: 161-169, and Hans Petter Graver, *Juridisk overtalelseskunst* (Fagbokforlaget, Bergen) 2008, the latter maybe leaving the legal realistic tradition and entering a legal postmodernist tradition.

¹¹⁰ Jan Fridthjof Bernt, David R. Doublet, *Juss, samfunn og rettsanvendelse – En introduksjon til rettsvitenskapen* (ad Notam Gylden-dal, Oslo) 1996: 391: "I forhold til moderne rettsutvikling trer dommeren inn i et radikalt annet lys som rettskapende instans med et nyansert rettskildemessig metodeapparat som gir stort rom for skjønnsmessige vurderinger og verdibasert argumentasjon."

¹¹¹ Augdahl 1949: 23-24.

proved that he had not changed his mind since the speech in 1974.¹¹² But the group of judges he addressed was far more familiar with the idea that legal method is an instrument to make and not only to find law.

IX. The Norwegian Supreme Court between 1965 and 2009: Professionalization

This takes us to the next legal cultural element to be examined: professionalization. It was of great importance that a new generation of Supreme Court judges would gradually dominate the Court. In this case it might seem interesting that during the 1990s 15 judges were appointed to the Norwegian Supreme Court,¹¹³ which makes it the decade with the largest appointment rate. A question to be asked is if the large number of appointments in the 1990s would make way for the increase in the dissent rate in both civil and criminal cases? The answer is no – not in itself. A part of the newly appointed judges might create more of an atmosphere of instability, and might influence the dissent rate in a certain way. The judges that were appointed in the late 1970s, restraining from dissenting in the 1980s would to a fair degree still be sitting in court in the 1990s.

Important in this context are the rules governing who chairs the Chambers – they are always chaired by the most experienced judge. Hence, it often takes 6 to 7 years from appointment of a judge to he or she gets to chair a Chamber. Supreme Court judges do themselves stress the role of the chair who not only is in charge of the preparation of the case and the actual proceedings, but also is the one who summons the facts and the law of the case before the other judges present their view. The chair might spend several hours on the presentation, and by this creates a framework the other judges have to break free from. His opinion is not formally binding in any way, but has an intellectually binding effect. This means that those who had the largest effect on the dissent rate are the judges appointed 6 to 7 years before it changes. Appointed judges would normally have held a degree in law for between 15 and 20 years. In short: those dominating the court when the dissent rate fell in civil cases and was fairly stably low would not have studied under Eckhoff, or studied under him at a time when the textbook of Augdahl would at least share, or maybe enjoy larger authority than Eckhoff's lectures till the early 1970s. Those dominating the court when the dissent rate increased in both civil and criminal cases would have studied under Eckhoff and have read his textbook. And more in general, they would have been students at the faculty of law in Oslo where the sentiment had gone from outspoken scepticism when Eckhoff in 1953 became docent and in 1957 was appointed Professor, to him being one of the most prominent professors of law in the 1970s, later becoming honorary doctor at four Nordic universities.¹¹⁴ A

faculty where other prominent professors, like Johs. Andenæs, would share his view on law and method.¹¹⁵

The composition of judges in the Supreme Court is only one aspect of professionalization in this context. Another aspect is the way the Supreme Court contributes to the legal training of the practicing lawyers. The Court does no longer have the educational function it once held in the Norwegian legal system, and which is briefly accounted for during the preliminary discourse. On the other hand, as a norm producing body and the body that sets the standard for legal method through its own practice, it is still important for lawyers to keep track of the doings of the Supreme Court. This has not changed between 1965 and 2009. Still there is an interesting change in how the Court communicates with practicing lawyers, strengthening the impression of the dissent rate just being the symptom of a larger change in the Supreme Court, and in the Norwegian legal culture in general.

The main source of communication between the court and the legal system with its lawyers, and society more in general, are the cases the Court takes on. As noted above, the court rulings have been published in full length since 1864 in the publication *Norsk Retstidende* by the Norwegian Bar Association. In 1970 the average case published in *Norsk Retstidende* covered 5,8 pages.¹¹⁶ In 1980 the average case covered 6,2 pages, in 1990 4,3 pages, in 2000 4, 8 pages, and in 2010 5,5 pages. This indicates an interest in communicating with society that does not quite follow the interest in casting dissenting votes, which previously have been seen in relation to sending a signal of legal politics. If we do not look at the total number of pages, but on the facts the Supreme Court writes in each case, and subtract what they quote from the decisions passed by lower courts, we can see that the figures match together. The numbers are; 1970: 2.9 pages, 1980: 3.3, 1990: 3.5, 2000: 4.7, 2010: 5.4. ..

These figures indicate that the Supreme Court had a quite stable flow of communication through their decisions from 1970 till 1990. During the mid-1990s it changed, and from 1997 to 2000 the average length of the decisions (without quotes from lower courts' decisions) increased from 4.2 to 4.7 pages. This strengthens the impression of a change from a court concerned with the individual cases, and with the production of precedence as a bi-effect of this till the early 1990s, to a court which acted as more of a producer of precedence. When asked if this subject was debated in the Supreme Court, Judge Steinar Tjomsland replied that it was claimed that after the reform in criminal procedure in effect from August 1995 all cases were principle cases and ought to be written in full length instead of partly relying on accounts of lower courts.¹¹⁷ In practice it was also obligatory for civil cases. As we have seen, Judge Gunnar Aasland claimed that they were treat-

¹¹² Smith 1992: 2.

¹¹³ These judges were Ketil Lund, Kareanne Gussgard, Steinar Tjomsland, Carsten Smith, Leif Thomas Eldring, Magnus Aarbakke, Kirsti Coward, Eilert Stang Lund, Lars Oftedal Broch, Hans Flock, Magnus Matningsdal, Georg Fredrik Rieber-Mohn, Karin Maria Bruzelius, Jens Edvin A. Skoghøy and Karl Arne Utgård.

¹¹⁴ Svein Eng, «Eckhoff, Torstein», *Norsk biografisk leksikon*, 2. Volu-

me: Bry – Ernø, eds. J.G. Arntzen, K. Helle (Kunnskapsforlaget, Oslo) 2000: 389-390.

¹¹⁵ Johs. Andenæs, *Innføring i jusstudiet* (Grøndahl Dreyer, Oslo) 1979: 54-59.

¹¹⁶ What is counted is the number of pages the cases is treated on, and not full pages.

¹¹⁷ Supreme Court judge Steinar Tjomsland in e-mail of 26.11.2011.

ed according to the same principle of granting leave of appeal as criminal cases already before the reform of civil procedure after the turn of the millennium. These procedural law reforms were not decisive. As evidence of the thesis one could take the fact that the average length of the decisions already went up from 1990 to 1994 from 3.5 to 3.8 pages, a larger increase than from e.g. 1980 to 1990. Rather these changes were a response to and strengthened a development already taking place.

X. The Norwegian Supreme Court between 1965 and 2009: Internationalisation

Law that was produced outside Norwegian borders hardly played any role in Norwegian law before the 1990s. The fact that Rolv Ryssdal, who was appointed Vice President of the ECHR from 1981 to 1985,¹¹⁸ has been Chief Justice of the Norwegian Supreme Court from 1969 to 1984, does not seem to have been a door opener for international law in the practice of the Court.¹¹⁹ This changed with the EEA-agreement from 1992 and the Human Rights Act from 1999, incorporating EU-law and especially the European Human Rights in Norwegian law.

Because of the presumption that the European Human Rights and the EU law ought to be applied nationally as the courts in Strasbourg and Luxembourg would apply them, the Norwegian Supreme Court has deliberately subordinated their judicial power to the one of ECHR and the EFTA court/ECJ.¹²⁰ Though this method opposes to the constitutional idea as well as to the hierarchy of the Supreme Court this de facto breaks with the constitutional idea that the Supreme Court ought to be the last instance in the Norwegian court hierarchy, the court might be aiming at creating legal stability in Norwegian law. This might at first seem illogical. But firstly, none of the present judges in the Supreme Court have ever studied human rights or EU law, and are hence autodidacts in these fields of law. Relying on ECHR and ECJ rather than on their own reasoning they draw on a source of law where the norms are deduced with a greater degree of certainty than the Court can achieve. Secondly, a Norwegian Supreme Court which searches through all case law produced by ECHR, regardless if the cases are related to legal systems with quite a different structure, as was the case in 2002, will leave little room for the parties in the case to look for justice outside the Supreme Court building. The same is the case when the Norwegian Supreme Court awaits a decision by ECJ without being a member of the EU and on a field of law that is not a part of the EEA agreement, which was the case in 2010. One might say that by subordination the Supreme Court absorbs the ECHR and ECJ knowledge-wise and structurally, and re-assumes the pyramidal structure of Norwegian courts.

As we have seen, the subordination is due to a more or less cautious ambition of holding on to the position as supreme. And the internationalisation of law has not paci-

fied the Court. Rather, reviewing Norwegian law against the European Human Rights and the EU law might have strengthened the general desire to review Norwegian legislated law against the Constitution. The judicial review institution was reactivated in a plenary session in 1976 after being a Sleeping Beauty for half a century,¹²¹ but was not followed by a more active court in this field. It is interesting that in two plenary sessions in 2010 the Court referred to the doctrine of judicial review stated in the 1976 decision, but de facto went beyond it and proved a degree of independence in relation to the Norwegian Parliament and sitting cabinet that the court had not done since the Second World War.¹²² These two decisions are still only indications of a more active Court. But since 1965 the Supreme Court has passed decisions in Plenum in substantial matters¹²³ more than four times a year only in 1996, 1998, 2002, 2008 and 2009. Previously this had only happened in 1948 and 1949, which was an exceptional period with the many post-war cases. The exceptionality becomes even more evident if we pay attention to the fact that since 1990, with 1996 as the turning point, the Supreme Court has passed a plenary decision in substantial matter 33 times, while between 1965 and 1989 the Court passed only 16 such decisions. Moreover, the 7 decisions passed in Grand Chamber in 2008 and 2009 have to be added to this number.

The figures on plenary and Grand Chamber decisions start to increase in 1996, and from 1997 on international law was an issue.¹²⁴ This indicates that the internationalisation of law is just a part of the total picture, and that plenary sessions in the Court are also partly due to an increased focus on the principal aspects of cases rather than the cases in themselves. But no doubt, since then Norwegian norms produced outside Norwegian borders have played an important role in most plenary and Grand Chamber decisions.

XI. The Conclusion

The advantage of a legal cultural approach is that it makes possible the dissection of the complexity of an institution like the Norwegian Supreme Court, and how it responds to and influences the legal culture it is a part of. Hence, a legal cultural approach does not only reveal the object of study, but the relations it is a part of. The disadvantage is that the broad, contextual approach which might be achieved through does not easily display direct causal relations. The disadvantage of a legal cultural approach can be partly reduced by basing the interpretation on as much empirical data as possible to document relations when direct causality is not within reach. Still, a legal cultural approach is only a supplement to other approaches to different legal phenomena.

Just as caseload and politics none of the main legal cultu-

¹¹⁸ Rolv Ryssdal was also President of ECHR from 1985 till 1998.

¹¹⁹ This was confirmed by former Judge Jan Skåre in an interview at his home 27. September 2011.

¹²⁰ Norsk Retstidende (Den norske advokatforening, Oslo) 2002: 557-589, 2005: 1598-1601, and 2010: 944-946.

¹²¹ Norsk Retstidende (Den norske advokatforening, Oslo) 1976: 1-50.

¹²² Norsk Retstidende (Den norske advokatforening, Oslo) 2010: 143-190 and 535-576.

¹²³ Decisions regarding the administration of the court in relation to plenary sessions are also passed in Plenum, but are not here counted among plenary decisions.

¹²⁴ Norsk Retstidende (Den norske advokatforening, Oslo) 1997:1821-1838.

ral factors applied in this legal cultural analysis can in themselves explain the Supreme Court's dissent rate in civil and criminal cases. But this was never the ambition. Rather the ambition was to show how the dissent rate can best be explained by examining the phenomena through all the six main factors of legal culture, before putting together the six pieces of insight to an overall picture where case load and politics (in the sense of legal politics) also fit in.

What we have found is that the Norwegian Supreme Court in the beginning of the research period between 1965 and 2009 was an appeal court with the aim of rendering justice in each individual case that the parties wanted to be tried by the juridically most competent court in the nation. The court would produce norms through the decisions passed as a response to an unsatisfactory situation when it comes to legal norms. Moreover, we found out that Supreme Court decisions were to be regarded as precedence and the flexibility of the court to render individual justice was not only a response to an unsatisfactory norm situation, but also accepted in the Norwegian legal realism, the dominating legal method. Due to this image the dissent rate in civil cases was high. In criminal cases the workload dictated a different situation.

This image could not be upheld in civil cases either when encountering the increased workload unless the number of judges increased to fill more than the two Chambers in the Court. But the Court was only temporarily divided in two Chambers in 1905, and the ambition is still to have only one to ensure unified precedence. The only solution left to the problem was to concentrate on getting the work done in civil as in criminal cases, and dissenting became a luxury only affordable in special cases.

Already in 1974 Professor Carsten Smith pointed out that to have some of the best legal minds in the country passing the time with petty legal problems was a waste. Only when the ambition of individual justice was crushed by the weight of the workload, and the seed of the idea of the legally politically active judge was planted during the study of law to new generations of lawyers, the Supreme Court was open to this idea. The change in procedural rules and the internationalisation of law would also favour such an image of the Court. The dissent rate in both civil and criminal cases would increase. This is not the end of the story. As we have seen, the Supreme Court and the government cannot quite agree whether the main task of the court is to «to ensure uniformity, clarity and development of law» or «to ensure uniformity, clarity and development of law in cooperation with the lawmaker». This is of course a national debate depending on national history and politics. At the same time it is a parallel debate on ECHR and ECJ. What we have seen nationally as internationally is that the ability to effectively perform politics is dependent on jurisdiction – the legitimacy and ability to make, enforce and apply legal norms. Active Courts is hence a handy instrument to ensure that politics is a working force in society. By doing this, the task of the courts have changed from keeping law from being misused to deprive the citizens of too much rights and

freedom, to using law to give rights and freedom a content. But by turning politics into a matter of law, the legal politics of the courts will at times be superior to general politics. The question of «in cooperation with» is hence a question of the relationship between legal and general politics, and what elite should at what filed and at what point make law – politicians, a politically controlled elite, or judges, an politically independent elite? The answer to the question will be given in each nation, but the answers will reflect the international debate. The future development of dissenting votes in the Norwegian Supreme court will partly depend on the outcome of this debate.

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 Strafens 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.“¹ Der Körper des Menschen wird durch die Disziplinierung als Gegenstand entdeckt und manipulierbar gemacht.² 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 gelehrt, er kann „umgeformt und vervollkommenet“³ werden.

Interessanterweise spricht Foucault von der Disziplin als einem Mehrebenenphänomen: von einem „anatomisch-metaphysischen Register“ und einem „technisch-politischen“.⁴ 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“⁵, 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-

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

² Vgl. Ebd. S.174.

³ Ebd. S.175.

⁴ Ebd. S.174.

⁵ 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.“⁶ 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.⁷ 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.“⁸

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.“⁹ 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.“¹⁰ 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“¹¹ 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.“¹²

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,¹³ und sie ist noch in höchstem Maße egalitär.¹⁴ 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.“¹⁵

Die Haftstrafe bietet der Justiz wie der Gesellschaft einen Vorteil: die Freiheitsberaubung ist eine maximal allgemeingültige Strafe, quantifizierbar¹⁶ und damit für vielfältige Straftaten anpassbar. Auf der anderen Seite bietet sie durch die Institution des Gefängnisses die Möglichkeit der Resozialisierung der Straftäter.¹⁷ 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<<.“¹⁸

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 disziplinari-

⁶ Ebd. S.181.

⁷ Vgl. Ebd. S.182 f.

⁸ Ebd. S.184.

⁹ Ebd. S.192.

¹⁰ Ebd. S.220.

¹¹ Ebd. S.295.

¹² Ebd. S.295.

¹³ Vgl. Ebd. S.296.

¹⁴ Vgl. Ebd. S.297.

¹⁵ Vgl. Ebd. S.297.

¹⁶ Vgl. Ebd. S.313.

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

¹⁸ Ebd. S.318.

sche Zusatznutzen, die vollständige Kontrolle der straffälligen Körper.

Im Folgenden soll anhand des Zuchthausalltags der Plassenburg zwischen 1862-1909 untersucht werden, ob eine solche theoretische Grundlage, wie Foucault sie vorstellt, auf eine tatsächlich existierende Strafanstalt überhaupt zutrifft; vor allem, ob der Erziehungscharakter durch die Disziplin beabsichtigt, oder nur Mittel zum Zweck der Beschäftigung der Gefangenen war.

II. Der Alltag im Zuchthaus Plassenburg ob Kulmbach in den Jahren 1862-1909

I. Aufnahme eines Sträflings

In Art. 52 des 1861 in Bayern erlassenen Strafgesetzes heißt es unter anderem: „Die Hausordnungen für die Zuchthäuser und Gefangenenanstalten sind durch das Regierungsblatt zu veröffentlichen. Auf der Festung wird der Verurtheilte nach den Bestimmungen der Platzordnung mit Berücksichtigung des Unterschiedes zwischen Zuchthaus- und Gefängnisstrafe behandelt.“¹⁹ Daraufhin wurde am 12. Juni 1861 von König Maximilian II. von Bayern die „Hausordnung für die Zuchthäuser betr.“ erlassen, die ständig erneuert wurde. Diese Arbeit stützt sich hierbei auf die erweiterte Auflage des Jahres 1866.

Mit dem Eintritt in das Zwangsarbeits- bzw. Zuchthaus hatte sich der Häftling an die Hausordnung zu halten, welche von nun an dessen Tagesablauf minutiös, aber auch monoton regelte. Deren höchste Priorität war die Aufrechterhaltung von Sicherheit, Ordnung und Disziplin, die die Basis jedes Anstaltslebens bildeten. Bei Zuwiderhandlung folgten verschiedene, ebenfalls genau festgesetzte Strafmaßnahmen. Die Isolation von der Außenwelt bedeutete gleichsam die Verbannung in ein streng reglementiertes Leben, in dem ein freier Wille und ein freies Verfügungsrecht kaum mehr Platz haben sollten.²⁰

Die Aufnahme-prozedur verlief in fast jedem deutschen, sowie auch in den österreichischen Zuchthäusern nach einem ähnlichen Ritual. Dieses diente nicht nur bürokratischen Zwecken, sondern sollte dem neuen Häftling auch vor Augen führen, dass er von nun an zu einem „von der Verwaltungsroutine leicht fassbaren und handlungsfähigen Objekt“²¹ geworden war.

Die Hausordnung der bayerischen Zuchthäuser besagt, der Gefangene solle unverzüglich nach seiner Aufnahme körperlich untersucht, sowie einer sorgfältigen körperlichen Reinigung unterzogen werden. Diese Säuberung sorgte dafür, dass kein Ungeziefer oder ansteckende Krankheiten in die Anstalt kamen. Die erste medizinische Untersuchung erfolgte zunächst durch einen Hausmeister oder Aufseher. Im Anschluss daran wurde den Männern noch der Bart abrasiert, sowie die Haare kurz

geschnitten. Alle privaten Gegenstände wurden konfisziert, auf ihren Wert geschätzt, in einem Verzeichnis registriert und vom Hausmeister in Verwahrung genommen. Der Gefangene bestätigte dies mit seiner Unterschrift. Gegenstände, die sich laut Vorstand nicht zu einer Verwahrung im Zuchthaus eigneten, wurden entweder verkauft (das Geld wurde dem Häftling gutgeschrieben), oder an dessen Verwandtschaft übergeben.²² Diese Enteignung hatte nicht nur den Zweck die Sicherheit und Ordnung innerhalb des Zuchthauses zu bewahren, sie führte auch zu einem teilweisen Identitätsverlust des Betroffenen. Dazu trug auch die einheitliche Anstaltskleidung bei, die von nun an immer getragen werden musste und eine mögliche Flucht noch zusätzlich erschweren sollte, da sich diese von der normalen bürgerlichen abhob.²³

Als nächstes erfolgte die Untersuchung durch den Hausarzt, der über den Gesundheitszustand, die körperliche Charakterisierung und die Arbeitsfähigkeit ein schriftliches Gutachten anzufertigen hatte. Des Weiteren sollte er auch klären, ob sich der Neankömmling sowohl psychisch als auch physisch für eine Unterbringung in Einzelhaft eignete.²⁴

Am gleichen Tag, oder spätestens am darauf folgenden sollte der Häftling dem Vorstand der Anstalt vorgestellt werden. Dessen Aufgabe war es nun zu prüfen, ob der Tatbestand gegen den Verurteilten auch zulässig war und auch jeden Zweifel daran zu beseitigen. Des Weiteren gehörte es auch zur Pflicht des Vorstandes die genaue Identität der ihm vorgestellten Person zu prüfen.²⁵ War dies alles erfüllt, wurde dem Neankömmling die Hausordnung und Art. 143 des Strafgesetzbuches vorgelesen. In ihm heißt es: „Ein Gefangener, welcher sich durch Anwendung oder Androhung von Gewalt gegen Personen oder durch Erbrechung des Geständnisses selbst befreit, soll mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft werden. Gefangene, welche sich zusammenrotten, um ihre Befreiung mittels Anwendung oder Androhung von Gewalt gegen Beamte oder gegen die zu ihrer Verwahrung oder Bewachung aufgestellten Personen zu bewirken, sind nach den Bestimmungen über Aufstand zu bestrafen.“²⁶

Das zuvor angefertigte ärztliche Gutachten sollte nun Aufschluss darüber geben, welche Arbeit der Häftling in Zukunft zu verrichten hatte. Im Anschluss daran wurde ein Aufnahmeprotokoll verfasst, das schließlich von dem Betroffenen, sowie vom Vorstand zu unterzeichnen war.²⁷ Diese Protokolle befinden sich heute noch nach wie vor in den Personenakten der einzelnen Gefangenen. Sie geben meist Einblick in die Lebenssituation der Menschen, bevor sie in das Zuchthaus Plassenburg kamen. Als Bei-

¹⁹ Art. 25 Die neuen Strafgesetzbücher für das Königreich Bayern. I. Das Polizeigesetzbuch, II. Das Strafgesetzbuch, III. Das Einführungsgesetz, Augsburg 1862.

²⁰ Vgl. Stekl, Hannes: Österreichs Zucht- und Arbeitshäuser 1671-1920, Institutionen zwischen Fürsorge und Strafvollzug, München 1978, S. 203. Sowie Leybold, Otto: Humanität, Strenge und Individualisierung in der Strafanstalt in Bayern, Landsberg 1907.

²¹ Ebd. S. 203.

²² Vgl. § 2 Königlich Allerhöchste Verordnung. Die Hausordnung für die Zuchthäuser betr., Augsburg 1866.

²³ Vgl. Weiß, Alfred Stefan: „Howards Ideal ist kein schöner Traum mehr ...“, Das Linzer Zucht- und Strafhaus 1777-1851, in: Ammerer, Gerhard/Weiß, Alfred Stefan (Hrsg.): Strafe, Disziplin und Besserung Frankfurt a. M. 2006, S. 231-232.

²⁴ Vgl. § 3 Hausordnung (Fn.22).

²⁵ Vgl. §§ 1 und 4 Ebd.

²⁶ Art. 143 Königlich Bayerisches Strafgesetzbuch (Fn. 19).

²⁷ Vgl. § 4 Hausordnung (Fn. 22).

spiel hierfür folgt das Aufnahmeprotokoll von Andreas Lukas vom 7. Juli 1903:²⁸

Zuerst körperliche Untersuchung, Reinigung, Entkleidung

Name: Andreas Lukas

Stand: ledig

Religion: protestantisch

Alter: 23 Jahre, geb. 11. Mai 1880

Gewerbe: Steinbrecher

Geburts-Heimatort: Behringsdorf

Schulbildung: Lesen, Schreiben, Rechnen kann ich

Militärdienst: Reservist des 21. Inf. Rgts. (4 Kp.)

Vermögen: Keines, habe solches auch nicht zu erwarten

Namen der Eltern: ehel. Sohn des Steinbrechers Johann u. Eva Lukas (geb. Festner)

Namen der Geschwister: 1. Kunigund 27 Jahre 2. Konrad ca. 25 Jahre 3. Andreas ca. 18 Jahre 4. Margareta ca. 21 Jahre 5. Anna ca. 16 Jahre

Kinder und sonstige Verhältnisse: hatte Verhältnis mit Kunigunde Volkert von Leinburg

Vorstrafen: Wegen Polizeiübertretung 6 M Geldstrafe Wird der Zellenabteilung zugeteilt und mit Spülen beschäftigt

Personalbeschreibung

Größe: 1,74m

Körperbau: kräftig

Haare: dunkelblond

Stirn: nieder

Augenbraun: dunkelblond

Augen: blau

Nase: stumpf

Mund: gewöhnlich

Zähne: lückenhaft

Kinn: oval

Gesichtsfarbe: gesund

Besondere Kennzeichen: ohne

Daraufhin wurde der Gefangene in die für ihn bestimmte Abteilung gebracht, in der er von nun an zu leben hatte. Spätestens am zweiten Tag nach der Aufnahme musste er noch dem Hausgeistlichen seiner Konfession vorstellig werden. Bei diesem Gespräch ging es um die Prüfung der sittlichen und religiösen Bildung des Häftlings. Zusätzlich war auch der Hauslehrer anwesend, der sich ein Bild über dessen Schulkenntnisse zu machen hatte, denn jeder Insasse unter 36 war schulpflichtig.²⁹ Waren alle Formalia erfüllt, begann laut Hausordnung für den Gefangenen der normale Zuchthausalltag. Seit ihrer Verwendung als Zuchthaus ab dem Jahre 1862, waren auf der Plassen-

burg durchschnittlich etwa 600 Gefangene untergebracht, eine Zahl, die aber oft überschritten wurde.³⁰

2. Regelungen und Vorschriften

Jeder Zuchthausgefangene im Königreich Bayern hatte sich nach einem minutiös geregelten Tagesablauf zu richten, der in der Hausordnung festgelegt war. Eine halbe Stunde vor Arbeitsbeginn wurden die Häftlinge durch einen Signalton geweckt. Dies geschah in den Sommermonaten von Mai bis September um 5.30 Uhr, in den anderen Monaten um 6.00 Uhr. Nach dem Aufstehen sollten Gesicht und Hände gewaschen, der Mund ausgespült, die Haare gekämmt und die Anstaltskleidung angelegt werden. Ein zusätzliches Waschen der Hände sah die Hausordnung nur bei schmutziger Arbeit vor der Essensvergabe vor. Nach der Körperpflege mussten die Häftlinge ihre Lagerstätten in Ordnung bringen, das Morgengebet verrichten und anschließend begann der Arbeitstag. Die Frühstückszeit war von 7.00 Uhr bis 7.30 Uhr angesetzt und gleichzeitig als Ruhepause eingeplant. Eine weitere Pause von 15 Min. war ab 9.00 Uhr vorgesehen. Mittags wurde für Essen und ebenfalls Erholung von 11.00 bis 12.00 Uhr die Arbeit niedergelegt. Um 16.00 Uhr durften die Insassen wiederum pausieren und zwar für eine Viertelstunde, gleichfalls war 19.00 Uhr Ruhezeit und Abendbrot. Um 20.15 Uhr endete der Tag für die Gefangenen, indem sie sich bis aufs Hemd ausziehen und sich in ihre Betten zur Nachtruhe begeben mussten. Die in Einzelhaft befindlichen Häftlinge hatten, während sich die übrigen in den gemeinschaftlichen Pausen befanden, ihre Zelle und die Abtritte zu reinigen.³¹ Die Freiräume an den Wochentagen ließen folglich nur wenig Zeit zur individuellen Gestaltung, da den Insassen nur Pausen von durchschnittlich 30 Minuten gegönnt wurden. Diese Freizeiten waren in erster Linie für die Regeneration der wichtigen Arbeitskraft gedacht.³²

An Sonn- und Feiertagen wurde generell keine Arbeit verrichtet, außer sie konnte nicht aufgeschoben werden.³³ Die arbeitsfreien Tage waren zur Erholung der Gefangenen und insbesondere zum Lesen der aus der Hausbibliothek ausgegebenen Bücher, sowie zur Vorbereitung für den Unterricht bestimmt. An den freien Tagen wurde eine Stunde später als sonst aufgestanden und der Anstaltsvorstand konnte einen verlängerten Aufenthalt im Freien gewähren.³⁴ Religiöse Unterweisung mittels Unterricht war schon seit dem 18. Jahrhundert in den verschiedensten Anstaltsordnungen verankert. Deren tatsächliche Durchführung und die damit verbundene Persönlichkeitsformung war allerdings noch im ausgehenden 19. Jahrhundert ein Desideratum. Nichtmanuelle Tätigkeiten und jede Form von Freizeitbeschäftigung galten als Widerspruch zum Besserungsgedanken der Zuchthausidee.³⁵ Aus diesem Grund blieb die Eigenbestimmung der Häftlinge selbst an den traditionell ar-

²⁸ StAB Best. K 191 Zuchthaus Plassenburg, Verz. II Nr. 743 Lukas Andreas.

²⁹ Vgl. § 5 Hausordnung (Fn. 22).

³⁰ Vgl. Kolling, Hubert: Die Plassenburg als Strafanstalt, in: Dippold, Günter: Die Plassenburg, Lichtenfels 2008, S. 132.

³¹ Vgl. §§ 52 und 57-58 Hausordnung (Fn. 22).

³² Vgl. Stekl (Fn. 20), S. 248.

³³ Vgl. §§ 52 und 57-58 Hausordnung (Fn. 22).

³⁴ §§ 52 und 57-58 Ebd.

³⁵ Stekl (Fn. 20), S. 311.

beitsfreien Sonntagen und Feiertagen auf ein Minimum beschränkt. Diese dienten primär der Erfüllung religiöser Pflichten und des Fortbildungsunterrichts. Vielfach begnügte man sich, den Arbeitern in ihrer Freizeit die Erledigung nützlicher Dinge nahe zulegen, worunter man in erster Linie Näh-, Strick- oder Flickarbeiten zur Instandhaltung der jeweiligen Anstaltswäsche verstand.³⁶

Auf die jüdischen Gefangenen wurde im durchgeplanten Tages- und Wochenablauf Rücksicht genommen. So waren diese an Sabbaten und den 13 hohen israelitischen Festen von der Arbeit befreit, mussten aber hingegen die anfallenden Arbeiten an den christlichen Sonn- und Feiertagen verrichten.

Da der streng geregelte Tagesablauf zur Besserung der Gefangenen beitragen sollte, wurde von Seiten der Leitung und der Regierung darauf geachtet, dass dieser unbedingt beibehalten werden musste. Dies galt auch während innenpolitischer Krisen. So erging beispielsweise am 18. August 1866 ein Schreiben vom Vorstand des Zuchthauses Plassenburg an das Ministerium des Inneren mit folgendem Inhalt: „Die Gefangenen werden gegen Arbeitslohn beschäftigt. Nun ist aber gerade wegen der Kriegsverhältnisse der Handel gestockt. Daher bittet die Verwaltung den Arbeitstag statt um 5 Uhr erst um 6 Uhr anfangen zu lassen. (§ 52 Hausordnung).“³⁷ Dem Antrag wurde am 27. August statt gegeben, außerdem sollten alle Sträflinge, aus Mangel an anderweitigen Beschäftigungen, mit Spinnen beschäftigt werden.³⁸

Grundsätzlich hatte jeder Gefangene die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen zu beachten, sich der Hausordnung und den sonstigen ihm bekannt gegebenen Vorschriften zu unterwerfen, den Beamten, Angestellten und der Militärwache mit Achtung zu begegnen und den Geboten der Vorgesetzten Gehorsam zu leisten. Den in gemeinsamer Haft befindlichen Gefangenen war während der Schlafenszeit, dem Gottesdienst, dem Unterricht sowie während dem Gang von und zu den Erholungsplätzen das Sprechen verboten. Durch das allgemeine Sprechverbot sollte Einflussnahme oder Hierarchiebildung unter den Gefangenen im Keim erstickt werden. Auch während der Arbeitszeit durfte nur dasjenige gesprochen werden, was für eine von mehreren Gefangenen gemeinschaftlich zu verrichtende Arbeit unvermeidlich war. So erhielt beispielsweise am 23. Januar 1866 der Häftling Hörmann, weil er einen Aufseher auslachte, der ihm zuvor ein Sprechverbot erteilt hatte, dreimal keine Mittagsbrotportion.³⁹

In der Einzelhaft untergebrachten Gefangenen war nur während der Bewegung im Freien das Sprechen mit Mitgefangenen erlaubt. Unanständige Gespräche sowie das Berichten über die begangenen Straftaten wurden den Häftlingen nicht gestattet. Jede geheime oder selbst erfundene Sprache war verboten. Mit den Beamten und

Angestellten durften die Gefangenen nur dann sprechen, wenn sie von denselben hierzu aufgefordert wurden oder ihnen etwas vorzutragen hatten. Den Häftlingen war es sowohl untersagt, Fremde, welche das Zuchthaus besuchten, anzureden oder anzubetteln, als auch von denselben etwas anzunehmen oder an sie etwas abzugeben. Ferner durften sie sich nicht untereinander oder nach Außen durch Zeichen, Gebärden, durch Vermittlung Dritter oder auf schriftlichem Wege in Verbindung setzen, auch nicht aus den Fenstern sprechen, sehen oder sonst verkehren. Schließlich war den Gefangenen jede vertrauliche Annäherung und jeder Verkehr mit der Militär-Wache verboten.⁴⁰

Sofern ein Sträfling eine wichtige Meldung zu erstatten hatte, etwa in Bezug auf sein Verbrechen oder falls er sich krank fühlte, so genügte den Aufsehern gegenüber das Aufheben der Hand; er wurde dann in die Kanzlei geführt. Stellte sich allerdings heraus, dass ein Gefangener unzulässig von diesem Recht Gebrauch gemacht hatte, drohten Strafen wie Essensentzug, oder Dunkelarrest.⁴¹

Damit die Bestimmungen der Tagesordnung eingehalten werden konnten, um dadurch den Gefangenen ein Leben in Ruhe und Frieden zu ermöglichen, war „alles Lärmen, Schreien, Singen, Fluchen, Pfeifen, jede Unanständigkeit in Betragen und im Ausdruck, jede unsittliche Handlung strengstens untersagt.“⁴² Streitigkeiten der Insassen untereinander waren eine erhebliche Gefahr für die Sicherheit innerhalb der Anstalt und sollten daher peinlichst vermieden werden.

So fanden die Kontakte zu anderen Insassen nur in den Gemeinschaftsschlafsälen oder bei den Hofgängen statt. War die Kommunikation durch die Reduzierung der Gespräche auf ein absolutes Minimum schon stark eingeschränkt, wurden aus Sicherheitsgründen zusätzlich noch beinahe alle anderen Formen der Kontaktaufnahme unter den Gefangenen verboten. Dazu zählten neben Unterhaltungen z.B. auch Karten- oder Glücksspiele, Handel oder Tausch von Lebens- und Genussmitteln. Durch die ebenfalls eingeschränkte Bewegungsfreiheit der Gefangenen (der Arbeitsplatz durfte z.B. nicht ohne Aufforderung des Personals verlassen werden), wurden auch zufällige Treffen der Insassen, beispielsweise auf den Gängen, unterbunden.⁴³ Durch diese rigide Vorgehensweise war es für die Gefangenen unmöglich, Freundschaften zu schließen, oder überhaupt mit anderen Personen in persönlichen Kontakt zu treten.⁴⁴

Darüber hinaus durfte sich kein Gefangener der Aufsicht entziehen, einen Fluchtversuch unternehmen oder Vorbereitungen hierzu treffen. Verabredungen oder Verbindungen mehrerer Häftlinge zu einer unerlaubten Handlung waren strengstens untersagt. Deshalb sollten weder Kleider, Bettzeug, noch die ihnen für die Arbeit überlassenen Gegenstände wie Werkzeuge absichtlich verändert

³⁶ Vgl. Ebd. S. 247-249.

³⁷ StAB K 3 – F 1 Regierung von Oberfranken, Nr. 2328: Die Beschäftigung der Gefangenen 1862-1869.

³⁸ Vgl. Ebd.

³⁹ Vgl. StAB, K 191 Zuchthaus Plassenburg, Verz. I, Nr. 11: Aufstand der Gefangenen 1866-1867.

⁴⁰ Vgl. § 60 Hausordnung (Fn. 22).

⁴¹ Näheres zu Strafen auch unter dem Punkt „Maßnahmen zur Disziplinierung“.

⁴² § 60 Hausordnung (Fn. 22).

⁴³ Vgl. Ebd.

⁴⁴ Vor allem Aufstände oder Zusammenrottungen sollten dadurch vermieden werden.

werden. Kein Gefangener durfte außer den ihm übergebenen oder überlassenen Gegenständen irgendetwas besitzen.

„Was (...) die Erholung, beziehungsweise die Bewegung im Freien betrifft, so ist solche den Gefangenen (...) zugelassen und zwar täglich: in einstündiger Dauer in sämtlichen (...) bayerischen Strafanstalten.“⁴⁵ Hierzu wurden auch die Arten der Bewegung vorgeschrieben. Auf der Plassenburg bedeutete dies: Bewegung im Hof mit freier Wahl der Gesellschaft, in vorgeschriebener Richtung im Rundgang und zwar alleine oder in Rotten zu zwei oder drei Mann. Dabei war das Sprechen der Häftlinge untereinander erlaubt. Körperliche Übungen konnten, soweit sie die Sicherheit und Ordnung innerhalb der Anstalt nicht störten, in Verbindung mit der Bewegung im Freien vom Vorstand gestattet werden.⁴⁶ Kranke oder Gebrechliche durften sich auch, nach erteilter Erlaubnis durch den Vorstand, während dieser Zeit hinsetzen. Bei schlechtem Wetter fand die Bewegung in den Hausgängen statt.⁴⁷

Während der Dauer ihrer Haft war den Gefangenen sowohl mündlicher als auch schriftlicher Verkehr mit Angehörigen und Freunden nur mit Wissen und Zustimmung des Vorstandes gestattet. Entsprechende Unterredungen waren nur in Gegenwart des Vorstandes oder eines von demselben bestimmten Aufsehers in einem hierfür bestimmten Raum erlaubt, wobei das Gespräch längstens eine viertel Stunde dauern durfte und in verständlicher Sprache geführt werden musste. Hierbei durfte der Besucher dem Gefangenen weder etwas übergeben, noch von demselben etwas in Empfang nehmen. Besucher, die sich nicht an diese Vorschrift hielten, wurden sofort weggeschickt. Gefangene, die einen Brief schreiben wollten, hatten hierzu erst die Genehmigung einzuholen. Zur Kontrolle waren die Briefe dann dem Anstaltsvorstand vorzulegen. Das notwendige Schreibmaterial, ebenso wie das anfallende Porto, hatten die Gefangenen aus ihrem „Verwendungsfond“ selbst zu bestreiten. Die Zahl der Besuche und Briefe war im Jahr auf vier begrenzt.⁴⁸

Nicht nur in den Zuchthäusern wurden solch strenge Vorgaben und Reglementierungen im Alltag getroffen, ein anderes Beispiel ist unter anderem die militärische Strafanstalt auf Oberhaus. Auch hier standen die Sträflinge um 5:30 Uhr auf um ihren Arbeitstag, der ebenfalls von kurzen Pausen unterbrochen wurde, anzutreten. Um 20 Uhr begann die Nachtruhe. Wegen eines Verstoßes gegen die Hausordnung, genauer wegen lauten Sprechens nach 22:00 Uhr im gemeinschaftlichen Schlafzimmer, wurden öfters auch auf Oberhaus Gefangene bestraft.⁴⁹

⁴⁵ Wullen, W.: in welcher Weise und in welcher Ausdehnung soll die Bewegung der Strafgefangenen in freier Luft, ihre körperliche Reinigung, besonders das Baden, das Haar- und Bartscheren stattfinden? in: Ekert, G. (Hrsg.): Blätter für Gefängniskunde. Organ des Vereins der deutschen Strafanstaltsbeamten. Zweiter Band, Heidelberg 1867, S. 272.

⁴⁶ Vgl. Ebd. S. 271-273.

⁴⁷ Vgl. § 30 Hausordnung (Fn. 22).

⁴⁸ Vgl. §§ 13-18 Ebd.

⁴⁹ Vgl. Hettinger, Ulrich: Der Militärstrafvollzug im Königreich Bay-

ern bis 1914, Augsburg 1995, S. 85.

Die Insassen des Zuchthauses hatten, entsprechend der Vorgaben durch die Hausordnung, kein eigenes Verfügungsrecht über ihre Zeit. Die Freizeit und das ehemalige Privatleben, welches die Gefangenen vor ihrem Eintritt in die Anstalt besaßen, sollte innerhalb des Zuchthauses den Prinzipien der Ordnung, Moralität und Arbeitsamkeit geopfert werden, um sie dadurch zu besseren Menschen zu erziehen.⁵⁰

Auch in den unteren Bevölkerungsschichten dominierten im 19. Jahrhundert die traditionellen Muster der regionalen Arbeits- bzw. Festkultur den Rhythmus des Tages- und Jahresablaufs, die kaum Zeit für außerplanmäßige Freizeitbeschäftigungen, jedoch zumindest für deren individuelle Gestaltung ließen.⁵¹

3. Arbeit

a. Arbeitszeit

Im Allgemeinen war Arbeit seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts das Allheilmittel zur Verminderung und Beseitigung von Unproduktivität und jeglicher Form von Elend.⁵² Arbeitswerte wie Zuverlässigkeit, Pünktlichkeit, Erfahrung, Kooperationsfähigkeit werden zu den Leitwerten des Alltagsverhaltens, da nun die soziale Identität nicht mehr durch Geburt, Besitz oder Bildung, sondern durch Arbeitsleistung bestimmt wird.⁵³ Dieser Trend hielt auch immer mehr in der Zuchthausarbeit Einzug. Wer sich schon während seiner Haftzeit gut und redlich seiner Arbeit widmet, soll auch nach seiner Entlassung wieder leicht in die Gesellschaft zurückfinden. Aber auch in der freien Wirtschaft wurde die Behandlung von einfachen Arbeitern kaum anders gehandhabt. Die innerbetriebliche Disziplin, bestehend aus Verboten und Regeln, die durch Aufsicht und Strafen gewährleistet werden sollte, wurde vor allem in den frühen Textilfabriken drastisch durchgesetzt.⁵⁴

Daher stand, wie bereits erwähnt, die Arbeit im Mittelpunkt des Vollzugs und auch kranke Häftlinge sollten nach ärztlichem Gutachten einer leichteren Beschäftigung zugeteilt werden.⁵⁵ Laut Hausordnung musste jedem Gefangenen vom Vorstand ein tägliches Arbeitspensum vorgegeben werden, „welches unter Zugrundelegung der mittleren Leistungen eines gesunden, kundigen Arbeiters und unter Berücksichtigung der Gesundheits-Verhältnisse des Gefangenen von dem Vorstand der nach Einvernehmung des betreffenden Werkpersonals bestimmt wird. Dasselbe soll so groß sein, dass es nur mit Anstrengung der Kräfte geleistet werden kann.“⁵⁶

⁵⁰ Vgl. Ammerer, Gerhard/Alfred Stefan, Weiß: „Jede Besserung ... ist dem Staate nützlich“, das Innsbrucker Zucht-, Arbeits- und Strafhaus 1725-1859, in: Ammerer, Gerhard/Alfred Stefan, Weiß (Hrsg.): Strafe, Disziplin und Besserung Frankfurt a.M. 2006, S. 109.

⁵¹ Vgl. Kaschuba, Wolfgang: Leben Welt und Kultur der unterbürgerlichen Schichten im 19. und 20. Jahrhundert, München 1990, S. 36.

⁵² Vgl. Ammerer (Fn. 50), S. 78.

⁵³ Vgl. Kaschuba (Fn. 51), S. 90.

⁵⁴ Vgl. Kocka, Jürgen: Arbeitsverhältnisse und Arbeiterexistenzen. Grundlagen der Klassenbildung im 19. Jahrhundert, Bonn 1990, S. 456.

⁵⁵ Vgl. § 46 Hausordnung (Fn. 22).

⁵⁶ § 51 Ebd.

Die tägliche Arbeitszeit im Zuchthaus Plassenburg dauerte im 19. Jahrhundert von 5:30 Uhr bis 19:00 Uhr. Einzige Ausnahme bildete hier der Sonntag, an dem nur die nötigsten anfallenden Haus- und Küchenarbeiten erledigt wurden. So betrug die durchschnittliche tägliche Arbeitszeit der Gefangenen 10-12 Stunden.⁵⁷ Die Dauer entsprach allerdings durchaus den damals üblichen Arbeitszeiten in den landwirtschaftlichen und gewerblichen Zweigen. Pauschal lässt sich nämlich sagen, dass in Handwerk und Industrie bei guter Auftragslage die tägliche Arbeitszeit bei sechs Arbeitstagen in der Woche in etwa bei 13 Stunden lag. So betrug die durchschnittliche Wochenarbeitszeit in Deutschland im Jahre 1873 zwischen 60 und 72 Wochenstunden. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts löste sich die Arbeitszeit aus ihren natürlichen Begrenzungen, sprich dem Tag- und Nachtrhythmus. Bedürfnisse der Menschen wurden immer häufiger hintangestellt, zugunsten der populärer werdenden kapitalistischen Denkweise der Betriebe.⁵⁸

Um das vorgelegte Arbeitspensum innerhalb des Zuchthauses aufrechterhalten zu können, konnte allerdings vom Vorstand wenig Wert auf die Auftragslage gelegt werden. Falls es zu wirtschaftlichen Krisen kam, konnte dies zu einem großen Problem bezüglich der Beschäftigung der Gefangenen werden. Im Jahr 1866 war wegen der Kriegsverhältnisse der Handel gestockt und im Zuchthaus Plassenburg nicht mehr genügend Arbeit vorhanden. Am 18. August erging ein Schreiben des Vorstands an das Ministerium des Inneren mit der Bitte den Arbeitstag statt um 5 Uhr erst um 6 Uhr anfangen zu lassen. Die Antwort des Ministeriums lautete: „Dem Antrag wird statt gegeben, außerdem sollen alle Sträflinge mit Spinnen beschäftigt werden aus Mangel an anderweitigen Beschäftigungen.“⁵⁹

b. Beschäftigungsbranche

Die jeweiligen Beschäftigungsarten für die Zuchthäuser wurden vom Staatsministerium der Justiz bestimmt, wobei vor allem darauf geachtet werden sollte, „dass die Arbeiten der Besserung und geistigen Ausbildung der Gefangenen förderlich sind, ihnen das Bewusstsein einer fruchtbringenden Tätigkeit gewähren und sie zum redlichen Fortkommen nach der Entlassung möglichst befähigen.“⁶⁰ Aber nicht nur die Strafpolitik, sondern auch die Wirtschaftspolitik war an der Gestaltung der Gefängnisarbeit gleichermaßen beteiligt.⁶¹ Zum einen war es von großer Bedeutung einfache, nicht speziell qualifizierte Arbeiten von den Gefangenen verrichten zu lassen, die binnen kürzester Zeit gelernt werden konnten.⁶² Zum anderen orientierten sich die Beschäftigung

gen, die die Zuchthausinsassen verrichten mussten in erster Linie an den jeweiligen historischen und regionalen Wirtschaftsfaktoren. Im 19. Jahrhundert waren dies vor allem Tätigkeiten, die in irgendeiner Weise mit der Herstellung von Textilien zu tun hatten, da diese Branche im 17. und 18. Jahrhundert die größte Entwicklung durchgemacht hatte.⁶³

Mit der Umwandlung des Zwangsarbeitshauses Plassenburg 1862 in ein Zuchthaus erfolgte ebenfalls eine Ausweitung der Gefängnisbetriebe. Am 22. Dezember 1862 erging der Beschluss des Innenministeriums die Gefangenen auch mit Garnzimmern zu beschäftigen, da sich viele Geschäftsleute dafür interessieren würden. Es war durchaus üblich, dass Unternehmer ihre Produkte billiger von Häftlingen herstellen ließen. Dabei stellte die Zuchthausverwaltung die Arbeitskraft der Gefangenen, die Räumlichkeiten und evtl. Arbeitsgeräte zur Verfügung. Der Unternehmer hingegen sorgte für den Unterhalt seiner Arbeiter, stellte ihnen einen oder mehrere Meister zum Anlernen und natürlich die notwendigen Rohstoffe.⁶⁴ Ein Beispiel hierfür war das Fabrikhaus Spier aus Offenbach, das auf der Plassenburg Schuhmacherarbeiten verrichten ließ. „Zu seiner und der hiesigen Anstalt Sicherheit wurde zwischen dem damaligen Vorstand des hiesigen Zuchthauses H. Inspector Bracker und ihm dem Fabrikhaus Spier & Corp. ein Übereinkommen getroffen.“⁶⁵ Die Firma Spier sollte garantieren, dass von nun an immer 12 Gefangene von ihr beschäftigt werden konnten, die von der Zuchthausverwaltung ausgesucht wurden. Was die Bezahlung der Beschäftigten angeht, so wurden die Löhne vom Vorstand geprüft und mit der Firma Spier regelmäßig neu verhandelt (je nachdem, ob sie fielen oder stiegen). In diesem Fall wurden die Gefangenen nach Stückzahl bezahlt. Maschinen und sonstige für die Produktion notwendigen Gegenstände sollten von der Firma Spier bezahlt werden. Insgesamt konnten so 19 verschiedene Arten von Schuhen auf der Plassenburg produziert werden.

Im Fall der Garnzimmerei auf der Plassenburg sollten die Zwirnmaschinen aus der Bayreuther Anstalt St. Georgen unentgeltlich bezogen werden. Eine solche Manufaktur bestand dort bereits (mit einem Umsatz von 3000 – 4000 Gulden jährlich), sollte allerdings aufgelöst werden. Des Weiteren wurden 1863 einige Gefangene von St. Georgen auf die Plassenburg versetzt, um die Produktion schneller anzukurbeln, weil sie schon im Garnzimmern angelehrt waren.

Bis 1869 wurde durch das Spinnen von Kuh- und Kälberhaaren, mit dem durchschnittlich 103 Gefangene beschäftigt werden konnten, laut Verwaltung, beachtliche Gewinne erzielt. Am 1. Oktober dieses Jahres wurde diese Tätigkeit allerdings von der bayerischen Regierung aus gesundheitsschädlichen Gründen verboten. Der alternative Vorschlag von Seiten des Vorstands stattdessen eine

⁵⁷ Vgl. Kolling (Fn. 30), S. 139-140.

⁵⁸ Kocka (Fn. 54), S. 475-468.

⁵⁹ StAB K 3 – F 1 Regierung von Oberfranken, Nr. 2328: Die Beschäftigung der Gefangenen 1862-1869.

⁶⁰ Vgl. § 47 Hausordnung (Fn. 22).

⁶¹ Vgl. Krohne, Karl: Gefängnisarbeit, in: Elster, Ludwig/ u.a. (Hrsg.): Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Zweite, gänzlich umgearbeitete Auflage, Viertes Band, Jena 1900, S. 38.

⁶² Marzahn, Christian: Das Zucht- und Arbeitshaus. Die Kerninstitution früh bürgerlicher Sozialpolitik, in: Marzahn, Christian/Ritz Hans-Günter (Hrsg.): Zählen und Bewachen. Die Anfänge bürgerlicher Sozialpolitik, Bielefeld 1984, S. 47-51.

⁶³ Vgl. Ebd. S. 48.

⁶⁴ Vgl. Krohne (Fn. 61), S.43.

⁶⁵ StAB K 3 – F 1 Regierung von Oberfranken, Nr. 2328: Die Beschäftigung der Gefangenen 1862-1869.

Zigarrenproduktion einzurichten, wurde allerdings abgelehnt.⁶⁶

Des Weiteren wurden die Häftlinge noch in anderen Betrieben innerhalb des Zuchthauses Plassenburg beschäftigt: einer Korbmacherei, Bürstenbinderei, Weberei, Schneiderei und Zwirnerei. In der Schneiderei sollten 72 Gefangene im Jahr 1892 neben den hausinternen insbesondere Arbeiten für das Militär verrichten. So gab es damals neun Flickschneider, 53 Militärarbeiter, sieben waren für die Kleidung der Insassen und drei für die der Anstaltsbediensteten verantwortlich. So konnten für das Militär in diesem Jahr 2286 Mäntel, 6078 Hosen, 44 Waffenröcke, 120 Reithosen sowie 355 Arbeitsanzüge geschneidert werden.

Daneben mussten Gefangene, die als Steinhauer, Maurer, Zimmerergesellen und Handlanger tätig waren Bau- und Renovierungsarbeiten in und außerhalb der Anstalt verrichten, um die Bauunterhaltungskosten für den Staat möglichst gering zu halten.⁶⁷

c. Entlohnung

Durch die kontinuierliche und leicht erlernbare Arbeit wurde die optimale Eingliederung der Zuchthäuser in das Verlagssystem von Großbetrieben forciert. Verständlich, dass die auftraggebenden Unternehmer vor allem an der fristgerechten Fertigstellung der Ware, sowie an deren Qualität interessiert waren. Da die Gefängnisarbeit nun in erster Linie erwerbskapitalistischen Ansichten unterlag, geriet sie rasch unter starken Lohndruck.⁶⁸

Die Entlohnung der Häftlinge wurde unterschiedlich gehandhabt und meist ein Teil zur Tilgung der Anstaltskosten eingezogen, ein geringer Rest ausbezahlt, oder in einigen Anstalten der Lohn ganz ausgezahlt.⁶⁹ In den bayerischen Zuchthäusern sollte, laut Hausordnung, der Arbeitsverdienst in die Zuchthauskasse mit einfließen, um die für den Staat durch die Haft entstandenen Kosten decken zu können.

So wurden die Gefangenen des Zuchthauses Plassenburg, die für das Fabrikhaus Spier Schuhe herstellten, nach Stückzahl bezahlt. Die Löhne wurden von der königlichen Verwaltung geprüft und mit der Firma Spier regelmäßig - je nachdem, ob sie fielen oder anstiegen - neu verhandelt. 1864 beispielsweise lag der tägliche Durchschnittsverdienst eines Häftlings bei der Schuhproduktion bei 18 Pfennigen.⁷⁰ Im Vergleich dazu verdienten 1869 in einer Ravensburger Spinnerei ein Handhechler 2,50 Mark pro Tag, eine Spenderin 90 Pfennig bis 1,20 Mark und ein Abschneider 60 bis 70 Pfennige. Durchweg war der Verdienst innerhalb der Textilbranche in der damaligen Zeit schlechter als in anderen Industriezweigen.⁷¹ Zwar war der Lohn eines Textilarbeiters im Vergleich zu dem eines Zuchthausgefangenen mindestens 3-mal höher, allerdings ist hier zu berücksichtigen, dass ersterer

meist noch eine Familie mitzuernähren und weitere Unkosten hatte. Des Weiteren hatte ein Häftling zusätzlich noch die Chance etwas Geld zu sparen, eine Möglichkeit, die wohl den wenigsten Mitgliedern der unteren Schicht vergönnt war.

Der Arbeitsverdienst der Gefangenen bildete das Depositum (Kassa) und floss zu gleichen Teilen in einen Verwendungs- und einen Stock-Fond. Der jährliche Aktivrest wurde angelegt und die daraus entstandenen Zinsen sollten, laut Hausordnung, als Arbeitsprämien verteilt werden.⁷² Über den Verwendungs-Fond konnte man während der Haftzeit frei verfügen, „aus demselben dürfen jedoch nur erlaubte Genußmittel und Ausgaben für Briefporto, Bücher, Zeichnungs-Vorlagen, Brief- und Zeichnungspapier, Arbeitsgeräte, so wie Unterstützung nothleidender Angehöriger bestritten werden.“⁷³ Zuchthausgefangene konnten, je nach Verdienst, bis zu 20 Pfennig für den vollen Arbeitstag extra bekommen. Wenn ein Häftling in der Strafanstalt starb, durfte der Vorstand die gutgeschriebene Belohnung den Angehörigen des Gefangenen auszahlen, gesetzt den Fall, diese waren unterstützungsbedürftig.⁷⁴ Als Beispiel eines besonders fleißigen Arbeiters sei hier Wolfgang Wagner erwähnt. Der 1900 wegen Diebstahl verurteilte Häftling erhielt während seiner Zeit im Zuchthaus Plassenburg jedes Jahr eine Arbeitsprämie von jeweils 2 Mark.⁷⁵ Der Ausschüttung von Prämien wurden jedoch Grenzen gesetzt, „weil dadurch die Gier nach materiellem Genuss, die so manche Gefangene ins Verbrechen geführt hat, [gesteigert] und ihm eine Lebenshaltung ermöglicht wird, wie sie Tausende von freien Arbeitern nicht erringen können.“⁷⁶ Die Arbeitsbelohnung sollte auch nach der Haftzeit helfen, sich in das geordnete soziale Leben wieder einzufügen. Hierfür war der Spar-Fond gedacht, der nach der Entlassung als eine Art Startgeld dem Sträfling ausbezahlt wurde.⁷⁷

Zuchthäuser wurden staatlich verwaltet und sollten möglichst versuchen sich durch Verkauf ihrer produzierten Produkte finanziell selbst zu tragen.⁷⁸ Dies sah in der Realität freilich anders aus: die Ausgaben überstiegen bei weitem die Einnahmen. Die Gründe, warum der Unterhalt der Strafanstalten trotz Zwangsarbeit so teuer war, beziehungsweise die Gefangenen so wenig verdienten, waren: die geringe Ausdauer der Gefangenen (gegründet auf die Mangelernährung und wenig Bewegung an frischer Luft) und natürlich unzureichende Kenntnisse und Fähigkeiten bezüglich gewerblicher Arbeiten. Weitere Nachteile gegenüber gewerblichen Betrieben bestanden in Ermangelung einer richtigen und einheitlichen Buch-

⁶⁶ Vgl. Ebd.

⁶⁷ Vgl. Kolling (Fn. 30), S. 141.

⁶⁸ Vgl. Stekl (Fn. 20), S. 301.

⁶⁹ Marzahn (Fn. 62), S. 48.

⁷⁰ Vgl. StAB K 3 – F 1 Regierung von Oberfranken, Nr. 2328: Die Beschäftigung der Gefangenen 1862-1869.

⁷¹ Vgl. Kocka (Fn. 54), S. 460.

⁷² Vgl. § 56 Hausordnung (Fn. 22).

⁷³ § 54 Ebd.

⁷⁴ Vgl. Leybold, Otto: Humanität, Strenge und Individualisierung in der Strafanstalt in Bayern, Landsberg 1907.

⁷⁵ Vgl. StAB Best. K 191 Zuchthaus Plassenburg, Verz. II Nr.532 Wolfgang Wagner.

⁷⁶ Krohne (Fn. 61), S. 52.

⁷⁷ Vgl. § 54 Hausordnung (Fn. 22)

⁷⁸ Vgl. Marzahn (Fn. 62), S. 43.



Abb. 1: Arrestzellen im 1. Obergeschoß des Südflügels der Hochburg. Links neben den Zellentüren die Schürllöcher, sowie oberhalb die Oberlichter, die zur Vollstreckung des Dunkelarrests mit Klappen völlig abgedunkelt werden konnten. Historische Ansichtskarte um 1930, Sammlung Harald Stark.

führung, sowie einer zweckmäßigen Einrichtung der Produktionsräume.⁷⁹

Allerdings hatten nicht nur bayerische Zuchthäuser diese erheblichen finanziellen Probleme, sondern z.B. auch die österreichischen. Das Linzer Strafhaus war im 19. Jahrhundert ein ständiger Zuschussbetrieb. Im Jahr 1831 musste diese Anstalt mit etwa 31.000 Gulden unterstützt werden, um zur besseren Motivation der Insassen mehr Arbeitsprämien verteilen zu können. Auch hier durften die Gefangenen den „Überverdienst für den Ankauf zusätzlicher Posten (Brot, warme Suppe etc.) verwenden, den Rest hingegen erhielten sie erst beim Verlassen der Anstalt, ein System, das den Frauen und Männern bei ihrer Wiedereingliederung in die Gesellschaft zumindest ein wenig Unterstützung bieten sollte.“⁸⁰

Da sich auch das Zuchthaus Plassenburg aus den genannten Gründen in einer wirtschaftlich miserablen Lage befand, führte dies letztendlich auch zu dessen Auflösung im Jahre 1909.

4. Maßnahmen zur Disziplinierung

Die Disziplinierungsmechanismen von Strafanstalten beinhalten nicht nur hierarchische Überwachung und Prüfung, sondern auch normierende Sanktionen, welche zur individuellen Besserung der Gefangenen beitragen sollten. Diese Sanktionen beruhen jedoch auf einem Doppelmechanismus, der neben der Bestrafung auch Aufmunterungen in Form von Vergünstigungen kannte. Diese Grundtendenzen kamen auf Grund der intensiver

werdenden Bürokratisierung verstärkt während des 19. Jahrhunderts auf. Vor allem die vormärzlichen Zentralbehörden waren bemüht, für sämtliche Anstalten innerhalb ihres Staates verbindliche Strafbestimmungen in Form von Hausordnungen festzulegen. Jede Annäherung an das durch diese Ordnung vorgegebene Optimum wurde entsprechend belohnt, oder bei Zuwiderhandlung bestraft.⁸¹

a. Strafen

Disziplinarstrafen bestanden unter anderem aus dem Entzug des Essens, dem Ausschluss von der Hofstunde, dem Entzug des Bettlagers, Fesselung, Einzelhaft oder Dunkelarrest. Alle Strafen wurden in der Regel sofort vollstreckt. Es wurde jedoch keine Strafe verhängt werden durfte, bevor der Gefangene nicht durch den Vorstand zu seiner Tat befragt wurde und der Hausarzt sein Einverständnis dazu gegeben hatte.⁸²

Durch das neue Bayerische Strafgesetzbuch von 1861 schaffte man die Prügelstrafe in den bayerischen Strafanstalten ab. In der Hausordnung für Zuchthäuser steht daher ausdrücklich: „Körperliche Züchtigung ist unbedingt ausgeschlossen.“⁸³ Aus diesem Grund bestanden Disziplinarstrafen aus: 1. Verweis, 2. Entzug des Arbeitsverdienstes bis auf die Dauer von vier Wochen, 3. Schmälerung der Kost, 4. einfacher und geschärfter Arrest, und 5. einfacher und geschärfter Dunkelarrest, sowie 6. die Anlegung von Fesseln. Die Schmälerung der Kost setzte sich

⁷⁹ Vgl. Kolling (Fn. 30), S. 141.

⁸⁰ Weiß (Fn. 23), S. 233.

⁸¹ Vgl. Stekl (Fn. 20), S. 208-215.

⁸² Vgl. Leybold (Fn. 74).

⁸³ § 65 Hausordnung (Fn. 22).

entweder aus der Entziehung der Mittagsbrotportion, des Mittagessens oder beider zugleich bis zu 14 Tagen zusammen. Zusätzlich konnten die Gefangenen mit der kompletten Beschränkung der Kost auf Wasser und Brot bestraft werden. Dieser Entzug dauerte bis zu acht Tagen. Der einfache Arrest war die isolierte Einsperrung in einer dafür eingerichteten Einzelzelle mit oder ohne Beschäftigung mittels Arbeit bis zur Dauer von vier Wochen. Durch die Einzelhaft sollten die wegen ihres schlechten Einflusses, also die laut Vorstand moralisch verkommenen und als unverbesserlich geltenden Gefangenen von den übrigen Insassen weitgehend getrennt werden. Zusätzlich war diese Haft eine Art Präventivmaßnahme, um zu verhindern, dass schlechtes Benehmen Nachahmer unter den Häftlingen fand und diese somit zu üblen Taten anstiften konnte.⁸⁴ Der Zustand der Isolation wurde nur durch Zellenbesuche des Aufsichtspersonals, der höheren Beamten und den Aufhalten in Kirche und Schule unterbrochen.⁸⁵

Eine Steigerung der Einzelhaft bestand beim geschärften Arrest hingegen darin, dass dem Bestraften während dieser Zeit kein Bett zur Verfügung stand und er somit auf bloßen Brettern schlafen musste, wobei eine gleichzeitige Schmälerung der Kost in der bereits beschriebenen Art und Weise angewendet werden konnte. Die schärfste Form der Einzelhaft war die des Dunkelarrests; die einsame Einsperrung ebenfalls mit Liegen auf bloßen Brettern bis zur Dauer von zehn Tagen. Hier war es laut Hausordnung auch erlaubt den Delinquenten zu fesseln; jeweils drei Tage lang bis zu sechs Stunden an einem Tag oder Anschließen an die Wand auf die ganze Strafdauer. Wie ein Gefangener gefesselt werden konnte, wurde ebenfalls in dem Bestrafungskatalog der Hausordnung festgelegt, nämlich durch „die Anbringung von Eisen an den Füßen und deren Verbindung mittels einer Kette, so dass das Gehen nicht möglich ist.“⁸⁶ Diese Art der Bestrafung durfte maximal drei Monate angewendet werden.

Die Arrestzellen befanden sich auf der Plassenburg an der Südarkade des Schönen Hofes. Durchschnittlich waren diese 2,66 Meter lang, 1,23 Meter breit und hatten eine Höhe von 2,27 Metern. In der Nische links neben dem Eingang befand sich ein kleiner von außen beheizbarer Ofen (die Schürflöcher sind auf der oberen Abbildung ebenfalls zu erkennen). Über der Tür befand sich ein heute zugemauertes, vergittertes Oberlicht, welches von außen durch eine Klappe vollständig verdunkelt werden konnte. Die beengte Grundfläche ließ das Aufstellen einer Bettstatt sicherlich nicht zu, so dass anzunehmen ist, dass die Gefangenen hier entweder - wie beim verschärften Arrest - auf den blanken Bodenbrettern oder auf Stroh schlafen mussten. Ebenfalls befinden sich in dieser Art von Zelle noch recht tief angebrachte eiserne Ringe, an denen die auf dem Boden liegenden Gefangenen angekettet werden konnten. Die Zellen wurden erst nach 1859 zwischen den historischen, noch heute erhal-

tenen Schiesskammern in die hier rund 4 Meter dicke südliche Schildmauer des Schönen Hofes gebrochen.⁸⁷

Wegen vermehrter Verstöße gegen die Hausordnung erging am 17. September 1863 vom Staatsministerium des Inneren an die Zuchthausverwaltung Plassenburg die Anordnung über die Anschaffung von drei Zwangsjacken, die man von der Anstalt St. Georgen beziehen sollte. Zusätzlich sollten von nun an „nur noch 500 bis 520 Köpfe das Kulmbacher Zuchthaus bevölkern.“⁸⁸

Diesem Beschluss ging allerdings ein Aufstand der Gefangenen voraus. Einen Monat zuvor, am 10.8.1863, wurde nämlich ein Häftling namens Weckerle wegen Fluchens im Schlafsaal mit einem achttägigen Sprechverbot bestraft. Als diese Strafe über ihn verhängt wurde, begann er lauthals zu schreien und zu schimpfen. Durch unflätige Gesten und Ausdrücke verschlimmerte er seine Bestrafung noch zusätzlich, so dass diese in einen zweiwöchigen geschärften Arrest umgewandelt wurde. Wiederum versuchte Weckerle Einspruch dagegen einzulegen, begann mit dem Fluchen und allem anderen, „was er aus vollem Halse bringen konnte“ und wehrte sich so dermaßen gegen die Abführung in den Arrest, dass er vom Personal mit Gewalt abgeführt werden musste. In der Zelle konnte sich der Gefangene allerdings auch nicht beruhigen lassen. Seine Wut und seine Ausschreitungen wurden eher noch größer. Deshalb sahen sich die Aufseher dazu gezwungen Weckerle mit Gewalt an die Wand anzuschließen. Dabei schrie, schimpfte und fluchte er so schrecklich und laut, dass er das ganze Zuchthaus und vor allem den gegenüberliegenden Linnensaal, in dem sich zu diesem Zeitpunkt 95 Häftlinge befanden, in „ungewöhnliche Aufregung“ versetzte. Ruhe konnte erst wieder nach Einschreiten des Rechnungsführers und der Wachmannschaft hergestellt werden, indem man die Gefangenen im Linnensaal über den Sachverhalt aufklärte. Weckerle hingegen wurde auf Grund seiner „höchst groben Excesse“ mit verschärftem Arrest für die Dauer von vier Wochen, mit gleichzeitigem Entzug des Mittagessens und mit anschließendem 14-tägigem geschärften Arrest durch Liegen auf losen Brettern und Anschließen an der Wand bestraft. Danach musste der Aufständische noch drei Monate isoliert in Einzelhaft verbringen.⁸⁹

b. Aufmunterungen

Angesichts der rigorosen Vorschriften und den damit verbundenen Disziplinarstrafen, waren Belohnungen ein wichtiges Mittel zur persönlichen Reorganisation der vielfach gedemütigten, von der Außenwelt abgeschnitten und in der Selbstverwirklichung beschränkten Häftlinge.⁹⁰

Somit konnten Gefangene, welche sich durch ihr Verhalten vorteilhaft auszeichneten, nach dem Ermessen des Vorstands durch Aufmunterungen motiviert werden. Diese bestanden beispielsweise in der Verrichtung von

⁸⁴ Vgl. Hettinger (Fn. 49), S. 95.

⁸⁵ Vgl. Leybold (Fn. 74).

⁸⁶ § 66 Hausordnung (Fn. 22).

⁸⁷ Vgl. StAB Best. K 191 Zuchthaus Plassenburg, Verzeichnis I, Nr. 91: Die Herstellung von Absonderungslocalen.

⁸⁸ StAB, K 191 Zuchthaus Plassenburg, Verz. I, Nr. 10: Widersetzliches Benehmen der Gefangenen 1863-1864.

⁸⁹ Vgl. Ebd.

⁹⁰ Vgl. Stekl (Fn. 20), S. 216.

besseren bzw. lohnenderen Arbeiten (Haus-, Hof- oder Gartenarbeit), oder der Zulassung besonderer Genussmittel wie etwa Brot, Butter, Salz, Milch, Bier, Salat und Schnupftabak. Jede Belohnung wurde dann in der Personenakte des jeweiligen Häftlings vermerkt.⁹¹ So erhielt der Gefangene Wolfgang Wagner wegen guten Benehmens am 1.5.1904 1/5 Pfund Butter⁹²; Andreas Lukas durfte ab dem 1.10.1907 eine halbe Mark mehr Lohn empfangen. Ein paar Monate später wurde ihm sogar erlaubt, seinen Mehrverdienst zu sparen.⁹³ Aber auch andere Formen der Aufmunterung lassen sich in den bearbeiteten Personenakten finden. Wegen seines Arbeitsfleißes und seines guten Benehmens wurde Johann Beiswenger im Jahre 1888 vor seinen Mitinsassen öffentlich gelobt und erhielt eine Büchse Tabak.⁹⁴

Neben den Belohnungen in Form von materiellen Dingen konnten auch soziale Aufmunterungen wie außerplanmäßige Kontakte der Gefangenen zu ihren Angehörigen gestattet werden. Laut Hausordnung durften Zuchthausgefangene jährlich vier Briefe schreiben und genauso viele Besuche empfangen. Der Vorstand konnte hierbei die Erlaubnis erteilen, dass ein Häftling zusätzliche Besuche empfangen oder Briefe schreiben durfte. Deren Anzahl konnte bei Übertretungen hingegen auch wieder verringert werden.⁹⁵

Besuche waren nur in Gegenwart des Vorstandes oder eines von demselben bestimmten Aufsehers in einem hierfür bestimmten Raum erlaubt, wobei das Gespräch längstens eine viertel Stunde dauern sollte und in verständlicher Sprache geführt werden musste. Hierbei durfte der Besucher dem Gefangenen weder etwas übergeben, noch von demselben etwas in Empfang nehmen. Besucher, die sich nicht an diese Vorschrift hielten, wurden sofort weggeschickt. Auch die schriftliche Kommunikation wurde auf eine ähnliche Art und Weise kontrolliert. Alle ankommenden oder abgehenden Briefe wurden auf ihren Inhalt geprüft. So lautet ein Ausschnitt aus dem „Correspondenz-Ausweise“ des genannten Häftlings Andreas Lukas: „11. Oktober 1903 Schreiben an Bernhard Kopp Behringersdorf; teilt seinen Aufenthalt mit und entschuldigt sich, dass er nicht eher schreiben durfte, teilt ferner seine Beschäftigung mit und dass er gesund ist, grüßt seine Verwandten und bittet um Nachricht. 10. Juni 1904 Schreiben an Konrad Lukas Behringersdorf; dankt für das Schreiben, erkundigt sich über familiäre Angelegenheiten und grüßt die Angehörigen.“⁹⁶ Kam es vor, dass ein Brief den Vorstellungen des Vorstands nicht entsprach, wurden diese entweder nicht ausgehändigt oder nicht abgesendet. In diesem Fall musste dies dem betreffenden Häftling mit

entsprechender Begründung mitgeteilt werden.⁹⁷ Bei besonders guter Führung gab es die Möglichkeiten bei Gefangenen, die bereits drei Viertel ihrer Strafe verbüßt hatten, auch ein „Offizial-Antrag“ auf Begnadigung zu stellen.⁹⁸

Anstelle der verbalen Belehrung trat im Laufe des 19. Jahrhunderts die sofortige Aushändigung der schriftlich formulierten Hausordnung in Kraft. Mit zunehmender Präzision wurde dabei ein formalisiertes System von verbindlichen Verhaltensmaßregeln erstellt. Die durch die Strafe verursachte körperliche und geistige Erschöpfung sollte die Autorität des Anstaltspersonals gewährleisten, die sozialen Beziehungen zwischen den Insassen regeln und damit die Verwirklichung der offiziellen deklarierten Anstaltsziele vorantreiben.⁹⁹

5. Gefangenenkost

Im fortschreitenden 19. Jahrhundert verbesserte sich die Ernährung der Bevölkerung zusehends. Keiner musste mehr extrem Hunger leiden und der Grundbedarf an Nahrungsmitteln konnte gedeckt werden. Die massenhafte Unterernährung wurde durch den ansteigenden Verbrauch von Hülsenfrüchten eingedämmt.¹⁰⁰ Kartoffeln fand man allerdings meist nur auf dem ländlichen Speisezettel, aus Sicht der Stadtbevölkerung haftete diesen noch das „Arme-Leute-Image“ an. Die Grundnahrungsmittel der bayerischen Bevölkerung - Roggen, Weizen oder tierisches Fett in Form von Schmalz - orientierten sich an der regionalen landwirtschaftlichen Produktion. Grundsätzlich ernährte sich die einfache Bevölkerung vegetarisch, Fleisch (Rind oder Schwein) kam nur an großen Feiertagen auf den Tisch. Um 5:00 Uhr morgens war es üblich zu frühstücken, entweder Nudeln, oder eine Art Wasser- bzw. Milchsuppe mit gekochten Kartoffeln, dazu trank man sehr stark verdünnten Kaffee (zum Aufbrühen des Getränks nahm man Kaffeebohnen, gebrannte Rüben oder Chicoree). Als kleiner Imbiss während der Arbeit dienten Nudeln, Brot, Knödel und Schmalz. Um 7:00 Uhr abends wurde dann die letzte Mahlzeit des Tages zu sich genommen, die ebenfalls wieder aus Suppe und Kartoffeln bestand. Suppen oder Eintöpfe wurden mit den vorkommenden Gemüsesorten wie Erbsen, Bohnen, Karotten, Kohl usw. zubereitet. In Franken war es üblich als Sättigungsbeilage Klöße in sämtlichen Variationen zu reichen, entweder aus Mehl oder Kartoffeln, gekocht, gebacken oder gebraten. Für die harte und anstrengende Arbeit, die die Landbevölkerung zu verrichten hatte, musste eine hohe Anzahl von Kalorien aufgenommen werden. Am besten eignete sich dafür Schmalz.¹⁰¹ „Es sei ohne Schmalz unmöglich, be-

⁹¹ Vgl. § 62 Hausordnung (Fn. 22).

⁹² Vgl. StAB Best. K 191 Zuchthaus Plassenburg, Verz. II Nr.532, Wolfgang Wagner.

⁹³ Vgl. StAB Best. K 191 Zuchthaus Plassenburg, Verz. II Nr.743 Lukas Andreas.

⁹⁴ Vgl. StAB Best. K 191 Zuchthaus Plassenburg, Verz. II Nr.3 Beiswenger Johann.

⁹⁵ Vgl. §§ 17 und 18 Hausordnung (Fn. 22), sowie Hettinger (Fn. 49), S. 94.

⁹⁶ StAB Best. K 191 Zuchthaus Plassenburg, Verz. II Nr.743 Lukas Andreas.

⁹⁷ Vgl. Leybold (Fn. 74).

⁹⁸ Vgl. § 62 Hausordnung (Fn. 22).

⁹⁹ Vgl. Stekl (Fn. 20), S. 206.

¹⁰⁰ Vgl. Nipperdey, Thomas: Deutsche Geschichte 1866-1918, Erster Band Arbeitswelt und Bürgergeist, München 1998, S. 125.

¹⁰¹ Vgl. Wormer, Eberhard J./Wellenhofer, Wolfgang: Alltag und Lebenszyklus im bayerischen Oberland. Ländliches Leben im südlichen Oberbayern im Spiegel medizinischer Ortsbeschreibungen aus den Jahren 1858-1861, München 1999S. 55 ff. Sowie Beck, Albin Heinrich: Soziales Leben, Gesundheit und Krankheit in Oberfranken um 1860, nach den Physikatsberichten der Amtsärzte, München 1990, S.24 ff.

haupten sie, die ständige schwere (...) Arbeit auszuhalten.“¹⁰²

Die Ernährung des Gefangenen hatte den Zweck dessen Arbeitskraft zu erhalten, „damit er in der Strafanstalt nützlich arbeiten und durch den Ertrag seiner Arbeit an der Verminderung der Gesamtkosten für den Strafvollzug mitwirken kann und nicht kränkelnd und geschwächt in die Freiheit zurücktritt.“¹⁰³ Viel Wert auf die schmackhafte Zubereitung der Speisen wurde daher nicht gelegt. Sie wiesen daher auch dieselbe Monotonie wie der Zuchthausalltag auf. Grundsätzlich orientierte sich die Gefangenenkost an der von Sir Benjamin Thompson Reichsgraf von Rumford im 18. Jahrhundert eingeführten Suppe. Diese Rumfordsuppe auf der Grundlage von Graupen und getrockneten Erbsen war ebenso preisgünstig wie nahrhaft und sollte ein lang anhaltendes Sättigungsgefühl hervorrufen. Rumford erfand dieses Gericht 1795 für die Armee des bayerischen Kurfürsten Karl Theodor von der Pfalz. Der ökonomische Vorteil dieses Eintopfgerichts sorgte dafür, dass es europaweite Verbreitung in der Armenfürsorge fand und heute immer noch findet. Bisweilen entwickelten sich auch noch billigere Varianten mit Kartoffeln oder Karotten.¹⁰⁴

Ein Fortschritt war, dass ab 1860 auch endlich Fleisch auf dem Speiseplan der Häftlinge stehen durfte. Zuvor war eine rein vegetarische Ernährung vorgesehen, die allerdings zu einem vermehrten Auftreten von Tuberkulose, Wassersucht und Skorbut führte. Dr. G. Cless verfasste von 1850-1861 einen Bericht über die württembergischen Strafanstalten. Der Grund für die hohe Mortalitätsrate von Häftlingen lag für ihn in der Mangelernährung und der fehlerhaft zusammengesetzten Kost. Nachdem man den Speiseplan umstellte, den Gefangenen einmal in der Woche weniger Rumfordsuppe, sondern stattdessen zweimal wöchentlich 125 g Fleisch zu essen gab, glich sich die Mortalitätsziffer wieder fast an die der Normalbevölkerung an. Abschließend konnte Cless feststellen: „(...) dies alles wurde ausgerichtet mit der Zugabe von ein bißchen Fleisch und Fett und Salz und mit der Sorge für eine gut bereitete Kost.“¹⁰⁵

Auch in Bayern gab es Überlegungen und Verbesserungswünsche bezüglich der Gefangenenernährung. Der deutsche Ernährungswissenschaftler Carl von Voit untersuchte in den 1880er Jahren die Verpflegung von Zuchthausinsassen. Im Zuchthaus München Au hatten die täglich verteilten Lebensmittel pro Kopf folgende Nährwerte: 104 g Eiweiß, 38 g Fett und 521 g Kohlenhydrate. Laut Voit lag der Verbrauch eines „mittleren Arbeiters“ bei 118 g Eiweiß, 46 g Fett und 500 g Kohlenhydrate. Ein durchaus gutes Ergebnis, aber der Mangel, vor allem an tierischem Fett, machte den Häftlingen gesundheitlich sehr zu schaffen. Vermehrt wurde in der Münchner Anstalt über Nachtblindheit geklagt und der dortige

Hausarzt verordnete den Betroffenen die Einnahme von Lebertran. Bald darauf meldete sich eine große Anzahl von Gefangenen, die diese Krankheit simulierten nur um Lebertran zu bekommen. Diese hatten eine „instinktive Begierde nach Fett, die so groß gewesen sei, dass sie selbst durch den ekelhaften Geschmack des Lebertrans nicht gedämpft werden konnte.“¹⁰⁶

Laut Beilage II „Bestimmung über die Beköstigung der Gefangenen“ der Hausordnung bestand die „der gesunden männlichen Gefangenen des Morgens in $\frac{3}{4}$ Maß Suppe (Brod- oder Einbrennsuppe) mit 8 Loth Roggenbrod, des Mittags in einer Maß dicken Suppe aus Reis oder Erbsen, Bohnen, Linsen, Rollgerste, Kartoffeln, Sauerkraut, Griesß, weißen Rüben, Riesenmöhren oder anderen Wurzel- oder grünen Gemüsen je nach Jahreszeit, oder aus Knödeln, zu deren Bereitung 10 Loth Weizenmehl und 12 Loth Weizenbrod verwendet werden; des Abends in $\frac{3}{4}$ Maß Suppe wie am Morgen oder Mittage. Jedem Gefangenen wird in der Woche 1 Pfund Rindfleisch (Rohgewicht) in vier gleichen Mittags-Portionen verabreicht. Zur Morgen- und Abendsuppe wird $\frac{1}{2}$ Loth, und zur Mittagsuppe an den Tagen, an welchen kein Fleisch gegeben wird, 1 Loth Schmalz auf den Kopf verwendet. Alle Suppen sind mit dem erforderlichen Grün, Salz, Essig u.s.w. bereitet. (...) Gefangenen, denen Beschäftigungen mit besonderer körperlicher Anstrengung zugeteilt sind, darf eine Brodzulage bis zu 12 Loth an den Arbeitstagen bewilligt werden.“¹⁰⁷

Der Anstaltsarzt musste sich regelmäßig von der Qualität des Essens überzeugen und konnte im Bedarfsfall ebenfalls Änderungen in der Abwechslung beziehungsweise Zusammensetzung vornehmen.¹⁰⁸

Den Gefangenen jüdischer Konfession war es laut Hausordnung gestattet, während des Osterfestes eine nach den Vorschriften ihrer Religion zubereitete Mahlzeit zu sich zu nehmen, die die Kost der anderen Gefangenen an Qualität und Quantität allerdings nicht überschreiten durfte. Diese extra Zubereitung erforderte jedoch die Erlaubnis durch den Vorstand des Zuchthauses.¹⁰⁹

Zu trinken bekamen die Insassen Wasser, welches ihnen dreimal täglich frisch in das Gefangenenlokal gebracht wurde.¹¹⁰ Bier war eine Art Belohnung und wurde nur ausgeschenkt, wenn man sich diese laut Vorstand verdient hatte. Wiederum nichts Ungewöhnliches für die damalige Zeit, da frisches Quellwasser in den mittleren und unteren Schichten ein Alltagsgetränk war. Bier oder Branntwein wurden in der Regel nur sonntags oder an Feiertagen konsumiert.¹¹¹

Milch bekamen nur kranke Insassen, da sie Teil der vorgeschriebenen diätetischen Kost war. Diese durfte nur

¹⁰² Ebd. S. 61.

¹⁰³ Leybold (Fn. 74).

¹⁰⁴ Vgl. Goerke, Heinz: Anstaltsernährung im 19. Jahrhundert, in: Heischkel-Artelt, Edith (Hrsg.): Ernährung und Ernährungslehre im 19. Jahrhundert, Göttingen 1976, S. 304-305.

¹⁰⁵ Ebd. S. 308.

¹⁰⁶ Ebd. S. 309.

¹⁰⁷ Beilage II, Hausordnung (Fn. 22).

¹⁰⁸ Vgl. Goerke (Fn. 104), S. 310.

¹⁰⁹ § 24 Hausordnung (Fn. 22).

¹¹⁰ Vgl. § 23 Ebd.

¹¹¹ Vgl. Wormer/Wellnhofer (Fn. 101), S. 63. Sowie Beck, Albin Heinrich: Soziales Leben, Gesundheit und Krankheit in Oberfranken um 1860, nach den Physikatsberichten der Amtsärzte, München 1990, S. 27.



Abb. 2: Häftlinge beim Gefangenensport. ca. 1926. Zu erkennen ist, die seit den 1860er Jahren gebräuchliche Anstaltskleidung aus grauem Stoff mit schwarzem Kragen. Fotoalbum „Zuchthaus“ aus dem Landschaftsmuseum Obermain, Kulmbach.

auf schriftliche Anordnung des Anstaltsarztes verabreicht werden und unterlag ebenfalls den strengen Vorgaben der Hausordnung. Krankenernährung bestand aus $\frac{1}{4}$, $\frac{1}{2}$ und $\frac{3}{4}$ Kost. Grundsätzlich bestand diese aus Schleim- oder Brennsuppe und einer zusätzlichen Portion Rindfleisch. Ausnahmsweise sollte auch an Gewürzen nicht gespart werden, so konnte den Typhuskranken zum Beispiel vermehrt Salz verabreicht werden. Wenn es der Arzt für notwendig betrachtete, durfte ein Kranker auch Kaffee zu sich nehmen.¹¹² Am 4. August 1897 schrieb Maria Blanck ihrem Sohn Gottfried, der auf der Plassenburg inhaftiert war (wegen privater Urkundenfälschung und Unterschlagung): „Mit Sehnsucht haben wir einen Brief von dir erwartet, wie es dir gehen wird, mit traurigem Herzen haben wir vernommen, dass du nicht recht gesund bist. (...) Sie sehen ja, dass du nicht gesund bist, und wirst auch vom Arzt aus kräftigere Kost erhalten.“¹¹³

Es ist natürlich verständlich, dass einige Gefangene auch oft simulierten, um in den Genuss der besseren Diätkost zu gelangen.

Wer ohne ärztliche Verordnung im Besitz von außerplanmäßigen Lebensmitteln war, dem drohten Sanktionen. Franz Heinrich – verurteilt, weil er mit seiner Tochter den Beischlaf vollzogen hatte – wurde am 30. März 1894 erwischt, weil er eine halbe Scheibe Brot im Besitz hatte. Daraufhin wurde ihm zweimal die Mittagsration an Brot gestrichen.¹¹⁴ Auch die Weitergabe von zusätzli-

chen Nahrungsmitteln an Mitgefangene war strengstens untersagt. Der wegen Diebstahls verurteilte Wolfgang Wagner bekam am 10. September 1903 einen ersten Verweis, „weil er seinem Mitgefangenen Riegl dafür, dass er für ihn den Abort reinigte $\frac{1}{2}$ Portion Käse gab.“¹¹⁵

6. Kleidung

In erster Linie sollte die Anstaltskleidung zweckmäßig und von einfacher Qualität sein und ähnelte daher seit dem Vormärz der üblichen Bekleidung des landwirtschaftlichen Gesindes.¹¹⁶ Durch ihre Einheitlichkeit unterstrich sie zusätzlich noch den Verzicht auf jegliche Individualität, wodurch sie sich selbstverständlich von der normalen Alltagskleidung der Bürger abhob.¹¹⁷ Im Königreich Bayern hatte jeder Gefangene ärarische (im Staatsbesitz befindliche) Kleider zu tragen.¹¹⁸ Das bedeutete: ein Häftling war nie im Besitz der Kleidung, die er am Leib trug, sie war stets Eigentum des Staates und musste dementsprechend besonders pfleglich behandelt werden. Man erwartete bei der Entlassung, dass die Kleidung in fast demselben Zustand war, wie beim Eintritt in die Anstalt.

So trugen die Zuchthaussträflinge Kleidung aus grauem Stoff mit schwarzem Kragen. Wechselwäsche gab es kaum und Anzüge für besondere Anlässe waren nicht

¹¹² Vgl. Beilage II Hausordnung (Fn. 22).

¹¹³ StAB Best. K 191 Zuchthaus Plassenburg, Verz. II Nr.52 Blanck, Gottfried.

¹¹⁴ Vgl. StAB Best. K 191 Zuchthaus Plassenburg, Verz. II Nr.30 Franz, Heinrich.

¹¹⁵ StAB Best. K 191 Zuchthaus Plassenburg, Verz. II Nr. 532 Wolfgang Wagner.

¹¹⁶ Vgl. Stekl (Fn. 20), S. 262.

¹¹⁷ Vgl. Ammerer / Weiß (Fn. 50), S. 109.

¹¹⁸ vgl. Szuhany, F.: Gutachten für die Versammlung des Vereins der deutschen Strafanstaltsbeamten im Jahre 1866. Wie soll die Kleidung der Strafgefangenen beschaffen sein? In: Blätter für Gefängniskunde. Zweiter Band, 4. Heft. Heidelberg 1866, S.2 46.

vorgesehen. Der Wechsel von Sommer- auf Winterkleidung war somit der einzige vorgesehene Kleidungs-
tausch.

In der Hausordnung wurde genauestens festgelegt, woraus die Kleidung eines Häftlings zu bestehen hatte: „für die Männer aus einem Leinen- oder Baumwollhemde, einer Hose, einem Spenser und einer Weste von Zwilch oder Halbwollenzug je nach Jahreszeit, einem Hals- und Sacktuhe von Leinen, einer Mütze mit Schild, einem Paar Hosenträgern, einem Paar Strümpfen von Leinen oder Wolle, je nach Jahreszeit und einem Paar Lederschuhe; (...).“¹¹⁹

Die Kleidung konnte aber den jeweiligen Verhältnissen der Anstalten angepasst werden. So durfte zum Beispiel das Hemd aus Werg¹²⁰, Hanf oder Flachs bestehen. Um Kosten für Knöpfe zu sparen, behalf man sich hier mit Bändern, die sowohl zum Zubinden des Hemdes, als auch zur Befestigung der Strümpfe dienten.

Rein äußerlich orientierte sich der Schnitt der Anstaltskleidung an dem des Militärs. Sowohl die Hosen als auch die Jacken hatten dieselben Farben (grau) und Formen, wie sie auch beim Militär zu finden waren. Der einzige Unterschied bestand darin, dass die Sträflingskleidung keine Taschen haben durfte. Gefüttert wurde die Winterkleidung mit grober, ungebleichter Leinwand. Die Schuhe waren Bundschuhe aus Rindsleder, die bis zum Knöchel reichten und das ganze Jahr über getragen wurden.¹²¹

Ausnahmen bezüglich der Bekleidung konnten nur mit Vorlage eines ärztlichen Gutachtens erlaubt werden, wie zum Beispiel das Tragen von Unterwäsche, einer gefütterten Hose, oder Mänteln. Letztere wurden etwa für den Besuch der Kirche oder die Bewegung im Freien ausgegeben und mussten danach wieder zurückgegeben werden.¹²² Wenn ein Häftling auf die Krankenstation verlegt wurde, bekam er einen Krankenkittel aus grauem Flanellstoff oder ebenfalls ungebleichter Leinwand. Auch die Größe dieses Kleidungsstücks war genauestens festgeschrieben, nämlich zwei Ellen lang und am Hals zum Zuknöpfen. Wenn es besonders kalt war, erhielt der Kranke noch zusätzlich eine Unterjacke aus Flanell, sowie Pantoffeln aus Rindsleder und mit Wolle gefütterte Schuhe.

Für besondere Arbeiten im Freien konnten zusätzlich noch Mäntel, die ebenfalls denen des Militärs ähnelten, oder Fausthandschuhe aus Wolle ausgegeben werden. Je nach Beschäftigung bekam der Gefangene für seine Arbeit auch dafür geeignete Kleidung wie zum Beispiel Arbeitsschürzen mit oder ohne Brustlatz, aus gebleichter oder ungebleichter Leinwand, oder Holzsohlenschuhe gestellt.¹²³

Wie streng die Einhaltung der Kleidungsordnung auch in der Realität war, zeigt das Beispiel von Johann Beiswen-

ger, der 1858 wegen Diebstahls verurteilt wurde. Laut seiner Personenakte wurde er im November desselben Jahres „vom Großherzoglichen Badischen Männerzuchthaus Bruchsal auf die Plassenburg verlegt. Im Voraus erging ein Schreiben der Verwaltung des Zuchthaus Bruchsal an den Vorstand der Plassenburg. Es wurde gebeten, die nötigen Kleidungsstücke für den Gefangenentransport zu schicken. Diese bestanden aus: 1 Mütze, 1 Halstuch, 1 Wams, 1 Unterjacke, 1 Weste, 1 Hemd, 1 Hose, 1 Unterhose, 1 Paar Strümpfe, 1 Paar Schuhe, 1 Nasentuch und 1 Paar Hosenträgern. Ebenfalls zeigt uns das Beispiel von Beiswenger, was passierte, wenn jemand ein Kleidungsstück zu viel besaß. So bekam dieser am 19.12.1888 einen Verweis, weil er unerlaubterweise im Besitz einer Unterhose war.“¹²⁴

Die klischeehafte schwarz-weiß gestreifte Sträflingskleidung, die auch heute noch teilweise mit Häftlingen aus dem 19. Jahrhundert in Verbindung gebracht wird, empfand man allerdings schon damals als entwürdigend. In dem zeitgenössischen Gutachten über die Kleidung von Strafgefangenen von F. Szuhany aus dem Jahre 1866 heißt es: „Noch dringender aber ist zu wünschen, dass jene entwürdigenden Abzeichen durch zweierlei Farbe, sei es halbscheidig nach der Länge des Sträflings, sei es gleich einem Zebra durch Streifen, aus den deutschen Strafanstalten verschwinden mögen. Der einzige vernünftige Grund für dieselben - die Sicherheit vor Flucht - wird auch durch die eben vorgeschlagene Kleidung erreicht (...).“¹²⁵

7. Hygiene

Kleidung und „deren festgesetzte Tragezeit genügen zur gesunden, reinlichen und zweckmäßigen Bekleidung der Gefangenen, wird aber nicht mehr davon abgegeben, als er gerade auf den Leib braucht. Hemden, Strümpfe und Halstücher werden alle acht Tage, die übrigen Stücke aber werden nach Bedarf gewechselt.“¹²⁶ Genauso wie die Kleidung der Zweckmäßigkeit des Anstaltslebens unterworfen war, genauso handhabte man es auch mit der Hygiene. Die Bettwäsche wurde jeweils im Turnus von vier Wochen gereinigt.¹²⁷ Dieser Rhythmus war auch bei der normalen oberfränkischen Bevölkerung durchaus üblich. In den Physikatsberichten der Amtsärzte über soziales Leben, Gesundheit und Krankheit in Oberfranken um 1860 wird beschrieben, dass dort gewöhnlich einmal in der Woche die Leibwäsche gewechselt wird und die Bettwäsche noch seltener. Meist wurde auch die durchgeschwitzte Kleidung nur zum Trocknen auf eine Leine gehängt und am nächsten Tag wieder benutzt.¹²⁸ Durch die harte Arbeit, die die Landbevölkerung zu verrichten hatte gab es freilich nur an einem Tag in der Woche die Gelegenheit zum Waschen und es musste daher mit der Kleidung sparsamer umgegangen werden.¹²⁹ „Im Verlauf

¹¹⁹ Beilage I Hausordnung (Fn. 22).

¹²⁰ Werg besteht aus kurzen Faserstücken und besitzt dadurch eine niedrige Qualität. Es ist ein Nebenprodukt der Langfaserproduktion.

¹²¹ vgl. Szuhany (Fn. 118), S. 246-248.

¹²² Vgl. Beilage I Hausordnung (Fn. 22).

¹²³ Vgl. Szuhany (Fn. 118), S. 246-248.

¹²⁴ Vgl. StAB Best. K 191 Zuchthaus Plassenburg, Verz. II Nr.3 Beiswenger Johann.

¹²⁵ Szuhany (Fn. 118), S. 262.

¹²⁶ Ebd., S. 248.

¹²⁷ Vgl. Ebd. S. 248. Sowie Beilage I Hausordnung.

¹²⁸ Vgl. Beck (Fn. 111), S. 62.

¹²⁹ Vgl. Nipperdey (Fn. 100), S. 135-136.

des 19. Jahrhunderts hatte sich ein wöchentlicher Wechselrhythmus der Wäsche verbreitet und durchgesetzt.¹³⁰

Da das Zuchthaus Plassenburg, wie bereits erwähnt, eine durchschnittliche Belegung von 600 Strafgefangenen hatte, musste natürlich ein großer Wert auf die Sauberkeit gelegt werden. Weil so viele Menschen auf einem doch recht kleinen Raum zusammengepfercht waren, war die Gefahr ansteckender Krankheiten und Epidemien groß. So besagte die Hausordnung: „Die Gefangenen sind zur größten Reinlichkeit in Bezug auf ihren Körper (...) verpflichtet.“¹³¹ Einmal in der Woche mussten sich die Häftlinge rasieren, die Haare, sowie die Fingernägel schneiden. Das Kahlschneiden des Kopfes war allerdings nicht üblich. Glatt rasiert musste dagegen jeder sein, um dadurch einen Ungezieferbefall tunlichst zu vermeiden.¹³²

Alle 14 Tage sollten die Gefangenen ein Fußbad erhalten, wenn es aufgrund der Arbeit notwendig war auch einmal in der Woche. Bezüglich eines Vollbades sagt die Hausordnung: „nach Thunlichkeit mehrmals im Jahre.“¹³³ Da hier der genaue Turnus nicht festgelegt wurde, lag dies im Ermessen des Vorstandes. In einigen Anstalten war es üblich warme Vollbäder beim Eintritt zu gewähren, was allerdings auf der Plassenburg nicht der Fall war. Ein zeitgenössisches Gutachten berichtet, dass dort mehrmals jährlich nach Bedürfnis gebadet werden durfte. Die einzige Ausnahme wurde auch hierbei wieder bei einem vorliegenden ärztlichen Attest gemacht.¹³⁴ Allerdings kamen auch die wenigsten Menschen aus der Normalbevölkerung häufig in den Genuss eines warmen Vollbades. Kaum ein Haus war damals im Besitz eines Badezimmers und man wusch sich außerhalb des Hauses an einem Brunnen oder ähnlichem. Wenn jemand aus der Landbevölkerung die Möglichkeit zu einem regelmäßigen Bad hatte, dann meist Kinder oder Jugendliche, wenn sie im Sommer in Flüssen oder Seen schwammen. „Für die Erwachsenen blieb die Körperpflege einzig und allein auf die Hausbäder beschränkt, die aber nur aus Gründen des Wohlbehagens und nicht wegen der Reinlichkeit genommen wurden. Davon machte in der Praxis nur die vermögende und gebildete Klasse der Bevölkerung Gebrauch.“¹³⁵

Die übliche tägliche Hygiene der Zuchthäusler beschränkte sich auf das Waschen von Gesicht und Händen, sowie das Ordnen der Haare. Ursprünglich war vorgesehen an jeden eine Zahnbürste, einen Kamm und eine Seife auszuteilen, damit sie zu einer besseren Reinlichkeit erzogen werden konnten.¹³⁶ In der Praxis sah dies allerdings anders aus, viele Häftlinge mussten sich diese Gegenstände teilen, oder kamen überhaupt nicht in deren Besitz.

Auch die Reinigung und Säuberung der Anstaltsräume hatte nach einem festgesetzten Muster zu erfolgen. Die

Gänge, Arbeits- und Schlafsäle waren täglich zu fegen und je nach Bedürfnis feucht auszuwischen. In den Räumen, in denen sich viele oder kranke Menschen aufhielten (Krankenabteilung, größere Schlafstelle, oder Hausgänge) sollten zusätzlich Räucherungen mit Essig oder Wacholder vorgenommen werden. Der Hausarzt hatte darauf zu achten, diese zu überwachen und anzuordnen, wenn es nötig war. In seiner Obhut waren auch die Lüftung und die Raumtemperatur der Gefangenenlokalitäten. Jeder Raum sollte einmal im Jahr getüncht werden und die Häftlinge durften diese erst wieder nach der vollständigen Trocknung betreten.¹³⁷ Auch bei der damaligen Landbevölkerung war es durchaus üblich seine Wohnräume einmal im Jahr weiß zu tünchen. Die Reinigung, also Kehren und Scheuern der Wohnräume, erfolgte unterschiedlich, teils wöchentlich, teils je nach Bedarf.¹³⁸

Bei den Abtritten sollte ganz besonders auf Hygiene geachtet werden, um die unerträglichen Gerüche zu vermeiden. Dies stellte auf der Plassenburg ein besonderes Manko dar, weil wegen der kleinen Burgfenster nicht immer eine zureichende Belüftung der Räumlichkeiten garantiert werden konnte. Man versuchte das Problem zu beheben, indem man innerhalb der Schlaf- und Arbeitsäle „kleine verschließbare „Gewölbe“ („Nebengelasse“) mit einem Abzug zum Aufstellen von jeweils zwei Kübeln einbaute.“¹³⁹ Einer der beiden Eimer wurde als Pissoir genutzt, der andere diente zur Aufnahme von Fäkalien und wurde täglich geleert. Die Entleerung, sowie die Desinfektion der Abtritte wurden von den Häftlingen durchgeführt. Letztere erfolgte durch eine Spülung mit Eisenvitriol, in der Krankenabteilung mit Chlorkalk. Die Entsorgung von Urin und Schmutzwasser erfolgte durch einen Kanal, der hinab ins Tal verlief und im Weißen Main endete. Fäkalien wurden auf der Plassenburg beseitigt, indem man sie in eine der insgesamt sieben dafür bereitstehenden Gruben entleerte. Entstandener Müll oder andere Abfälle wurden täglich zu einem der Anstalt gehörenden Steinbruch gebracht.¹⁴⁰ Die meisten Bauernhöfe hatten zu dieser Zeit ihre Abtritte außerhalb des Hauses, meist neben dem Misthaufen. Dort, neben all dem Dreck und Schlamm, lag dann meistens nur ein Brett, auf dem stehend man seine Notdurft verrichten konnte.¹⁴¹ Im Gegensatz zu den hygienischen Verhältnissen bei der normalen Landbevölkerung war die Entsorgung der Fäkalien auf der Plassenburg daher schon ein enormer Fortschritt.

8. Krankheit und Tod

Die Idee des Strafvollzugs war es den Gefangenen wieder zu einem brauchbaren Mitglied der Gesellschaft zu erziehen. Währenddessen musste er zur Arbeit angehalten werden; aber es sollte diesem auch gleichzeitig körperlich gut gehen. Der bayerische Staat hatte die Fürsorgepflicht und musste sich um das körperliche Wohlergehen seiner Zuchthäusler kümmern. So sollte es laut Theorie ausse-

¹³⁰ Stekl (Fn. 20), S. 262.

¹³¹ § 29 Hausordnung (Fn. 22).

¹³² Vgl. Wullen (Fn. 45), S. 281.

¹³³ § 29 Hausordnung (Fn. 22).

¹³⁴ Vgl. Wullen (Fn. 45), S. 278-280.

¹³⁵ Vgl. Beck (Fn. 111), S. 64. Sowie Wormer/Wellnhofer (Fn. 101), S. 94.

¹³⁶ Vgl. Leybold (Fn. 74).

¹³⁷ Vgl. §§26 - 29 Hausordnung (Fn. 22).

¹³⁸ Vgl. Wormer/Wellnhofer (Fn. 101), S. 53-54.

¹³⁹ Kolling (Fn. 30), S. 145.

¹⁴⁰ Vgl. Ebd. S. 145.

¹⁴¹ Vgl. Beck (Fn. 111), S. 61.

hen, wie wurde dies aber in die Praxis umgesetzt, bzw. konnte die Vorgabe erfüllt werden?

Ob jemand als krank eingestuft wurde, lag im Ermessen des Hausarztes. Er hatte zu bestimmen wie lange ein Gefangener als krank galt und welcher Behandlung dieser unterzogen werden musste.¹⁴² Der Hausarzt des Zuchthauses Plassenburg war auch der Kulmbacher Gerichts- bzw. Bezirksarzt.¹⁴³ Seine Aufgaben bestanden darin täglich zur Visite in die Anstalt zu kommen, die hygienischen Verhältnisse der gesamten Anstalt zu überwachen - also Schlaf- und Arbeitsräume sowie die Anstaltsküche - und die Qualität der Gefangenenkost zu überprüfen. Zusätzlich musste er Gutachten anfertigen, ob ein Sträfling für etwaige Leibes- oder Einzelarreststrafen geeignet war. Wenn jemand eine Begnadigung wollte, brauchte er zusätzlich ein ärztliches Gutachten. Die Kosten dafür gehörten zu den Strafkosten.¹⁴⁴ Dem Arzt kam so ein sehr hoher Grad an Autorität zu, da er oft über das Schicksal der Gefangenen entscheiden musste.¹⁴⁵ Bei der Behandlung von Kranken standen ihm drei Krankenpfleger zur Seite, „geeignete, von dem Vorstande im Einverständnis mit dem Hausärzte ausgewählte Gefangene (...)“.¹⁴⁶ Aufgrund des immerwährenden Kontaktes zu Mithäftlingen mit ansteckenden Krankheiten und der beschwerlichen Arbeit sowohl tags als auch nachts, bekamen die Krankenpfleger einen Sonderlohn bestehend aus zusätzlichen Brotrationen, täglich einem Becher Bier und drei Kreuzer mehr Lohn. Der Arzt konnte als Therapie nicht nur diätetische Kost, sondern auch Arzneimittel verschreiben, die das Zuchthaus von den Kulmbacher Stadtapotheken Gummi und Jan bezog.

Schon als die Plassenburg noch Zwangsarbeitshaus war, wurde dort eine Krankenabteilung eingerichtet. Dorthin durfte ein Gefangener nur auf Anweisung des Hausarztes verlegt werden. Wenn sich jemand zu dieser Zeit in Einzelhaft befand, wurde geprüft ob eine Verlegung in den Krankensaal zwingend notwendig war, ansonsten wurde er in seiner Einzelzelle behandelt. Die Krankenabteilung bestand aus vier gewölbten Sälen, in denen 44 Betten untergebracht werden konnten plus drei für die Krankenschwäger. Zwei Wolldecken, ein Kopfpolster sowie zwei Leinentücher sollten dafür sorgen, dass die Kranken ein warmes und bequemes Bett hatten.

Wegen der hohen Ansteckungsgefahr wurde innerhalb der Krankenstation besonderer Wert auf Reinlichkeit gelegt. Regelmäßig sollten die Räume gelüftet und mit Wacholder ausgeräuchert werden. Die Bettwäsche musste regelmäßiger als in den anderen Schlafsälen gewechselt werden, nämlich alle acht Tage.¹⁴⁷

Als Volksseuche bereitete sich ab Mitte des 19. Jahrhunderts die Tuberkulose aus. Zwischen 1877 und 1913 machte sie 11-14 % der Todesfälle aus. Besonders die hart

arbeitende Bevölkerung und Armee waren von dieser Krankheit betroffen. Gründe dafür waren in erster Linie unzureichende Hygiene und Ernährung. Die ersten medizinischen Therapieversuche beinhalteten Bewegung an frischer Luft, Diät und viel trinken.¹⁴⁸ Es erkrankten verhältnismäßig viele Menschen an Lungentuberkulose, die letztendlich zu einer völligen Zerstörung des Organs führte. Weber und Spinner galten als besondere Risikogruppen, da sie andauernd die feinen, sich in der Luft befindlichen Baumwollfäden einatmeten oder verschluckten. Ein sehr feuchtes Klima, das vor allem in den höher gelegenen Gebieten Oberfrankens wie dem Fichtelgebirge vorzufinden ist, förderte zusätzlich noch die Ansteckungsgefahr. Ihr übriges trugen dazu noch unzureichende Ruhephasen, große körperliche Anstrengung während der Arbeit und eine einseitige Ernährung bei. Aber nicht nur die Tuberkulose war in dieser Region sehr verbreitet, sondern auch Lungenentzündungen, Nerven- und Zehrfieber, Krätze und die Syphilis.¹⁴⁹

Laut den Hausärzten auf der Plassenburg soll das Klima dort sehr gut gewesen sein. Im Jahresbericht über die Sanitätsverhältnisse von 1855/56 wurde die gute Ventilation zur Reinigung der Luft innerhalb sämtlicher Räume besonders hervorgehoben. „Die hohe und freie Lage und der harte Felsen von rotem Sandstein, auf welchem die Plassenburg erbaut ist, verbunden mit einem gemäßigten gesunden Klima lassen wohl kaum einen Ort finden, welcher sich zu einer Strafanstalt und zur Erhaltung der Gesundheit ihrer Bewohner besser eignet als diese frühere Veste.“¹⁵⁰ Eine räumliche Isolation und die gute Reinigung der Aborte sorgten ebenfalls für ausgezeichnete hygienische Verhältnisse. Trotz aller Maßnahmen war die Tuberkulose nach wie vor die häufigste Todesursache unter den Gefangenen. 1871 starben 28 Häftlinge, darunter 16 an dieser Krankheit. Ein paar Jahre später, 1857, vermerkte der Hausarzt Dr. Haberstumpf in einem Bericht: „Es lässt sich nicht leugnen, dass das Gefängnisleben selbst (der verminderte Genuss frischer Luft, dagegen Einatmung einer mit vielen Staubteilchen vermischten Luft, eintönige Nahrung und Gemütsdepression) einen großen Anteil an der Entwicklung der Tuberkulose bei den Gefangenen hat.“¹⁵¹ Da dieser Zustand aber auch außerhalb der Zuchthäuser, vor allem in den Fabriken vorherrschte, verursachten, laut Meinung der Ärzte, die allgemeinen Lebensumstände der damaligen Zeit die hohe Sterblichkeit aufgrund von Tuberkulose.

Die Plassenburg war natürlich nicht die einzige Strafanstalt, in der die Lungentuberkulose auftrat. In der Militärstrafanstalt Veste Oberhaus in Passau wurden ab 1880 ebenfalls Fälle dieser Erkrankung bekannt. Oberst von Bieber, Platzkommandante auf Oberhaus, sah als Ursache für den Ausbruch allerdings nicht die Enge und die vielen Insassen der Anstalt, sondern den heruntergekommenen Zustand vieler Häftlinge. Wer trotz Tuberkulose noch arbeiten konnte, wurde mit Arbeit an frischer Luft beschäftigt. Es stellte sich doch schnell heraus, dass

¹⁴² Vgl. § 31 Hausordnung (Fn. 22).

¹⁴³ Vgl. Kolling (Fn. 30), S. 146.

¹⁴⁴ Vgl. StAB K 191 Zuchthaus Plassenburg, Verz. I, Nr. 100: Besorgung des ärztlichen Dienstes bei der Strafanstalt Plassenburg 1861-1903.

¹⁴⁵ Vgl. Stekl (Fn. 20), S. 162.

¹⁴⁶ § 33 Hausordnung (Fn. 22).

¹⁴⁷ Vgl. Kolling (Fn. 30), S. 146.

¹⁴⁸ Vgl. Nipperdey (Fn. 100), S. 155 ff.

¹⁴⁹ Vgl. Beck (Fn. 111), S. 87-89.

¹⁵⁰ Kolling (Fn.30), S. 146.

¹⁵¹ Ebd. S. 147.

vor allem diejenigen erkrankten, die eine längere Arreststrafe hinter sich hatten. Trotz dieser Erkenntnis wurde diese Art von Bestrafung nicht gemildert, sondern nach wie vor beibehalten.¹⁵²

Neben krankheitsbedingten Todesursachen gab es auf der Plassenburg auch immer wieder Suizidfälle. So kam es beispielsweise in den Jahren von 1857 bis 1869 zu fünf Selbstentleibungen. Der letzte Selbstmord, der in diese Periode hineinfällt, ist der von Martin Schlehuber, „welcher seit dem 17. Dezember des Vorjahres als rückfällig dahier in Zellenhaft sich befindet, hat sich gestern [19. Februar 1869] Nachmittags 2/4 Uhr durch Erhängen entleibt.“¹⁵³ Erhängen war die übliche Methode der Gefangenen, um Selbstmord zu begehen. Nur ein Fall ist bekannt, bei dem ein Häftling sich in der Zisterne ertränkt hatte.¹⁵⁴

Eine Beerdigung von verstorbenen Zuchthausinsassen war im Normalfall nicht vorgesehen. Laut Hausordnung sollten deren Leichen an die nächstgelegene Anatomie abgegeben werden.¹⁵⁵ Im Falle der Plassenburg war dies die Universität Erlangen. Wenn ein Verstorbener noch Hinterbliebene hatte, war es diesen freigestellt eine Bestattung durchzuführen, allerdings auf eigene Kosten. Im Falle von Arbeitsunfähigkeit oder Tod - verursacht durch einen Arbeitsunfall - wurden die Angehörigen eines Häftlings bedacht. Ab 1900 bekam entweder der Betroffene selbst eine einmalige Abfindung oder Rente (Höchstbetrag der vollen Rente: 300 Mark im Jahr), oder die Witwe und die noch nicht volljährigen Kinder eine Hinterbliebenenrente von maximal 270 Mark pro Jahr.¹⁵⁶

Wer keine erbberechtigten Angehörigen hinterließ, dessen Besitz ging in den des Staates über. Als Beispiel für diesen Fall sei der griechische Häftling Aristides Papadopoulos (verurteilt wegen Diebstahls zu fünf Jahren Zuchthaus) erwähnt. Dieser war in der Anstalt an Tuberkulose erkrankt und am 16. Juni 1908 daran verstorben. Sein Nachlass von insgesamt 18 Mark und 36 Pfennigen ging an den Staat über, bzw. wurde für die Beerdigungskosten verwendet.¹⁵⁷

Bezüglich Krankheit und Tod ergab sich anhand von den zehn untersuchten Personenakten folgendes Bild: Drei Häftlinge (Johann Beißwenger, Franz Heinrich, Aristides Papadopoulos) starben an der Tuberkulose, Gottfried Blanck erlag einem Asthmaleiden, Johann Taut beging Suizid und Georg Häßler verschied ebenfalls auf Grund einer Erkrankung. Bernhard Kestler starb nicht während seiner Haftzeit, litt aber so stark an Tuberkulose, dass er noch vor seiner Entlassung zum Pflegefall wurde. Das Resultat: Sechs von zehn Gefangenen erkrankten während ihrer Haft so schwer, dass fünf von ihnen kurz darauf verstarben. Letzten Endes wurden nur drei von die-

sen zehn untersuchten Gefangenen lebend und gesund aus dem Zuchthaus Plassenburg entlassen.¹⁵⁸

9. Religion und Seelsorge

Neben der Arbeit bildete die gezielte religiöse Betreuung den anderen Eckpfeiler des Sozialisationsprozesses, der das Ziel jeder Anstalt sein sollte. „Hier ist das weite Gebiet des Hausgeistlichen, der den Gefangenen beim Gottesdienst, bei der Predigt, beim Religionsunterricht, bei Beicht und Abendmahl und ganz besonders bei den Zellenbesuchen näher treten kann.“¹⁵⁹ Die Ursprünge dieser Idee, also die Besserung durch den Dialog mit Gott sind auf die Disziplinarregeln frühchristlicher Klostergemeinschaften zurückzuführen. Durch einen regelmäßigen Tagesablauf, strukturiert durch Gebet, Gottesdienst, Meditation und der laufenden Unterweisung in Glaubensfragen, sollte eine Wandlung herbei geführt werden.¹⁶⁰

In zivilen Gefängnissen beschränkte sich die Seelsorge zunächst auf regelmäßige Gefängnisbesuche durch einen Geistlichen. Hatte ein Gefangener außerhalb dieser Besuchszeiten den Wunsch nach geistlichem Zuspruch, musste dies ausdrücklich vom Vorstand der Anstalt gestattet werden.¹⁶¹ Darum gab auch die Hausordnung für die bayerischen Zuchthäuser eine strenge Strukturierung des religiösen Lebens der Insassen vor. Täglich morgens, mittags und abends sollte gemeinsam laut das Gebet gesprochen werden. Gottesdienste fanden an Sonn- und Feiertagen, sowie an den Namens- bzw. Geburtstagen des Königs und der Königin statt. An gewöhnlichen Sonn- und Feiertagen durften die katholischen Gefangenen in deutscher Sprache und mit Orgelbegleitung singen, sowie an hohen Festtagen „lateinische Messen von einem aus ungefähr 20 besser geschulten Sängern gebildeten Chor.“¹⁶² Zusätzlich fanden an diesen Tagen Erbauungsstunden und Morgenandachten statt. Bei all diesen Veranstaltungen bestand Anwesenheitspflicht für alle Gefangenen. Beichten und das Abendmahl empfangen konnten gesunde Gefangene im vierteljährlichen Turnus. Für das Spenden der Sakramente war ebenfalls der Hausgeistliche zuständig, es lag auch in seinem Ermessen, ob an bestimmten Feiertagen zusätzliche Sakramente empfangen werden durften. Dies geschah allerdings immer auf freiwilliger Basis der Häftlinge. Kranke durften Sakramente jederzeit auf eigenen Wunsch hin empfangen. Religionsunterricht hielt zweimal die Woche der Hausgeistliche für alle Gefangenen ab. Die Teilnahme daran war für diese ebenfalls verpflichtend. Gefangene, die sich in der Einzelhaft befanden sollten einen eigenen Gottesdienst erhalten, aus organisatorischen Gründen nicht sonntags, sondern an einem Werktag.¹⁶³ Wirklich jeder sollte die Möglichkeit bekommen, seelsorgerisch seiner Konfession gemäß betreut zu werden. Beispielsweise

¹⁵² Vgl. Hettinger (Fn. 49), S. 126.

¹⁵³ StAB K 3 – F 1 Regierung von Oberfranken, Nr. 2324: Die vorgefallenen Selbstentleibungen 1857-1869.

¹⁵⁴ Vgl. Ebd.

¹⁵⁵ Vgl. § 86 Hausordnung (Fn. 22).

¹⁵⁶ Vgl. Leybold (Fn. 74).

¹⁵⁷ Vgl. StAB Best. K 191 Zuchthaus Plassenburg, Verz. II Nr.752, Papadopoulos, Aristides.

¹⁵⁸ Vgl. StAB Best. K191 Zuchthaus Plassenburg, Verz. II, Gefangenakten Plassenburg 1885-1928.

¹⁵⁹ Leybold (Fn. 74).

¹⁶⁰ Vgl. Stekl (Fn. 20), S. 241.

¹⁶¹ Vgl. Hettinger (Fn. 49), S. 142.

¹⁶² StAB, K 191 Zuchthaus Plassenburg, Verz. I, Nr. 69: Den Gottesdienst in der Anstalt betr. 1846-1904.

¹⁶³ Vgl. §§ 34-39 Hausordnung (Fn. 22).

wurde der Sträfling Airistides Papadopoulos 1908 von der Anstalt Magdeburg auf die Plassenburg verlegt, weil er dort die Möglichkeit bekam den katholischen Gottesdienst zu besuchen.¹⁶⁴

Da auf der Plassenburg sowohl evangelische, als auch katholische Häftlinge interniert waren, kümmerten sich dort zwei verschiedene Hausgeistliche um die Seelsorge. Seit 1818 wurden diese Ämter zunächst von den jeweiligen Kulmbacher Ortspfarrern ausgeübt. Die provisorische Seelsorge der evangelischen Sträflinge übernahmen ab 1818 - auf Anordnung der königlichen Regierung in Bayreuth - die beiden in der Kulmbacher Pfarrgemeinde St. Petri tätigen Diakone.¹⁶⁵

Auch den Häftlingen jüdischer Konfession gestattete die Hausordnung ihren Glauben auszuüben. Ihnen wurde das Feiern des Sabbats gestattet, dafür mussten sie am Sonntag arbeiten. Genauso handhabte man es auch mit den hohen israelitischen Festtagen. Dazu wurde ihnen an diesen Tagen ein besonderer Raum zur Verfügung gestellt. Wenn es sich einrichten ließ, durfte auch ein Rabbiner oder Religionslehrer in die Anstalt kommen, um die Gebete zu leiten. Dabei war es ebenfalls gestattet, die typisch jüdischen Schaufäden und Denkriemen anzulegen.¹⁶⁶ Seit den 1860er Jahren erhielten die jüdischen Gefangenen der Plassenburg wöchentlich Religionsunterricht, sowie Gebets- und Erbauungsstunden. Ab 1890 war dafür der Distriktsrabbiner Dr. Joseph Cohn aus Burgkunstadt zuständig.¹⁶⁷

Bis 1846 mussten alle Sträflinge, egal welcher Konfession an den Sonn- und Feiertagsgottesdiensten teilnehmen. Im März dieses Jahres erging der Regierungsbeschluss, dass „nunmehr die Gottesdienste mit Trennung der Sträflinge nach Konfessionen abzuhalten seien, so dass für jede Konfession alle 14 Tage einen Pfarrgottesdienst stattfand. An dem dazwischenliegenden Sonntag sollte entweder vor oder nach dem Gottesdienst der anderen Konfession ein Lesegottesdienst vom Lehrer gehalten werden.“¹⁶⁸ Eine konfessionelle Trennung bei den Gottesdiensten erfolgte 1851 durch das Innenministerium. Von da an fanden auf der Plassenburg jeden Sonntag getrennte Gottesdienste für beide Konfessionen statt. Mit diesen neuen Aufgaben kam der Pfarrer der evangelischen Gemeinde in Kulmbach an die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit. Daraufhin wurde 1854 Christian Adalbert Fleischner der protestantische Hausgeistliche der Strafanstalt Plassenburg.¹⁶⁹

Dass die tägliche Arbeit auf der Plassenburg für alle Seelsorger alles andere als einfach war, mag verständlich sein. „Es fehlt mir jede Gemütsruhe und Temperamentsanlage, die der Dienst eines Strafgeistlichen mit seinen fast

alltäglichen Aufregungen und vielen trüben Erfahrungen und bitteren Enttäuschungen (zumal in einem Hause wie Plassenburg) voraussetzt. Mit Freude und wahrer Herzenserhebung, wie es doch sein sollte, konnte ich eigentlich hier das Wort Gottes nicht predigen und meinen Gott lobsingend am Altare: so stark war und ist zum Teil noch die seelische Depression, die das mich umgebende Elend, düstere Burgkapelle und die finsternen oder doch teilnahmslosen Blicke und Physiognomien gewisser Sträflinge in mir erzeugen“¹⁷⁰, so der Hausgeistliche Joseph Schmitt im Jahre 1905. Da der Besuch der Gefangenen für die Seelsorger also offensichtlich eine gewisse Motivation verlangte, wurde ihnen von staatlicher Seite in Aussicht gestellt sie bei der Beförderung entsprechend zu berücksichtigen.

Eine einheitliche Regelung bezüglich der „Stellung der Hausgeistlichen an den Straf- und Polizei-Anstalten des Königreichs Bayern“ erfolgte durch einen Ministerialbeschluss vom 17. Juni 1856. Dort wurde erstmals die völlig selbstständige, von dem Ortspfarrer abhängige Stellung des Anstaltsgeistlichen betont. Ein paar Jahre später, 1858, erfolgte ein weiterer Beschluss. Neben einem Jahresgehalt von 500 Gulden wurde dem Hausgeistlichen eine freie Wohnung zur Verfügung gestellt, ferner erhielt er sechs Klafter weiches Brennholz und 20 Pfund Unschlittkerzen. Gleichzeitig wurde festgelegt, dass der katholische Hausgeistliche Rektor der Anstaltskirche war beziehungsweise der evangelische Hausgeistliche Inspektor der Anstaltsschule.¹⁷¹ Dadurch erhoffte man sich bald einen freiwilligen Seelsorger für eine Festanstellung im Zuchthaus Plassenburg zu gewinnen. Als erster bekleidete der katholische Pfarrer Johann Meixner ab dem Jahre 1860 dieses Amt. Laut Chronik der katholischen Pfarrei „Zu unserer Lieben Frau“ Kulmbach hatte dieser folgende Aufgaben inne: „an Sonn- und Feiertagen den regelmäßigen Gottesdienst zu halten, ebenso einmal in der Woche unter Anwohnung der Gefangenen eine hl. Messe zu lesen mit Gesang der Gefangenen. Dem Unterricht haben alle Sträflinge, in Klassen eingeteilt, anzuwohnen. Die Zellengefangenen erhalten zweimal in der Woche gesonderten Religionsunterricht; dieselben hat der Hausgeistliche zweimal in der Woche einzeln zu besuchen, kurz die ganze Seelsorge über die katholischen Sträflinge emsig zu üben.“¹⁷² Die Rechte und Pflichten des Hausgeistlichen bezogen sich ausschließlich auf die Betreuung der Gefangenen seiner Konfession, nicht aber auf das Anstaltspersonal.¹⁷³

Beaufsichtigt wurden beide Seelsorger der Anstalt von ihrer jeweiligen kirchlichen Oberbehörde. Durch regelmäßig vereinbarte Visitationen in den Strafanstalten konnte eine Kontrolle „der kirchlichen Aufsicht über die Hausgeistlichen“¹⁷⁴ vorgenommen werden.

¹⁶⁴ Vgl. StAB Best. K 191 Zuchthaus Plassenburg, Verz. II Nr.752: Papadopoulos, Aristides.

¹⁶⁵ Vgl. Urban, Josef: Katholische Gefangenen-seelsorge im 19. Jahrhundert auf der Plassenburg, in: Wirz, Ulrich (Hrsg.): Rund um die Plassenburg, Kulmbach 2003, S. 215 ff.

¹⁶⁶ Vgl. §40 39 Hausordnung (Fn. 22).

¹⁶⁷ Vgl. Kolling (Fn. 30), S. 144.

¹⁶⁸ StAB, K 191 Zuchthaus Plassenburg, Verz. I, Nr. 69: Den Gottesdienst in der Anstalt betr. 1846-1904.

¹⁶⁹ Ebd.

¹⁷⁰ Urban (Fn. 165), S. 240.

¹⁷¹ Vgl. [Ohne Verfasser]: Die Stellung der Hausgeistlichen in Bayern, in: Blätter für Gefängniskunde. Fünftes Heft. Heidelberg 1867, S. 369-370.

¹⁷² Urban (Fn. 165), S. 238.

¹⁷³ Vgl. [Ohne Verfasser]: Correspondenz, in: Blätter für Gefängniskunde. Zweites Heft. Heidelberg 1867, S.137.

¹⁷⁴ StAB K 191 Zuchthaus Plassenburg, Verz. I, Nr. 55: Geistliche bei den Strafanstalten 1836-1899.

1908 wurde das Zuchthaus Plassenburg im Schematismus der Erzdiözese Bamberg mit 170 katholischen und 300 protestantischen Sträflingen aufgeführt.¹⁷⁵

10. Schulunterricht

„Jeder Gefangene, welcher das 36. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hat, ist schulpflichtig (...).“¹⁷⁶ Die Gestaltung des Gefangenenunterrichts verlief in den verschiedenen deutschen Partikularstaaten nach unterschiedlichem Muster. In Baden beispielsweise wurde jeder Insasse einer Haftanstalt teils gemeinschaftlich, teils einzeln in seiner Zelle unterrichtet. Im Königreich Bayern fand der Schulunterricht immer nach dem Gemeinschaftsprinzip statt.¹⁷⁷

Befreit werden vom Unterricht konnte nur derjenige, der schon vor oder während der Haft in den Besitz von vollständigen Schulkenntnissen gekommen war. Ebenso waren diejenigen Gefangenen befreit, bei denen das Lernen nach mehreren Versuchen erfolglos blieb. Häftlinge, die das 36. Lebensjahr schon überschritten hatten, konnten auf ihren persönlichen Wunsch die Schule besuchen. Allerdings nur unter der Maßgabe, dass diese auch einen Lernerfolg vorweisen konnten.¹⁷⁸ Der Lehrplan bestand aus Lesen, Schreiben, Rechnen, Kirchengesang und anderen gemeinnützigen Kenntnissen. Auf freiwilliger Basis konnten die Gefangenen den Zeichenunterricht besuchen, aber nur unter der Bedingung, dass „derselbe zu ihrem Fortkommen nützlich“¹⁷⁹ war.

Beim Eintritt in das Zuchthaus Plassenburg wurde der Häftling von dem Hausgeistlichen bezüglich der Schulkenntnisse geprüft und dann einer von drei Klassen zugeteilt. Die erste Klasse war für die Insassen, die kaum oder gar nicht im Besitz dieser Kenntnisse waren. Wer schon das nötige Basiswissen im Lesen, Schreiben und Rechnen hatte, wurde der zweiten und die gut unterrichteten der dritten Klasse zugeteilt. Nach dem Grad des Wissens orientierte sich auch die Unterrichtszeit der jeweiligen Klassen. So erhielt die erste Klasse drei und die zweite und dritte jeweils zwei Wochenstunden Unterricht. Am Ende jedes Schuljahres wurde jeder in Gegenwart des Vorstands, des Hauslehrers sowie des Hausgeistlichen einer Prüfung unterzogen. Wer diese ausgezeichnet bestand, wurde mit einer Prämie belohnt.¹⁸⁰ Der wegen Verbrechen wider die Sittlichkeit verurteilte Anton Bauer (Zugehörigkeit zur I. Klasse) erhielt am 12.12.1907 vom damaligen Hauslehrer Raab folgende Prüfungsergebnisse: Aufsatz III, Schönschreiben II-III, Rechnen III, Rechtschreiben III-IV, Lesen III-II. Bauers Prüfungsaufgaben bezogen sich im Bereich Mathematik auf Bruchrechnen, die Bereiche Aufsatz, Schönschreiben und Rechtschreiben wurden getestet, indem er einen Aufsatz über seine Kindheit schreiben musste.¹⁸¹

Des Weiteren wurde einmal in der Woche eine Art Wiederholungsstunde abgehalten für die Insassen, die wegen ihrer guten Schulkenntnisse eigentlich vom Unterricht befreit waren. Die Teilnahme an dieser Stunde wurde diesen vom Vorstand zusammen mit dem Hausgeistlichen aufoktroiert.

Zuständig für den Schulunterricht war der Hauslehrer, der vorerst nur den Rang einer nachgeordneten Hilfskraft hinter dem Hausgeistlichen hatte. Letzterem oblag die vollständige Direktion der religiösen wie auch der schulischen Bildung der Gefangenen.¹⁸²

Ab 1860 wurde versucht, den Religions- und Schulunterricht in den Zuchthäusern intensiver zu gestalten. Letzterer erfolgte auf der Plassenburg durch den Hauslehrer jeden Mittwoch von 7:30 Uhr bis 9:00 Uhr, sowie donnerstags von 13:00 Uhr bis 14:00 Uhr. Insassen katholischer Konfession wurden durch den Hausgeistlichen ebenfalls mittwochs von 6:30 Uhr bis 7:30 Uhr unterrichtet, der evangelische Religionsunterricht fand parallel dazu statt.¹⁸³

Obwohl man durch die Aufteilung in Klassen versuchte die Häftlinge so individuell wie möglich zu betreuen, gab es auf der Plassenburg schon bald das Problem, dass die Sträflinge bezüglich ihrer Fähigkeiten zu unterschiedlich waren, alle aber den gleichen Unterricht bekommen sollten. Eine Lösung für dieses Problem erfolgte durch ein Schreiben am 11.9.1861 vom Königlichen protestantischen Oberministerium: „Indeß soll bei dem Unterrichte überall der kirchlich rezipierte kleine Katechismus Luthers nebst angefügtem Schulbuche gebraucht und auch gehalten werden. (...) so ertheilen wir es der Verschiedenheit der Strafzeit, des Alters und der Begabung der Gefangenen angemessen (...), hierbei ist das Auswendiglernen der sechs Hauptstücke des Katechismus (...) zu stellen, damit die Gefangenen wenigstens die Hauptlehre des Glaubens in bestimmter Stellung sich zu eigen machen. Was den Unterricht in der biblischen Geschichte betrifft, so soll derselbe eigends unterbleiben jedoch hat er sich auf die Haupt- und Grundzüge zu beschränken und es erscheint als zweckmäßig denselben nicht besonders, sondern in Anschlüssen an den Katechismusunterricht zu ertheilen. Von dem Auswendiglernen biblischer Geschichten ist allerdings Abstand zu nehmen denn es genügt, wenn die Gefangenen den sachlichen Inhalt der einzelnen Geschichten sich zu eigen machen und mit ihren eigenen Worten wider zu geben wissen.“¹⁸⁴

11. Entlassung eines Sträflings

Vier Wochen vor dem Entlassungstermin wurde die für den Heimort des Gefangenen zuständige Distriktpolizeibehörde von der bevorstehenden Haftentlassung informiert. Der Hausgeistliche hatte derselben Mitteilung in Form eines Zeugnisses über das kirchlich-religiöse Leben und den sittlichen Zustand des Entlassenen zu machen. Daneben sollte es noch Angaben über die Beschäf-

er Anton.

¹⁷⁵ Vgl. Urban (Fn. 165), S. 242.

¹⁷⁶ § 42 Hausordnung (Fn. 22).

¹⁷⁷ Vgl. Krebs, Albert: Es begann mit Religionsunterricht, in: Deimling, Gerhard/Lenzen, Heinrich (Hrsg.): Straffälligenpädagogik und Delinquenzprophylaxe, Darmstadt 1974, S. 50.

¹⁷⁸ Vgl. § 42 Hausordnung (Fn. 22).

¹⁷⁹ § 43 Ebd.

¹⁸⁰ §§ 41-45 Ebd.

¹⁸¹ Vgl. StAB Best. K 191 Zuchthaus Plassenburg, Verz. II Nr.704 Bau-

¹⁸² Vgl. Krebs (Fn. 177), S. 50.

¹⁸³ Vgl. Kolling (Fn. 30), S. 143.

¹⁸⁴ StAB K 191 Zuchthaus Plassenburg, Verz. I, Nr. 94: Religions- und Schulunterricht der Ketten- und Zuchthausgefangenen 1860.

tigung und das Verhalten vor dem Eintritt, die Begründung warum derjenige eine Zuchthausstrafe verbüßen musste, die während der Strafzeit ausgeübte Beschäftigung und die dadurch erlangten (auch schulischen) Fähigkeiten, sowie das Betragen innerhalb der Anstalt enthalten. Nach der Prüfung durch die zuständige Polizeibehörde sollte das Zeugnis an das zuständige Heimatpfarramt weitergeleitet werden. Unmittelbar vor der Entlassung erhielt der Gefangene sein persönliches Eigentum zurück und musste nochmals dem Hausgeistlichen, Hausarzt, sowie dem Vorstand vorstellig werden. Letzterer erteilte abermals eine eindringliche Rückfallsverwarnung.

Von seinen Ersparnissen wurde dem Gefangenen nur das nötigste Reisegeld ausbezahlt und der Rest der zuständigen Polizeibehörde seines Heimatortes oder einem entsprechenden Fürsorgeverein für ehemalige Strafgefangene überwiesen. Falls jemand nicht genügend Geld für die Heimreise hatte, konnten diesem die erforderlichen Mittel samt Kleidung vom Vorstand bewilligt werden.

Die Rückreise hatte dann auf einer vom Vorstand genau vorgeschriebenen Reiseroute zu erfolgen. Anhand dieser Route wurden auch die auszahlenden Reisekosten bestimmt. Inländer wurden ausschließlich in ihren Heimatort entlassen, Ausländer mittels Schubtransport in ihr jeweiliges Land gebracht. Kranke und körperlich Schwache durften die Strafanstalt erst auf Anordnung eines ärztlichen Gutachtens verlassen, um die Verbreitung von Krankheiten zu vermeiden. Falls der Betroffene an keiner ansteckenden Erkrankung litt, konnte er auch auf eigenen Wunsch sofort entlassen werden, wenn dadurch keine Lebensgefahr zu befürchten war. Nach der Rückkehr in seinen Heimatort stand jeder Straftentlassene unter der besonderen Aufsicht der Ortsobrigkeit.¹⁸⁵

Eine vorzeitige Entlassung konnte bei guter Führung frühestens nach $\frac{3}{4}$ der Strafzeit erfolgen. Eine zusätzliche Voraussetzung hierfür war die Zusicherung eines Ausbildungs- bzw. Arbeitsplatzes. Der einzige Fall unter den 10 untersuchten Personenakten, bei dem eine Entlassung aufgrund dieses Sachverhalts festgestellt werden konnte, ist der von Andreas Lukas. Verurteilt am 30. Juni 1903 zu sechs Jahren Zuchthaus wegen Körperverletzung mit Todesfolge wurde er wenige Tage später mit 23 Jahren in der Plassenburg inhaftiert und von nun an mit Spülen beschäftigt. Da Lukas sich während seiner Haftzeit wenig zu Schulden kommen ließ, sollte er nach $\frac{3}{4}$ seiner Strafzeit am 7. Juli 1908 vorzeitig entlassen werden. Schon ein Jahr zuvor, am 15. Oktober 1907, erhielt der Zuchthausvorstand ein Schreiben, in dem Andreas Lukas eine feste Arbeitsstelle garantiert wurde. „Erklärung: Der Unterfertigte erklärt hiermit, dass er gerne bereit ist, dem z. Z. auf Plassenburg inhaftierten Andreas Lukas nach seiner Entlassung als Steinbrecher dahier zu beschäftigen. Behringersdorf, den 15. Oktober 1907 gez. Georg Winter.“¹⁸⁶ So konnte der Entlassene wieder in seinen Heimatort bei Nürnberg zurückkehren. Zuvor wurde noch vom Haus-

geistlichen Joseph Schmitt ein Gutachten über ihn erstellt. Lukas machte auf diesen den Eindruck eines Menschen, der seine Tat bereute, dafür bestraft wurde und sich bessern wollte. Während der Haftzeit kam der Gefangene seinen religiösen Pflichten nach und arbeitete fleißig. Das einzig Negative, was festgestellt wurde war, dass er sich mit seinem Mitgefangenen Bürger geprügelt hatte, sowie beim Schmuggeln erwischt wurde. Ansonsten berichtet das Gutachten von einer einwandfreien Führung. Der Geistliche merkte ebenfalls an, dass fast jeder Häftling innerhalb der Anstalt schmuggelte und der Fehler dadurch nicht zu sehr ins Gewicht fallen würde. „Die Haft sollte ihm doch eine Warnung sein.“¹⁸⁷

Ob die Entlassung bei jedem so reibungslos verlief, ist allerdings zu bezweifeln. Die einzige Fürsorge, die von Seiten der Anstalt betrieben wurde, war dem ehemaligen Gefangenen eine abschließende Ermahnung mit auf den Weg zu geben und ihm seine alte Kleidung und das Eigentum auszuhändigen. Nachdem sich die Tore des Zuchthauses hinter ihm geschlossen hatten, war er sich und seinem Schicksal selbst überlassen. Verständlich, dass die beabsichtigten Resozialisierungsbestrebungen nun oft scheiterten. Mit offenen Armen und einer sicheren Anstellung wurden wohl die wenigsten in ihrer Heimat aufgenommen. „Nun erst beginnt die schwere Wirkung der Strafe; denn die bürgerliche Gesellschaft wendet sich von dem Entlassenen ab.“¹⁸⁸

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts wurden die Forderungen nach einer Sträflingsfürsorge immer lauter. Nicht nur in Deutschland, auch in Österreich machte man sich Gedanken darüber. Josef Radauer, Kontrolleur des Zwangsarbeitshauses Znaim fasste 1901 den Plan eine private Sträflingsfürsorge auf Vereinsbasis ins Leben zu rufen. Unzureichende Mitgliederzahlen und der Mangel an finanziellen Mitteln ließen dieses Projekt jedoch schnell scheitern.

Ähnliche Ideen gab es auch in Oberfranken bezüglich der Entlassenen des Zuchthauses Plassenburg. Die bayerische Regierung förderte Fonds, aus denen ehemaligen Häftlinge finanzielle Hilfe zugesichert werden sollte. „Durch den Kreisvoranschlag für 1908 sind zur Unterstützung von (...) Entlassenen 500 M aus Kreisfonds bewilligt worden. Die K[önigliche] Kreiskasse wird daher angewiesen diese 100 M monatl. an den Kreismann zur Obsorge für entlassene Strafgegangene in Oberfranken zu zahlen (...).“¹⁸⁹ Außerdem wurde veranlasst, an vielen Orten freiwillige Helfer zu suchen, die auch bereits in Fürsorgeverbänden tätig waren, um Entlassene zu unterstützen. Dies sollte vor allem in Fabrikstädten geschehen. So kam es, dass ab 1862 in den oberfränkischen Städten wie Bayreuth, Wunsiedel, Kronach, Hof, Scheßlitz usw. solche Vereine gegründet wurden.¹⁹⁰ Aber auch hier konnte nicht die nötige bzw. erwünschte Hilfe aufgrund

¹⁸⁷ Ebd.

¹⁸⁸ Leybold (Fn. 74).

¹⁸⁹ StAB: K 3 – F 1 Regierung von Oberfranken, Nr. 2311: Unterstützung entlassener Sträflinge 1908-1930.

¹⁹⁰ StAB, K 190 Zuchthaus St. Georgen (Bayreuth), Verz. I, Nr. 3: Die Verwaltung der Gefangenenanstalt St. Georgen die Haus-Ordnung betreffend 1862-1876.

¹⁸⁵ Vgl. §§79-85 Hausordnung (Fn. 22).

¹⁸⁶ StAB Best. K 191 Zuchthaus Plassenburg, Verz. II Nr. 743 Lukas Andreas.

von mangelnden Anhängern und Finanzierungsproblemen realisiert werden.¹⁹¹

III. Das Zuchthaus als Erziehungsanstalt?

In der Bundesrepublik Deutschland wurde die Zuchthausstrafe durch das „Erste Gesetz zur Reform des Strafrechts“ vom 25. Juni 1969 abgeschafft. Statt der verschiedenen Formen des Freiheitsentzugs (Zuchthaus, Gefängnis und Haft) wurde nun als einheitliche Strafe die Freiheitsstrafe eingeführt. Zum Scheitern war die Zuchthauskonzeption letztendlich deswegen verurteilt, weil die Grundidee der Resozialisierung von anderen Prioritäten überwältigt wurde. Rentabilitätsabwägungen, bloße Sicherungszwecke oder das Streben nach einem reibungslos funktionierenden Anstaltsbetrieb führten dazu, dass schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts in der Öffentlichkeit den Zuchthäusern jede Existenzberechtigung abgesprochen wurde.¹⁹² Der Mehrwert der Strafe, die Erziehungsfunktion, hat sich also vielfach nicht einlösen lassen. Die tatsächliche Gefängnisstrafe hat somit die Gerichtsstrafe nicht in der beabsichtigten Weise überschritten und der Zuchthausinstitution ihre Berechtigung gegeben.¹⁹³

Im 19. Jahrhundert hieß es: „Humanität und Strenge dienen der sozialen Erziehung und Besserung des Gefangenen [und sollen diesen] zu Gehorsam und Achtung vor dem Gesetze, zu Nüchternheit, Ordnung, Selbstbeherrschung und zur Arbeit erziehen.“¹⁹⁴ Das heutige Ziel des Strafvollzugs ist unter § 2 Strafvollzugsgesetz (StVollzG) zu finden: „Im Vollzug der Freiheitsstrafe soll der Gefangene fähig werden, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen (Vollzugsziel). Der Vollzug der Freiheitsstrafe dient auch dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten.“ Was hat sich nun im Vergleich zu heute im Strafvollzug geändert? Gemeinsamkeiten haben beide Definitionen, indem sie den Rachedenken des Mittelalters im Strafvollzug negieren und diesen zu einem reinen Resozialisierungsgedanken machen. Die Unterschiede sind im gesellschaftlichen Wandel und der damit verbundenen inhaltlichen Änderung des Begriffs der Resozialisierung zu finden. Im 19. Jahrhundert herrschte noch eine reine Arbeitsgesellschaft vor. Durch den monarchistischen Obrigkeitsstaat und die Untertanenmentalität in der Gesellschaft wurde auch der Begriff Resozialisierung anders interpretiert. Wer sich gesellschaftskonform verhielt, also einer geregelten Arbeit nachging, war sozial integriert. Arbeitslosigkeit und Müßiggang waren demnach die Ursachen für Außenseitertum und Kriminalität. Zuchthäuser waren Übergangserscheinungen des gesellschaftlichen Umbruchs von der agrarisch-feudalen zur kapitalistischen Produktionsweise. Wegen dieses Wandels hatte das Zuchthaus gleichzeitig mehrere Funktionen inne, die zuvor in der mittelalterlichen und später in der bürgerlichen Gesellschaft durch unterschiedliche Institutionen

wahrgenommen wurden. So bedeutete dies auf ökonomischer Ebene eine Entlastung der Armenkassen; darüber hinaus war es ein Beitrag zur Arbeiterbeschaffung im Sinne der neu entstandenen zentralisierten und kontrollierten Produktionsformen. Aus ordnungspolitischer Sicht wurde das Zuchthaus zu einem Instrument der Sozialdisziplinierung, zu dessen Idealtypus der Lohnarbeiter wurde. Das aufsteigende Bürgertum hatte Interesse an der Hervorbringung eines disziplinierten Lohnarbeiters und einer sozialen Kontrolle, die etwaiges abweichendes Verhalten vermied. Die Zuchthauspädagogik sollte, vor allem innerhalb der unterbürgerlichen Schicht, ihren Teil zu einer Verinnerlichung des funktionstüchtigen Lohnarbeiters beitragen.¹⁹⁵ Dies ist die angesprochene Disziplinierung des Körpers bei Foucault. Die Erziehung des menschlichen Körpers und seines Geistes zu einer von außen oktroyierten Funktion. Die Ähnlichkeit der Zuchthäuser, Fabriken und Kasernen in Bezug auf Überwachung und Kontrolle knüpfen nahtlos an die Zuchthauspädagogik an und umgekehrt. Die Arbeit wird, auch wegen der Lohnzahlung, nicht als Strafe gesehen. „Die Zwangsarbeit ist an sich eine Maschinerie, die aus dem gewalttätigen, unruhigen, unüberlegten Gefangenen ein Stück macht, das seine Rolle mit vollkommener Regelmäßigkeit spielt. [...] Und letzten Endes zeigt die Gefängnisarbeit doch einen ökonomischen Effekt, indem sie Individuen produziert, die nach den allgemeinen Normen einer industriellen Gesellschaft mechanisiert sind.“¹⁹⁶ Der Gefangene wird durch die Arbeit schon vor seiner Entlassung in die (Arbeits-) Gesellschaft eingebunden.

Zuchthäuser „werden zu einer institutionalisierten Mahnung an die Gesamtbevölkerung, um zu zeigen was erwünschtes und was unerwünschtes Verhalten ist, worin sich eine gute von einer schlechten Gesinnung unterscheidet und vor allem, wie man auf den Pfad der Arbeits- (Tugend) gelangt.“¹⁹⁷ Von der „schiefen Bahn“ konnten Personen folglich nur abgebracht werden, wenn man ihnen eine regelmäßige Arbeit gab. Wer sich dem widersetzte, wurde eben durch Sanktionen dazu gezwungen. Aus damaliger Sicht waren Einzelhaft oder Dunkelarrest ein notwendiges Übel, um den verbrecherischen Menschen zu erziehen, also dem allgemeinen Arbeitsrhythmus wieder Untertan zu machen. Diese Repressalien führten wahrscheinlich eher zu einer Desozialisierung der Häftlinge, da sie sämtliche Möglichkeiten der Eigenverantwortung verloren. Harte Arbeit, Uniformierung, Redebeschränkung, schlechte Ernährung, niedrige Schwellen zur Anwendung von Repressalien wie Einzelhaft führten eher zum Siechtum der Gefangenen als zu der gesellschaftlichen Wiedereingliederung und machten das Zuchthaus zu einem unnatürlichen, der Freiheit in keiner Weise entsprechenden Lebensraum. Letztendlich standen die Verhältnisse den Lebens- und Leibesstrafen nur wenig nach, was auch durch den niedrigen Prozentsatz der Häftlinge, die ihre Entlassung erlebten, bestätigt wird. Durch das neu erlassene Strafrecht

¹⁹¹ Vgl. StAB: K 3 – F 1 Regierung von Oberfranken, Nr. 2311: Unterstützung entlassener Sträflinge 1908-1930.

¹⁹² Vgl. Stekl (Fn. 30), S. 310.

¹⁹³ Vgl. Foucault (Fn. 1), S.317.

¹⁹⁴ Leybold (Fn. 74).

¹⁹⁵ Vgl. Marzahn (Fn. 62), S. 65-67.

¹⁹⁶ Foucault (Fn. 1), S.311.

¹⁹⁷ Ebd. S. 67.

setz und die Hausordnung für die Zuchthäuser wollte das Königreich Bayern ab 1861 eine einheitliche Verfahrensweise mit Verbrechen festsetzen. Die genau festgelegten Vorschriften, wie der Tagesablauf, Ernährung oder Hygiene der Gefangenen sollten für moderne soziale und humane Verhältnisse sorgen. Für uns heutzutage sind Dunkelarrest oder ein 13-Stunden-Arbeitstag unmenschliche Zustände, aber man muss die damaligen Umstände im Auge behalten. Einen Fortschritt bedeutete 1861 die Abschaffung der Prügelstrafe, so wurden die erwähnten Sanktionen natürlich humaner angesehen als heute. Hieran ist die allmähliche Entwicklung von der physischen Bestrafung hin zur vor allem psychischen Disziplinierung erkennbar. „Im Herzen aller Disziplinar-systeme arbeitet ein kleiner Strafmechanismus, der mit seinen eigenen Gesetzen, Delikten, Sanktionsformen und Gerichtsinstanzen so etwas wie ein Justizprivileg ist.“¹⁹⁸

Auch auf der Plassenburg wurde eine Mikro-Justiz¹⁹⁹ angewandt. Die Bestrafungen selbst waren dabei eher subtiler und vorrangig nicht mit der Zufügung von Schmerzen verbunden.

Die eigentlichen Disziplinierungsmaßnahmen wurden so zu Mikro-Strafen umfunktioniert, d.h. innerhalb der Strafanstalt selbst wurde wieder bestraft. Die auf der Plassenburg angewandten Strafen hatten vor allem den Entzug zum Inhalt: verschärfter Freiheitsentzug durch Einzelhaft, Entzug von Bewegungsfreiheit durch Fesselung, Nahrungsentzug oder Entzug von Tageslicht. Ein ganzes System von Bestrafungen innerhalb des Zuchthauses wird dabei in Kraft gesetzt; sie alle tragen letztendlich dazu bei, den Disziplinierungsmechanismus in Gang zu halten und den Gefangenen immer mehr kontrollieren zu können. Bestraft werden hier keine Straftaten vor dem Gesetz, sondern Verstöße gegen die Zuchthausordnung, die nicht-konformes Verhalten zur Folge haben.²⁰⁰ Durch die Bestrafungen sollen Abweichungen von der vom Gefängnis vorgezeichneten Norm soweit wie nur möglich reduziert werden.²⁰¹

Ein ausgeklügeltes System von Belohnungsmöglichkeiten ergänzte die Disziplinarstrafen. Denn „in der Disziplin ist die Bestrafung nur ein Element innerhalb eines Systems von Vergütung und Sanktion, von Dressur und Besserung. Der Lehrer muss Züchtigungen so weit wie nur möglich vermeiden [...]“.²⁰² Die Belohnungen sollten dabei natürlich wohl dosiert verteilt werden (Zugang zu Genussmitteln, zusätzlicher Kontakt zu Verwandten, etc.).

Am Schulsystem des Zuchthauses Plassenburg lässt sich das Wechselspiel von Bestrafung und Belohnung dagegen nicht so einfach erkennen. Die Besten wurden mit zusätzlichen Belohnungen bedacht. Durch Abschlussprüfungen inklusive lukrativer Zugaben (Nahrung, Geld) wurde ein Leistungsdruck erzeugt, der die Gefangenen auch in der Schule in die Norm des Gefängnis fügen soll-

te; der Ansporn besser zu werden, wird vor allem durch das Belohnungssystem verstärkt. Die von Foucault beschriebenen schulischen Disziplinierungsmaßnahmen (S.232-235) waren auf der Plassenburg zwar so nicht verwirklicht, aber man muss bedenken, dass die Schule ein Teil des Zuchthauses war, also alle Regelungen der Strafanstalt auch innerhalb der Schule galten.

Wo auch immer auf Disziplinarstrafen innerhalb einer entsprechenden Institution getroffen wird (sei es Arbeit, Schule, oder der restliche Zuchthausalltag), die Funktion ist dieselbe:

„Im System der Disziplinar-macht zielt die Kunst der Bestrafung nicht auf Sühne und auch nicht eigentlich auf die Unterdrückung eines Vergehens ab. [...] Das lückenlose Strafsystem, das alle Punkte und alle Augenblicke der Disziplinaranstalten erfasst und kontrolliert, wirkt vergleichend, differenzierend, hierarchisierend, homogenisierend, ausschließend. Es wirkt normend, normierend, normalisierend.“²⁰³

Die Normierung begann dabei schon an der Gefängnis-pforte. Durch die beschriebene Aufnahme-prozedur in das Zuchthaus Plassenburg verlor der Sträfling seine Individualität und trat ein in ein Reich der Disziplinierungsmaßnahmen. Er erhielt eine neue Identität innerhalb des Zuchthauses: „Der Körper konstituiert[e] sich [dann] als Element einer vielgliedrigen Maschine.“²⁰⁴ Ohne individuelle

Merkmale wurde der Gefangene im Zuchthaus gesehen. Durch die Enteignung bei Aufnahme und die uniforme Kleidung aller Insassen wurde dies vor allem auch optisch zum Ausdruck gebracht. Die Entkleidung zu Beginn der Haft löste den bestraften Menschen aus der Außenwelt heraus, und verfrachtete ihn in die Isolation des Zuchthauses.

Das fast vollständige Sprechverbot der Gefangenen isolierte die Häftlinge auch in körperlicher Gesellschaft. Die nicht nützlichen Kommunikationskanäle wurden effektiv durchbrochen.²⁰⁵ Auch während der Arbeit herrschte das Sprechverbot, da mit Arbeit verbundene Isolation gerne als Umformungsfaktor definiert wurde.²⁰⁶ Wenn schon keine physische Isolation bei den meisten Gefangenen praktiziert wurde, dann zumindest eine psychische: „die zwanghafte Individualisierung durch den Abbruch jeder Beziehung, die nicht von der Macht kontrolliert oder hierarchisch geordnet war.“²⁰⁷ Unter den Gefangenen selbst sollte so wenig Kontakt wie möglich hergestellt werden, um jede noch so geringe soziale Interaktion zu verhindern, die zu Kontroll- und Überwachungsschwierigkeiten hätte führen können. Die Gefangenen allerdings, von denen eine akute Gefahr für die Einhaltung der Ordnung innerhalb des Zuchthauses ausging, wurden durch Einzelhaft tatsächlich physisch isoliert.

Der Zuchthausalltag auf der Plassenburg war somit nicht

¹⁹⁸ Ebd. S.230.

¹⁹⁹ Ebd. S.230.

²⁰⁰ Vgl. Ebd. S.231.

²⁰¹ Vgl. Ebd. S.232.

²⁰² Ebd. S.232.

²⁰³ Vgl. Ebd. S.236.

²⁰⁴ Ebd. S.212.

²⁰⁵ Vgl. Ebd. S.184.

²⁰⁶ Vgl. Ebd. S.308.

²⁰⁷ Ebd. S.307.

nur durch einen strengen Tagesablauf geprägt, sondern vor allem durch ein lückenloses System von Disziplinierung, Bestrafung, Überwachung und Belohnung von der Aufnahme bis zur Entlassung, in jedem Lebensbereich, an allen Orten und zu jeder Zeit. Vor allem diese Elemente machten das System des Zuchthauses aus.

Der Tagesablauf selbst orientierte sich am Alltag der Unterschicht. Harte Arbeit, eintönige Ernährung, sowie beschränkter Wohnraum waren nichts Ungewöhnliches. Zudem hatten die Insassen eines Zuchthauses gegenüber der Normalbevölkerung noch einige „Vorteile“, indem sie z.B. eine Schulbildung bekamen. Die Eingliederung der entlassenen Häftlinge in die Gesellschaft stellte allerdings schon damals ein Problem dar. Abneigung und Angst der

Bevölkerung gegenüber Zuchthäuslern und mangelnde Ansätze einer Bewährungshilfe hatten eine hohe Rückfallquote zur Folge. Ein ungefähre Besserungsanteil von einem Drittel der Entlassenen wurde damals angesichts des inhomogenen, oft kriminellen Häftlingspotenzials als durchaus zufrieden stellend angesehen.²⁰⁸

Die praktischen Ergebnisse der Untersuchung, verbunden mit den theoretischen Überlegungen Foucaults zeigen, - ungeachtet der Erfolgsquote - dass das Zuchthaus des 19. Jahrhunderts eine Strafanstalt war, die besonders durch den hohen baulichen und organisatorischen Aufwand zur Lehranstalt des gesellschaftskonformen Lebens wurde.

²⁰⁸ Vgl. Stekl (Fn. 30), S. 313-317.

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 Übersererat 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 wurde 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 verschwinden¹.

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 abgeschafft², jedoch nicht durch eine anderes Beratungsorgan ersetzt, da die Verfassung von 1837 in seinen Artikeln keine Beratungsorgane vorsah. Jedoch führte die Notwendigkeit, über ein Organ dieser Art für Themen, die die Überseegebiete betrafen,

¹ 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.

² 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 beschränkte, über diejenigen Themen zu informieren, die die Krone ihr vorschlagen wollte.

Diese Institution dauerte bis zum November 1840³ 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 erhielten⁴. 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 Vorsitzende 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 entscheiden⁵.

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 gesetzt⁶. An seiner Stelle wurde eine beratende Einrichtung speziell für Überseeangelegenheiten geschaffen: der Überseerat⁷.

Der ursprüngliche Vorentwurf zur Schaffung dieser Einrichtung wurde im Sommer 1851 aufgesetzt und fügte diese dem Innenministerium des Königreiches hinzu⁸. Durch die Schaffung einer Hauptabteilung, die innerhalb der Präsidentschaftsabteilung 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 Regierungspräsidentschaft 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 wurden⁹.

Die Übergabe des Vorsitzes der neuen beratenden Institution an den Präsidenten des Ministerrates und die Position als ständigem außerordentlichem Ratsmitglied, die sich aus seinem Posten als Generaldirektor für Übersee zugesprochen wurde, garantierten zudem die enge Kommunikation beider Einrichtungen der Zentralverwaltung¹⁰.

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 entscheiden¹¹. Aufgrund dieser Umstrukturierung entstand eine neue beratende Einrichtung, da der Kammer für Überseeangelegenheiten des Obersten Gerichtshofes die Funktion einer beratenden Körperschaft der Präsidentschaft des Ministerrates zu den Überseeangelegenheiten hinsichtlich der Justizverwaltung übertragen wurde.

Der Überseerat wurde per Königlichem Erlass vom 21. September 1853 aufgelöst¹², nachdem im Januar des gleichen Jahres der Mitarbeiterstab schon beschnitten worden war¹³. 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 Be-

³ „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.

⁴ 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.

⁵ J. Sánchez-Arcilla, op. cit., S. 258-259.

⁶ Colección Legislativa de España (in Folge C.L.), Madrid, Ministerium für Gnade und Justiz, Bd. XLIV, S. 196.

⁷ C.L., Bd. XLIV, S. 193.

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

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

¹⁰ Artikel 3 des Königlichen Erlasses vom 30. September 185, in C.L., Bd. XLIV, S. 197. Dieser Punkt wurde von einem Königlichen Erlass vom 31. Dezember 1851 noch verfeinert, welches 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.

¹¹ A.H.N., Ultramar, Leg. 2443, Akte 2, Dok. 37.

¹² C.L., Bd. LX, S. 121.

¹³ C.L., Bd. LVIII, S. 95.

amter, die, obschon sie die kolonialen Interessen nicht so gut kennen mögen, zweifellos die allgemeinen Staatsinteressen um so besser abschätzen können¹⁴.

Die Abschaffung des Überseerates zog die Wiedereinführung der aufgelösten Überseeabteilung innerhalb des königlichen Rates nach sich, einem Organ, das sich so wiederum um die Kolonialangelegenheiten kümmerte. Die Regierung versuchte, die fruchtbare Zusammenarbeit beizubehalten, die während der vorangehenden Ära zwischen der Hauptabteilung für Übersee und der beratenden Verwaltung entstanden war, indem der Hauptabteilungsleiter für Übersee in der erwähnten Abteilung als außerordentliches königliches Ratsmitglied integriert wurde¹⁵.

Die Rückkehr der Fortschrittlichen an die Regierung bedeutete die Abschaffung des königlichen Rates im August 1854 und veranlasste die Schaffung des Beirats zu den Regierungsgeschäften in Übersee¹⁶. Diese Institution war eng mit der Hauptabteilung für Übersee verbunden, sowohl durch ihre Aufgraben als auch durch ihre Zusammensetzung, und entschied nur bei denjenigen Angelegenheiten, von denen der verantwortliche Minister – der gleichzeitig ihr Vorsitzender war – der Meinung war, es sei ratsam, sie zu konsultieren. Von daher fehlte ihr, im Unterschied zu ihren Vorläufern als Beratungsorgane, Zuständigkeiten im Initiativrecht¹⁷.

Die Regierung von Espartero zeigte von Anfang an Interesse daran, den Prozess der Überprüfung der kolonialen Gesetzgebung wieder aufzunehmen, der seit dem Fall des fortschrittlichen Anführers 1844 verlangsamt und als Folge der Abschaffung des Kontrollrats der Gesetze in Übersee 1851 ganz zum Erliegen gekommen war. Dies bedeutete die Verstärkung der Zuständigkeiten des Beirats mittels eines königlichen Erlasses vom 30. August 1855¹⁸. Aufgrund desselben erlangte dieses Organ das Initiativrecht wieder, der Regierung diejenigen Maßnahmen vorzuschlagen, die er als angemessen erachtete und gleichzeitig übernahm er die Überprüfung der Kolonialgesetzgebung.

Der Beirat übte nur eine kurzzeitig seine Tätigkeit aus, da die schnelle Rückkehr der Gemäßigten an die Macht seine Auflösung im November 1856 bedeutete, wobei seine Zuständigkeiten wieder an den königlichen Rat übergingen, der wiederum im Juli 1858 durch den Staatsrat ersetzt wurde.

¹⁴ C.L., Bd. LX, S.121.

¹⁵ Zunächst wurde die Aufteilung der verschiedenen Angelegenheiten, für die der abgeschaffte Überseerat zuständig gewesen war, auf die verschiedenen Abteilungen des königlichen Rates festgelegt (Königlicher Erlass vom 29. September 1851). Danach wurde die frühere Abteilung für Übersee wieder eingeführt, die über alle Themen des früheren Überseerates beschloss (Artikel 6 des königlichen Erlasses vom 17. Mai 1854, in C.L., Bd. LXII, S. 50).

¹⁶ Er wurde im Mai 1856 wiedereingeführt, und verschwand endgültig im Juli 1858. Siehe "Corporaciones que han...", op. cit, S.18-19.

¹⁷ C.L., Bd. LXIII, S.120.

¹⁸ C.L., Bd. LXV, S. 709.

Ab diesem Moment übernahm das neue Beratungsorgan – mittels seiner Überseeabteilung – die Zuständigkeiten in Überseeangelegenheiten, die ihr von Artikel I des Titel I des Verfassungsgesetzes vom 14. Juli 1858 zugewiesen wurden¹⁹. Aufgrund dieses Gesetzes erlangte der Staatsrat Gerichtshoheit über die Angelegenheiten der Regierung, der Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Übersee. Das neue Beratungsorgan der Zentralverwaltung musste hinsichtlich Regelungen und allgemeinen Anweisungen zur Anwendung der Gesetze in Übersee obligatorisch konsultiert werden, ebenso bei Fragen, die das Real Patronato betrafen sowie „bei ein jeglicher Neuerung in den Gesetzen und Regelungen für die Überseeprovinzen“, wobei diese Angelegenheiten keiner anderen staatlichen Einrichtung zur Begutachtung vorgelegt werden durften²⁰.

Der Zentralisierungsprozess der Kompetenzen in Kolonialangelegenheiten, der von der liberalen spanischen Regierung angestrengt worden war, gipfelte in der Schaffung des Überseeministeriums im Mai 1863. Das Überseeministerium verfügte im Laufe seiner Existenz über eine Reihe von Beratungs- und Hilfsorganen. Diese waren entweder Einrichtungen, die dem Ministerium zeitweise hinzugefügt worden waren, und die zu einem bestimmten Zweck und für eine von der Beendigung ihrer Aufgabe abhängende Zeitdauer geschaffen worden waren, oder aber es handelte sich um ständige Abteilungen, die in der Struktur des Überseeministeriums integriert wurden.

2. Von der königlichen Behörde zum Rat für die Philippinen und die Besitzungen im Golf von Guinea

Die Hauptberatungsorgane des Überseeministeriums hatten als Aufgabenbereich die Philippinen und, in geringerem Grade, die restlichen Pazifikinseln, die unter spanischer Herrschaft standen, sowie die afrikanischen Besitzungen im Golf von Guinea. Spanien hatte zu Beginn des 16. Jahrhunderts damit begonnen, das ausgedehnte Archipel der Philippinen zu besetzen und so war dieses zum Mittelpunkt eines großflächigen spanischen Kolonialreiches in Pazifik geworden, welches im 19. Jahrhundert die Karolinen, Palau und die Marianen umfasste²¹.

Die nur geringe Präsenz spanischer Bevölkerung in der Region, wenn wir einmal von Manila und einigen kleinen Ortschaften in Luzón absehen, verbunden mit einem niedrigen Grad der Akkulturation der heterogenen einheimischen Bevölkerung, die diese Gebiete bewohnte, verlieh diesen Gebieten Eigenschaften, die denen von Kuba und Puerto Rico vollkommen unähnlich waren. Diese Inseln verfügten schon seit Jahrhunderten über eine hauptsächlich kreolische Bevölkerung mit spanischer Kultur.

Aus diesem Grunde ist es nicht verwunderlich, dass es

¹⁹ "Corporaciones que han...", op. cit., S. 20.

²⁰ Artikel 67 des Gesetzes vom 14. Juli 1858, in "Corporaciones que han...", op. cit., S. 21.

²¹ Zu einem allgemeinen Überblick über die spanische Ausdehnung in dieser Region, siehe Luis Togores, *Extremo Oriente en la política exterior de España (1830-1885)*, Madrid, Biblioteca Universitaria, 1997.

die Philippinen und nicht die Antillen waren, die zum Orientierungspunkt des Gesetzgebers beim Entwurf der neuen Strukturen der Kolonialherrschaft über diese Territorien wurden. Die niedrige Präsenz des Staates und die geringe wirtschaftliche Nutzung des Naturreichtums der Philippinen führten im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts zu einer Reihe von Versuchen, die kolonialen Abbaustrukturen der Philippinen zu modernisieren; gleichzeitig wurde beabsichtigt, diese Erfahrungen auf die gesamten neuen Kolonialterritorien zu übertragen, die Spanien während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts im Pazifik und in Afrika besetzt hatte.

Die neue Haltung Spaniens gegenüber einer Region, für die es bis zu diesem Moment nur geringes Interesse gezeigt hatte, wurde von den neuen theoretischen Erwägungen über den Sinn und die Legitimation der Kolonialherrschaft über ein Gebiet bestimmt²². In diesem Sinne stellte die Schlussetappe der Aufteilung der Welt unter die europäischen Großmächte die Legitimität der Souveränität Spaniens über weite Gebiete des Pazifiks in Frage, in der die spanische Präsenz so gut wie inexistent war²³. Diese Situation machte die Schaffung aufeinanderfolgender Verwaltungsorgane notwendig, die als Beratungsorgane, die dem Überseeministerium unterstellt waren, die Aufgabe hatten, die veralteten Strukturen der spanischen Regierung auf den Philippinen, den Karolinen, den Marianen und in Palau zu modernisieren, unter Berücksichtigung der neuen Parameter der Kolonialherrschaft.

Der erste Versuch in dieser Richtung war vor der eigentlichen Entstehung des Überseeministeriums vonstatten gegangen. 1861 ernannte die Regierung von O'Donnell Patricio de la Escocura zum Königlichen Kommissar der spanischen Besitzungen im Pazifik, ein Amt, das der liberale Politiker zwischen 1961 und 1864 ausübte. Die Regierung in der Hauptstadt trug de la Escocura auf, auf diese Inseln umzusiedeln und eine gründliche Studie darüber durchzuführen, welche Reformen auf den Philippinen notwendig seien, um sie an die modernen Formeln der Kolonialherrschaft anzupassen, wobei die Präsenz Spaniens auf diesem Archipel gefestigt werden sollte²⁴.

Jedoch wurde die erste Verwaltungsstruktur im eigentlichen Sinne, die den Gebieten im Pazifik gewidmet war, erst im Sexenio Revolucionario, den revolutionären sechs Jahren nach der spanischen Septemberrevolution von 1868, geschaffen. Die Kubakrise und das politische Brodeln selbst, das in der Hauptstadt während dieses Zeitraums gelebt wurde, war, wie gesehen, ausschlaggebend dafür, dass während dieser sechs Jahre verschiedene Formeln erwogen wurden, um den Rahmen der Beziehungen mit den Überseeprovinzen zu ändern. Die spani-

schen Territorien im Pazifik blieben bei diesem Prozess nicht außen vor.

1869 wurde der Sonderrat zu Verwaltungs- und Regierungsreformen auf den Philippinen geschaffen. Diese Institution war als eine eigenständige Einrichtung angelegt, die vom Überseeministerium abhing und aus hochrangigen Beamten der Ministerial- und peripheren Bürokratie zusammengesetzt war. Seine Funktion war immer noch so nebulös und vage umrissen wie bei den zuvorigen Versuchen; Artikel 1 des Gründungserlasses beschränkte sich darauf, als Aufgabe des Rates zu beschreiben, er solle „die bestehenden Projekte überprüfen, sie verbessern, ihnen Dinge hinzufügen, neue vorschlagen, die er als geeignet ansehe, ihnen [bezugnehmend auf die Inseln des Archipels der Philippinen] die unabdingbare Einheit und Korrelation zu geben“²⁵.

Der Sonderreformrat legte der Regierung ein eher diffuses Paket politischer und Verwaltungsprinzipien zur Verabschiedung vor, auf dem die Ausarbeitung eines zukünftigen Verwaltungs- und Verfassungsgesetzes zur Regierung der Philippinen fußen sollte. Die Eigendynamik der endlosen internen Umstrukturierungen des Überseeministeriums während dieser sechs Jahre verursachte jedoch im Endeffekt die Aufhebung der Ratsitzungen, ohne dass dieser den genauen Inhalt jenes Projektes hätte formulieren können²⁶.

Die spanische Regierung – die in einem Rundschreiben vom 23. Juli 1869 die Notwendigkeit, die politische Verwaltung der Philippinen zu reformieren, dargelegt hatte – beschloss, an seiner Stelle einen beratenden Ausschuss zu schaffen, dem eine nicht verlängerbare Frist von sechzig Tagen zugestanden wurde, um diejenigen Aufgaben zu Ende zu bringen, mit der der Sonderreformrat beauftragt worden war. Zu diesem Zweck wurde die Anzahl der Mitglieder auf zwanzig erhöht, damit der dieser Art von ehrenamtlichen und zeitlich begrenzten Institutionen innewohnende Absentismus den Arbeitsrhythmus des Ausschusses nicht bremsen²⁷. Der beratende Ausschuss beendete seine Arbeit jedoch erst im Juni 1870 und wurde aufgelöst, ohne dass einer seiner Vorschläge in die Praxis umgesetzt worden wäre.

Der Rat zu den Reformen der Spanischen Besitzungen im Golf von Guinea, der seine Sitzungen zwischen Dezember 1869 und Januar 1870 abhielt, hatte eine sogar noch kürzere Lebensdauer als der vorherige²⁸. Er wurde geschaffen, um die Besetzung von Fernando Poo zu konsolidieren, die erst 1858 stattgefunden hatte, und um das schrittweise spanische Vordringen in den Golf von Guinea zu fördern²⁹.

Diese Einrichtung befand sich unter dem Vorsitz des Überseeministers und bestand aus acht Mitgliedern, un-

²² Roberto Mesa, *La idea colonial en España*, Valencia, Fernando Torres, 1976, S. 56-57.

²³ María Dolores Elizalde, „Las grandes potencias y el Pacífico español: los intereses de los países hegemónicos en las colonias de las Carolinas“, in *Revista española del Pacífico*, Nr. 1, 1991, S. 65-82.

²⁴ Königlicher Erlass vom 19. September 1862, in C.L., Bd. LXXXVII, S. 448.

²⁵ C.L., Bd. CII, S. 193.

²⁶ C.L., Bd. CII, S. 819.

²⁷ C.L., Bd. CII, S. 819-820.

²⁸ C.L., Bd. CI, S. 931.

²⁹ Zur Verwaltung dieser Gebiete während des 19. Jahrhunderts, siehe Agustín Sánchez Andrés, „La estructura administrativa del Estado en materia colonial y las posesiones del Golfo de Guinea (1858-1899)“, in *Estudios Africanos*, Bd. VIII, Nr. 14-15, 1994, S. 83-100.

ter denen sich der Beamte, der dem Referat für Guinea vorstand, befand. Der Rat zog die Aufgabe der neuen Kolonie und ihren Verkauf an England in Betracht, angesichts der Schwierigkeiten, die bei ihrer Instandhaltung auftraten und dem offensichtlichen Mangel an Rentabilität für das Mutterland. Die Regierung verwarf diesen Vorschlag, wahrscheinlich beeinflusst von der Kampagne der Gruppen, die für die koloniale Ausweitung in Afrika waren, ließ jedoch die Aktivitäten fallen, die auf eine Erweiterung der Grenzen der Kolonie auf dem Kontinent ausgerichtet waren. Diese obskure Institution verschwand kurz danach aus dem Organigramm des Überseeministeriums, obwohl sich zumindest ihre Arbeit in der Verfassung von Fernando Poo und den Besitzungen im Golf von Guinea widerspiegelt, die 1872 verabschiedet wurde³⁰.

Die Hauptsorge der Regierung konzentrierte sich auf die Reform der Kolonialverfassung der Philippinen. Der geringe Erfolg des beratenden Ausschusses führte das letzte Kabinett von Prim dazu, Moret damit zu beauftragen, die Ursachen des Scheiterns der verschiedenen Reformversuche der philippinischen Kolonialverwaltung zu untersuchen: Der Überseeminister gelangte zu dem Schluss, die Probleme hätten zwei Ursachen. Erstens verursachte die Tatsache, dass sich das Überseeministerium hauptsächlich um die Regierung der Antillen drehte, dass die hochgestellten Bürokraten des Ministeriums noch nicht einmal die Kolonialproblematik der asiatischen und afrikanischen Gebiete kannten. Zweitens machte das Scheitern der verschiedenen zeitlich begrenzten Räte und Ausschüsse, die bisher geschaffen worden waren, die Ineffizienz der Mechanismen, die angewandt worden waren, um diese Situation zu beheben, deutlich, da die Arbeit dieser Beratungsorgane davon abhing, ob der Minister, der sie ins Leben gerufen hatte, im Amt verblieb³¹.

Daher war die Schaffung eines ständigen Beratungsorgans mit Kenntnissen in der Materie nötig, das innerhalb des Ministeriums als Band der Kontinuität fungierte, hinsichtlich der Entscheidung, welche Art der Politik in den erwähnten Gebieten angewandt wurde. Dies stand im Einklang zur traditionellen Angewohnheit der spanischen Politiker des 19. Jahrhunderts, auf Kolonialmodelle zurückgreifen zu wollen, die andere Länder in ihren Kolonien mit mehr Glück anwandten und diese auf die eigene koloniale Wirklichkeit zu übertragen. Moret selbst brachte diese Tatsachen vor und zeigte auf, dass „Frankreich, Holland und England Beratungsorgane haben, die die Verwaltungsleitung ihrer Kolonien, der sie zur Seite gestellt sind, nicht nur treffend beraten, sondern man kann auch sagen, dass sie die Macht und den Reichtum ihrer Kolonialregierung bestimmt haben, besonders in den beiden letztgenannten Ländern“³².

Dies traf außerdem zeitlich überein mit dem Verlust des

Sondercharakters der Überseekammer des Ministerrates, die einige Monate zuvor mit der Finanzkammer verschmolzen worden war, so dass die Möglichkeit, dass diese Funktion von einer spezialisierten Einrichtung dieser Institution übernommen würde – was durchaus ins Auge gefasst worden war – verschwand.

Das Zusammentreffen all dieser Umstände führte schließlich im Dezember 1870 zur Schaffung des Rates für die Philippinen, als ständigem Beratungsorgan des Überseeministeriums³³.

Die Hauptzuständigkeiten des Rates verwässerten den rein beratenden Charakter, den man anfangs dieser Einrichtung zugeordnet hatte, da Artikel 9 des Erlasses vom 4. Dezember 1870 ihn befähigte, aus eigener Initiative diejenigen Projekte und Berichte zu jedwedem Aspekt der Regierungspolitik auf den Philippinen vorzulegen, die ihm als passend erschienen. Die Hauptneuerung war jedoch, dass der Rat zwingend um Stellungnahme hinsichtlich einer jeden Initiative zur Erstellung von Normen, die die Philippinen betrafen, gebeten werden musste. Auch wenn das Gutachten des Rates nicht bindend war, erlangte diese Einrichtung so eine wichtige Rolle, da sie zu einem unabdingbaren Teil des Ausarbeitungsprozesses der Bestimmungen wurde, die sich auf die Philippinen, oder ganz allgemein, auf alle spanischen Besitzungen im Pazifikraum, bezogen. Bei den wichtigen Fragen, die die Regierung jener fernen Inselgruppe betraf, wurden seine Zuständigkeiten und Aufgaben auf diese Art verstanden, ohne diejenigen zu beeinträchtigen, die dem Staatsrat entsprachen, welche überall eingehalten wurden, so wie im Artikel 14 des Gründungserlasses festgelegt.

Hinsichtlich seiner Zusammensetzung, so hörte der Rat für die Philippinen auf, eine Einrichtung zu sein, die fast ausschließlich aus hochrangigen Bürokraten des Überseeministeriums bestand und wurde zu einem Organ, dessen Mehrheit der Mitgliedern aus anderen Organen der Zentralverwaltung des Staates kamen, dem Heer, der Marine und dem Justizwesen, die alle vom Ministerrat bestimmt wurden. Im Rat saßen ebenfalls zwei Vertreter der Kolonialgesellschaft, die von der Obersten Zivilregierung der Philippinen aus sechs von der Stadtverwaltung Manilas vorgeschlagenen Kandidaten ernannt wurden.

Der Veränderungswille Prim's und Moret's bei der Schaffung dieses Organs wird durch die Tatsache verdeutlicht, dass im Rat für die Philippinen kein Platz war für die Sprecher der mächtigsten und fortschrittsfeindlichen Interessengruppe der Kolonie, den religiösen Orden. Das Fehlen von Auswandererströmen aus dem Mutterland in diese Gebiete hatte von Anfang an die spanische Präsenz auf kleine Gruppen von Militärs, Beamten und Geschäftsleuten beschränkt. Dies verlieh den vier religiösen Orden – Jesuiten, Augustiner, Dominikaner und Franziskaner – die sich das Gebiet des weitflächigen Archipels zur Missionierung der Eingeborenen untereinander aufteilten, und in Wirklichkeit als eigentliche Repräsentanten der spanischen Behörden agierten, gewaltige Macht.

³⁰ José Cervera, *La evolución histórico-política de Guinea a través de sus leyes fundamentales*, Santa Isabel, Ayuntamiento de Santa Isabel, 1964, S. 16.

³¹ Präambel des Erlasses vom 4. Dezember 1870, in C.L., Bd. CV, S. 853.

³² *Ibid.*, S. 854.

³³ *Ibid.*, S. 853.

Der Überseeminister war sich dessen bewusst, dass jeglicher Versuch, den starren spanischen Kolonialapparat in dieser Region zu modernisieren, auf den Widerstand der religiösen Orden der Inselgruppe stoßen würde, die bisher eine fast absolute Autonomie genossen hatten. Logischerweise schloss die Schaffung des Rates das Risiko ein, dass der mächtige philippinische Regularklerus das Funktionieren eines Verwaltungsorgans sabotieren würde, über das er keinerlei Kontrolle hatte. Der Rat für die Philippinen schleppte seit seiner Schaffung noch an einer weiten Fessel: sein unregelmäßiges Funktionieren, verursacht durch das häufige Nichterscheinen der Mehrheit seiner Mitglieder, welches wiederum bedingt war durch die Tatsache, dass diese sich nicht ausschließlich den Aufgaben des Amtes widmeten.

Der Aufstandsversuch von Cavite, der von den eingeborenen Soldaten des Kolonialheeres durchgeführt wurde, machte die Schwäche der spanischen Position auf den Philippinen deutlich und zog eine auf Veränderungen ausgerichtete Politik nach sich, die von den Regierungen der Hauptstadt zwischen 1868 und 1872 hier angewandt wurde.³⁴ In der Folge beschränkte sich dieser Reformismus ausschließlich auf das wirtschaftliche Gebiet, wobei jede Maßnahme, die die sozialen und politischen Strukturen betraf, auf die sich die spanische Herrschaft über diese Inseln aufbaute, mit den spanisch-philippinischen Gruppen, die an der Aufrechterhaltung des kolonialen Status Quo interessiert waren, abgesprochen wurde. Im Gegenzug unterstützten diese Gruppen die Wirtschaftsreformen, die schrittweise von den aufeinanderfolgenden Regierungen des Mutterlandes bis 1898 eingeführt wurden, die darauf abzielten, das Kolonialreich im Pazifik für das Mutterland rentabel zu machen, dessen Aufrechterhaltung bisher eine schwere finanzielle Last dargestellt hatte.

Diese qualitative Strategieänderung wurde auf Institutionsebene als die Reform, die im Rat für die Philippinen per Königlichem Erlass vom 17. März 1872 eingeführt wurde, umgesetzt, durch die die Ratsmitgliederzahl auf neun erhöht wurde³⁵. Zwei der neuen Ratsmitglieder waren Vertreter des Regular- und des weltlichen Klerus der Philippinen, wodurch ihr Status als eigenständige Interessensgruppe in dieser Kolonie anerkannt wurde. Was die Einführung eines dritten Ratsmitgliedes angeht, das aus der Zentralverwaltung des Staates kam, hatte diese das Ziel der ständigen Vertretung des Zweiges des Finanzministeriums innerhalb des Rates, in Übereinstimmung mit dem größtenteils wirtschaftlichen Inhalt, der zukünftig die Aktivitäten dieses Organismus ausmachen würde.

Die ungenügenden personellen und materiellen Mittel, die dem Rat für die Philippinen mit dem Königlichen Erlass vom 4. Dezember 1870 zur Verfügung gestellt worden waren, verursachten eine Reihe von nachfolgenden

Anordnungen, die versuchten, dieses Problem auf dreifachem Weg zu lösen: entweder durch Zurückgreifen auf freigestelltes Personal, um das der Verwaltung zustehende Ratsmitgliederkontingent abzudecken (Königlicher Erlass vom 9. April 1880)³⁶; oder durch Einstellung von Beamten, die sich ausschließlich den Aufgaben des Ratssekretariats widmeten; oder durch Erhöhung der Anzahl der Ratsmitglieder nach Einbeziehung des Untersekretärs für Übersee in die Aufgaben des Rates, wie der Königliche Erlass vom 6. Mai 1871 besagte³⁷ oder durch die Erhöhung der Ratsmitgliederzahl, wie die Erlässe vom 17. März 1872 und vom 10. April 1885 vorsahen³⁸.

Im Fall der afrikanischen Gebiete begünstigte die Reduzierung der Anzahl der Beamten, die dem Referat für Guinea zugeteilt waren, die Bildung eines gemischten Ausschusses, die aus hochrangigen Bürokraten des Übersee- und des Marineministeriums bestand. Die Einbeziehung des letzteren war zurückzuführen auf die Tatsache, dass der Marinestützpunkt von Fernando Poo vom Marineministerium abhing. Die Arbeit dieses Ausschusses hatte 1880 die Trennung des Referats für Guinea, des Überseeministeriums von den Finanzverwaltungs- und gerichtlichen Angelegenheiten, die sich auf die afrikanischen Gebiete bezogen, zur Folge, während eine tiefgreifende Reform des Kolonialverwaltungsapparates durchgeführt wurde³⁹. Diese Maßnahme richtete sich darauf, die Kompetenzen über die asiatischen und afrikanischen Kolonien auf die gleichen Abteilungen der Zentralverwaltung des Staates zu übertragen.

Dieses Ziel wurde im April 1885 mit der Schaffung des Rates für die Philippinen und die Besitzungen im Golf von Guinea erreicht. Das neue Beratungsorgan bedeutete die Ausweitung der Aufgaben des ehemaligen Rates für die Philippinen auf die afrikanischen Kolonien, sowie „auf ein jegliches sonstiges Gebiet, das in Zukunft unter die Verwaltungsherrschaft des Überseeministeriums gestellt werden sollte“⁴⁰.

Die Präambel des Gründungserlasses unterstrich das Interesse der Regierung Sagastas an der Vertiefung des Modernisierungsprozesses der Kolonialverwaltung der Philippinen, indem sie aufzeigte, es sei ratsam, diejenigen Maßnahmen, die der Rat für die Philippinen für die schrittweise Reform der Kolonialherrschaft auf den Pazifikinseln empfohlen hatte, auch auf die kürzlich erworbenen afrikanischen Kolonien anzuwenden:

„Das Glückliche der Einmischung der erwähnten Einrichtung [dem Rat für die Philippinen] in die Angelegenheiten jenes kleinen Stückchens, das weit entfernt ist vom spanischen Festland, animiert den unterschreibenden Minister dazu, die Ausweitung seiner Aktion auf die anderen Teilchen, die nicht minder entfernt sind und auch reich an Zukunft, zu fördern [...] Im Rat der Philippinen sollte auch das Wissen um die Angelegenheiten und die

³⁶ C.L., Bd. CXXIV, S. 646.

³⁷ C.L., Bd. CVI, S. 808.

³⁸ C.L., Bd. CVIII, S. 323 und C.L., Bd. CXXXIV, S. 292.

³⁹ Königlicher Erlass vom 26. Dezember 1880, in C.L., Bd. CXXV, S. 503-507.

⁴⁰ C.L., Bd. CVI, S. 808.

³⁴ Zur Konspiration von Cavite, siehe Leoncio Cabrero, „Filipinas y el Pacífico español en la España de Ultramar“, in José María Jover (director), *Historia de España*, Madrid, Espasa Calpe, 1981, Bd. XXXIV, S. 979-1002.

³⁵ C.L., Bd. CVIII, S. 323.

der spanischen Inseln, die von den Meeren Asiens besetzt werden, und der Inseln und Besitzungen im Golf von Guinea vereint werden. Dies erscheint dem Schreibenden zutreffend und fruchtbare Resultate bringend⁴¹.

Das neue Beratungsorgan der Zentralverwaltung des Staates hatte eine dem ehemaligen Rat für die Philippinen sehr ähnliche Struktur, auch wenn die Anzahl der Ratsmitglieder nun auf neun erhöht war, um zwei Experten zu den afrikanischen Kolonien aufzunehmen, die direkt von der Regierung bestimmt wurden, von denen einer notwendigerweise ein ehemaliger Gouverneur von Fernando Poo sein musste. Artikel 2 des Erlasses unterstrich den Expertencharakter, den man der neuen beratenden Einrichtung zu geben versuchte, noch mehr, da als sein Vorsitzender ein ehemaliger Überseeminister ernannt wurde.

Die Existenz des Rates für die Philippinen und die Besitzungen des Golfes von Guinea war flüchtig, da er im Dezember 1886 in dem kürzlich geschaffenen Überseerat aufging⁴².

Die neue Einrichtung wurde mit dem Ziel ins Leben gerufen, dem Überseeministerium ein Beratungsorgan zur Seite zu stellen, dessen Tätigkeitsgebiet sich auf die Gesamtheit der Regierung der Überseegebiete erstreckte. Daher wurde der Überseerat in vier von einander unabhängige Abteilungen aufgeteilt, von denen sich je eine Kuba, Puerto Rico, den Philippinen und den afrikanischen Besitzungen widmete. Hauptaufgabe des Rates war weiterhin, das Überseeministerium bei denjenigen Fragen zu beraten, die dieses ihm zur Untersuchung vorlegte. Jedoch behielt dieses Organ der Zentralverwaltung des Staates das Initiativrecht bei, das dem Rat für die Philippinen in Artikel 9 des Verwaltungserlasses vom 4. Dezember 1870 verliehen worden war, das es dem Rat ermöglichte, Gutachten zu erstellen und dem Überseeministerium Empfehlungen auszustellen zu denjenigen Angelegenheiten, die er als ratsam ansah.

Die Kosten für diese neue Einrichtung wurde zunächst dem Budget für die Philippinen zugeschlagen, obwohl sie im Haushaltsjahr 1888/89 schon zwischen den Budgets für Kuba, Puerto Rico und den Philippinen in der gewohnten Proportion aufgeteilt erscheinen. Die Zusammensetzung variierte je nach Abteilung. Während die Abteilungen für Kuba und Puerto Rico aus gleichen Teilen aus Vertretern des Überseeministeriums und der Kolonialverwaltung der Antilleninseln bestand, kam in der Abteilung für die Philippinen die Mehrheit aus der Verwaltung und der Gesellschaft der Kolonie, und die Abteilung für die afrikanischen Besitzungen näherte sich in ihrer Zusammensetzung am meisten einem wahrhaftigen Expertenrat über die genannten Regionen an⁴³.

⁴¹ Ibid.

⁴² Königlicher Erlass vom 31. Dezember 1886, in Marcelo Martínez Alcubilla, *Diccionario de la Administración Española: compilación de la novísima legislación de España peninsular y ultramarina en todos los ramos de la administración pública*, Madrid, Administración, 1877-1915, Anhang von 1887, S. 27 und 88.

⁴³ Die Abteilung für Kuba bestand aus vier Ratsmitgliedern in Representation der Kolonialverwaltung und weiteren vier aus dem Überseeministerium. In der gleichen Proportion waren die sechs Ratsmitglieder von Puerto Rico zusammengesetzt. Was die Abteilung

Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, die Gründe zu untersuchen, die Victor Balaguer veranlassten, das Tätigkeitsfeld eines Beratungsorgans auf die Antillen zu auszuweiten, dessen unmittelbarer Vorgänger und Organisationsmodell – der Rat für die Philippinen – zur Berechtigung seiner Existenz eben diejenigen Punkte anführte, die die Antillen – die nicht als koloniale Wirklichkeit anerkannt wurden – vom Rest der Überseebesitzungen unterschied, die, da sie diesen Kolonialcharakter besaßen, von einer „gerechten Verwaltung mit der nötigen Kenntnis der Situation, aufgebaut auf Sachkenntnis“ abhängig sein mussten⁴⁴.

Wahrscheinlich sind die Gründe für dieses Haltung in Konjunkturfaktoren zu suchen, die sich aus der Krise der Karolinen ergab, die Spanien 1885 durchmachte. In diesem Falle entspräche die Schaffung des Überseerates eher dem Interesse daran, die Tatsache zu unterstreichen, dass die Pazifikinseln spanisch waren und unter spanischer Hoheit standen als dem Gewinn, der sich aus der Ausweitung eines Beratungsorgans auf die Antillenbesitzungen ergab, dessen Aufgaben in offenem Widerspruch standen zu der Präsenz von Abgeordneten aus Kuba und Puerto Rico im spanischen Parlament⁴⁵.

Eben dieser Widerspruch wurde bei der Abschaffung dieses Organs angeführt, die per Königlichem Erlass vom 18. Oktober 1889 durchgeführt wurde, welches besagte, dass „die dauernde und täglich größere Aufmerksamkeit, die das Parlament den Überseeangelegenheiten zukommen läßt, diesen Rat überflüssig sowie seine Arbeit nur von wenig praktischem Nutzen hat werden lassen“⁴⁶.

In dem gleichen Erlass erhält der frühere Rat für die Philippinen und die Besitzungen im Golf von Guinea seine Funktionen wieder zurück, dessen Mitgliederzahl nun auf sechzehn festgelegt wird: vier davon durch ihr Amt bestimmte Mitglieder, wie der Untersekretär und die Hauptabteilungsleiter des Überseeministeriums und zwölf gewählte Mitglieder, die aufgrund ihrer in diesen Gebieten erlangten Verwaltungserfahrung, ihrer Zugehörigkeit zu bestimmten Sektoren der Kolonialgesellschaft oder als Experten für bestimmte Angelegenheiten, die mit den asiatischen und afrikanischen Besitzungen zusammenhingen, als geeignet erschienen.

Der höhere Grad an Spezialisierung seiner Mitglieder war der einzige Beitrag des kurzlebigen Überseerates zu dieser neuen Einrichtung. Im Übrigen stellte sie eine fast komplette Wiederherstellung des ehemaligen Rates gleichen Namens dar, mit einer wichtigen Ausnahme: der Rat war nicht länger unabdingbarer Teil des Ausarbeitungsprozesses von Anordnungen, die sich auf die asiati-

für die Philippinen anbelangte, so bestand sie aus neun Ratsmitgliedern in Representation der lokalen Interessen und nur drei aus der Zentralverwaltung. Siehe auch den Artikel 8 des Königlichen Erlasses vom 31. Dezember 1886, in M. Martínez Alcubilla, op. cit., Anhang von 1887, S. 29.

⁴⁴ C.L., Bd. CV, S. 855. Über die Amtszeit Balaguers an der Spitze des Ministeriums, s. Victor Balaguer, *En el Ministerio de Ultramar*, Madrid, Imprenta y Fundación de Manuel Tello, 1888.

⁴⁵ Zu den neuen theoretischen Überlegungen hinsichtlich des kolonialen Legitimitätssinnes nach dem Berliner Kongress von 1878, siehe R. Mesa, op. cit.

⁴⁶ M. Martínez Alcubilla, op. cit., Anhang von 1889, S. 855.

schen und afrikanischen Besitzungen bezogen, da es nun Zuständigkeit des Überseeministeriums war, darüber zu entscheiden, welche Angelegenheiten dem Rat zur Begutachtung vorgelegt wurden und welche nicht. Dies entzog dem Rat einen Großteil seiner Effizienz, weshalb per Königlichem Erlass vom 24. Oktober 1890 es wieder zur Pflicht wurde, zu jeder normenschaffenden Initiative, die die Territorien betraf, die sich auf dem Gebiet seiner Zuständigkeit befanden, zuvor diese dem Rat zur Begutachtung vorzulegen⁴⁷.

II. Der Kodifizierungsausschuss für die Überseeprovinzen

Die andere Institution, die dem Überseeministerium unterstand, Beratungsfunktion hatte und eine ständige Einrichtung war, war der Kodifizierungsausschuss für die Überseeprovinzen. Dieses Beratungsorgan wurde per Königlichem Erlass vom 9. April 1880 geschaffen und hatte die Aufgabe, den Prozess der normenbildenden Bestimmungen für die Überseeprovinzen durch Institutionsschaffungen zu regeln⁴⁸.

Die Überseegebiete unterstanden im 19. Jahrhundert einer besonderen Gesetzgebung – die oftmals überholt und widersprüchlich war – und dem besonderen Charakter entsprang, die die aufeinanderfolgenden Verfassungen der Überseeesetzgebung während der gesamten Zeit beimaßen und diese von der auf der spanischen Halbinsel angewandten abspalteten⁴⁹. Die Zentralisierung der Regierung der Gebiete in Übersee, die durch die Schaffung des Überseeministeriums erreicht werden sollte, bildete hier gleichzeitig den Beginn des Gesetzesbildungsprozesses in diesen Gebieten, in Erfüllung der Bestimmungen des Gesetzes vom 18. April 1837, das in den darauffolgenden Verfassungstexten eingeschlossen wurde.

Dieser Prozess fand mittels einer Reihe von Räten und Ausschüssen statt, die innerhalb des Überseeministeriums gebildet wurden, die, insgesamt gesehen, bei dem Versuch scheiterten, die Normenbildung der Überseeesetzgebung im Paket durchzuführen.

Dies war der Zweck des Informationsrates, der 1865 von Cánovas del Castillo geschaffen wurde – der zu jenem Zeitpunkt Überseeminister war – und bestand aus ihm selbst, einem hohen Beamten des Überseeministeriums, den Ratsmitgliedern der Überseeabteilung des Staatsrates und jeweils einem Vertreter der übrigen Abteilungen dieses Organismus⁵⁰. Der Erlass bestimmte ebenfalls, dass weitere 44 Bevollmächtigte an der Arbeit des Rates teilnehmen sollten, von denen die Hälfte von den wichtigsten Institutionen und Körperschaften der Antillen ge-

wählt und die andere Hälfte vom Ministerium bestimmt werden sollte.

Ziel dieses Rates war es, die Grundlagen zu untersuchen, auf denen sich die Sondergesetze gründen sollten, die Artikel 80 der Verfassung von 1845 den Überseeprovinzen versprach. Der Überseeminister versuchte hiermit, den Weg für eine mögliche Reform der Überseeesetzgebung in diejenige Richtung zu ebnen, die von der eine Reform verlangenden kreolischen Elite gefordert wurde, in Übereinstimmung mit der Verpflichtung, die bestimmte Sektoren des Unionismus mit der kubahischen Elite eingegangen waren. Dies war der Zweck der Aufnahme einer Reihe herausragender Antillenbewohner in die Arbeit des Rates. Die Wahl fand am 11. August 1866 statt, wobei die Reformisten die Mehrheit der Bevollmächtigten stellten, die den Stadtverwaltungen und Körperschaften der Antillen zustanden⁵¹. Jedoch blockierte im Sommer 1866 die Ablösung des Kabinetts von O'Donnell durch eine gemäßigte Regierung, an deren Spitze Narvaez stand, die Arbeit des Rates, der trotz der entfalteten intensiven Aktivität ein Jahr nach seiner Schaffung aufgelöst wurde, ohne seine Zielsetzung erfüllt zu haben⁵².

Die Arbeit des Informationsrates diente jedoch dazu, das außergewöhnliche Chaos, in dem sich die Überseeesetzgebung befand, deutlich zu machen. Um diese Situation zu beenden, wurde im Februar 1867 ein Sonderausschuss gebildet, dessen Aufgabe es war, die Überseeesetzgebung, die in den verschiedenen Bibliotheken und Archiven verstreut war, zusammenzutragen⁵³. Da für den Augenblick der Versuch gescheitert war, den Kolonien eine aktuelle rechtliche Ordnung zu geben, wie es die Verfassung vorsah, wurde die Arbeit in Angriff genommen, das in Übersee bestehende gesetzliche verknäuelte Geflecht aufzuklären, damit die verschiedenen Überseeangelegenheiten innerhalb des Ministeriums selbst schneller bearbeitet werden konnten.

Die schwierigen Momente, die in seiner Existenz die Abteilung erlitt, dessen Vorsitz ich heute, dank der Großzügigkeit E.M. habe, [sich auf das Überseeministerium beziehend] sind der Grund dafür, dass seine Protokolle und Akten häufig den Ort wechseln, auf verschiedene Punkte verteilt werden aufgrund der Analogie der Materie, in andere Büros reisen mit bedauernswerter Übereile und manchmal sogar, wie ich zugeben muss, die Sphäre der Regierung verlassen, wohin sie ausschließlich gehören, und in fremden Händen landen⁵⁴.

Parallel hierzu nahm das Überseeministerium eine intensive Arbeit in Angriff, um schrittweise immer wichti-

⁴⁷ M. Martínez Alcubilla, op. cit., Anhang von 1890, S. 762.

⁴⁸ C.L., Bd. CXXIV, S. 649.

⁴⁹ Der Ursprung dieses Prozesses liegt wohl in den Königlichen Befehlen vom 19., 23. und 25. August 1837, in denen die Antillen von der neuen Verfassung ausgeschlossen wurden, die auf der spanischen Halbinsel nach Wiedereinführung der Verfassung von 1812 galt. Dies wurde bei den folgenden Verfassungen wiederholt, wie wir in vorangehenden Noten gesehen haben.

⁵⁰ Königlicher Erlass vom 25. November 1865, in C.L., Bd. XCIV, S. 844.

⁵¹ Marta Bizcarrondo y Antonio Elorza, Cuba/España. El dilema autonomista, Madrid, Colibrí, 2001, S. 46-52.

⁵² Die Ratsaktivitäten können nachgelesen werden in: Ministerio de Ultramar, Junta de Información de Ultramar. Extracto de las contestaciones dadas al interrogatorio sobre las bases en que deben fundarse las leyes especiales que al cumplir el artículo 80 de la Constitución de la Monarquía Española deben presentarse a las Cortes para el gobierno de las provincias de Ultramar, Madrid, Imprenta de la Biblioteca Universal Económica, 1869.

⁵³ C.L., Bd. XCVII, S. 337.

⁵⁴ Präambel des Königlichen Erlasses vom 26. Februar 1867, in C.L., Bd., XCVII, S. 338.

gere Gebiete der in den Überseegebieten angewandten Gesetzgebung zu aktualisieren. Diese Art der normierenden Gesetzesschaffung, die sich über größere Zeiträume erstreckte, setzte sich schließlich durch. Um sie durchzuführen, wurden zwischen 1869 und 1880 verschiedene zeitlich begrenzte Räte und Ausschüsse gebildet, die immer dann wieder aufgelöst wurden, wenn die konkrete Aufgabe, die zu erledigen sie geschaffen worden waren, erfüllt war. Folgende waren die wichtigsten dieser provisorischen Beratungsorgane: der Ausschuss zur Prüfung der Reformen in der politischen und Verwaltungsform in Puerto Rico, gebildet im September 1869 und am 27. Oktober des gleichen Jahres aufgelöst⁵⁵; der beratende Organismus zur Prüfung der Reformen in der Wirtschafts- und Verwaltungsform in Fernando Poo, der zwischen dem 17. Dezember 1869 und dem 17. Januar 1870 funktionierte⁵⁶, der Ausschuss über die Kolonialisierung in Übersee, geschaffen am 30. Januar 1882⁵⁷, und der Ausschuss zur Verwaltungsreform in Übersee, der zwischen Januar und September 1888 seine Arbeit ausübte⁵⁸. Der Ausschuss zur Prüfung der praktischen Anwendung der in Zanjón übernommenen Verpflichtungen, der 1879 von Martínez Campos gebildet wurde, hatte eher den Charakter eines Beratungsorgans des Ministerrates im Ganzen als der des Überseeministeriums, obwohl es diesem zukam, die Ausschussmitglieder zu benennen⁵⁹.

Zeitgleich mit dieser Unmenge an kurzlebigen Ausschüssen und Räten bestanden im Ministerium selbst eine Reihe von Ausschüssen, die den gleichen Charakter wie die vorherigen gehabt hätten, wären sie nicht schnell aufeinander gefolgt, ohne eine kontinuierliche Lösung zu sein, um das gleiche Ziel zu verfolgen, bis dann schließlich der Kodifizierungsausschuss für die Überseeprovinzen geschaffen wurde.

Dieses Ziel war kein anderes als das der Anwendung der auf der spanischen Halbinsel geltenden Strafgesetzgebung in den Kolonien, mit den Abwandlungen, die sich aus der besonderen Situation ergaben, die in diesen Gebieten infolge des in den aufeinanderfolgenden Verfassungen Festgelegten herrschte. Die Tatsache, dass der Prozess der normierenden „Assimilation“ der Kolonien an das Mutterland von der Normierung der Strafgesetzgebung, die in diesen Gebieten angewandt wurde, ausging, war größtenteils bedingt durch die Einheitlichkeit auf dem Gebiet der Strafsachen, die zwischen dem Mutterland und den Überseegebieten noch bis zu einem solch nicht weit zurückliegenden Datum wie 1848 geherrscht hatte⁶⁰.

Der erste dieser Ausschüsse wurde per Königlichem Erlass vom 29. September 1866 gebildet, der ihn unter den

Vorsitz von Cándido Nocedal setzte⁶¹. Die Reichweite der Aktivitäten ist uns unbekannt, auch wenn es scheint, dass er einen Bericht ausarbeitete, der von darauffolgenden Ausschüssen benutzt wurde. In jedem Fall wurde er von einem ähnlichen Ausschuss abgelöst, der per Königlichem Erlass vom 10. September 1869 geschaffen wurde⁶². Auch dieser konnte seine Arbeit nicht erfolgreich abschließen. Um die Aufgabe noch etwas zu komplizieren, machte die Verkündung eines neuen Strafgesetzbuches auf dem spanischen Festland am 17. Juni 1870 das Meiste des bisher Erreichten undurchführbar. Ebenso mussten die folgenden Ausschüsse mit der gleichen Aufgabe, die am 20. November 1872 und am 9. Februar 1874⁶³ jeweils per Erlass geschaffen wurden, wieder mit ihrer Arbeit von vorne beginnen, bis dann letztere niederkam mit dem Projekt des Strafgesetzbuches, das schließlich auf den Antillen zur Befolgung befohlen wurde, mit Königlichem Erlass vom 23. Mai 1879⁶⁴.

Nach Beendigung seiner Arbeit, hätte der Ausschuss für die Reform des Strafgesetzbuches aufgelöst werden müssen. Dem war jedoch nicht so und per Königlichem Erlass vom 26. April 1878 wurde er mit einer neuen Aufgabe betraut. Dies ebnete den Weg für die Umwandlung dieses Ausschusses in ein permanentes Beratungsorgan des Überseeministeriums, beauftragt mit der Durchführung des Prozesses der gesetzgeberischen Normenschaffung in den Überseeprovinzen mittels der Abänderungen, denen die Gesetzgebung, die von der spanischen Halbinsel kam, unterworfen werden mussten, um in Übersee angewandt zu werden, in Übereinstimmung mit Artikel 89 der Verfassung von 1876.

So wurde der Ausschuss für die Reform des Strafgesetzbuches zum Kodifizierungsausschuss für die Überseeprovinzen, aufgrund eines Königlichen Erlasses vom 9. April 1880⁶⁵. Der erwähnte Erlass beauftragte dieses Organ mit der Studie der Abänderungen, die an der auf der spanischen Halbinsel geltenden bürgerlichen und Strafgesetzgebung durchgeführt werden mussten, um sie in Übersee anwenden zu können. Kurz darauf, erweiterte der Königliche Erlass vom 25. Februar 1887 seinen Aktionsradius auf die Philippinen und legte eine feste Mitgliederzahl für den Ausschuss fest, alles angesehene Juristen unter der Leitung des Hauptabteilungsleiters für Gnade und Justiz im Überseeministerium. Die Neuordnung, die sich aus dem Königlichen Erlass vom 25. Februar 1887 ergab⁶⁶, erweiterte die Mitgliederanzahl auf vierzehn und schuf die Möglichkeit, amtierende Richter der Gerichte in Übersee aufzunehmen. Ebenso wies dieser Erlass den Aufgaben dieses Organs vier Helfer zu, die vom Überseeministerium ernannt wurden und sich ausschließlich den Angelegenheiten des Ausschusses widmeten. Logischerweise erhöhte die beträchtliche Aufstockung des Personals des Kodifizierungsausschusses das Budget dieser Einrichtung ebenso beträchtlich, ob-

⁵⁵ C.L., Bd. C, S. 501.

⁵⁶ C.L., Bd. CI, S. 931.

⁵⁷ Königlicher Befehl vom 30. Januar 1882, in C.L., Bd. CXXVIII, S. 289.

⁵⁸ Geschaffen per Königlichem Erlass vom 4. Januar 1888, aufgelöst per Königlichem Erlass vom 22. September 1888, da die Arbeiten beendet waren, mit denen er von M. Martínez Alcubilla betraut worden war, op. cit., Anhang von 1889, S. 611.

⁵⁹ C.L., Bd. CXXIII, S. 175.

⁶⁰ C.L., Bd. CXXII, S. 931.

⁶¹ C.L., Bd. XCIV, S. 930.

⁶² C.L., Bdl. CII, S. 160.

⁶³ C.L., Bd. CXII, S. 743.

⁶⁴ C.L., Bd. CXXII, S. 927.

⁶⁵ C.L., Bd. CXXIV, S. 649.

⁶⁶ C.L., Bd. CXXXIV, S. 161-162.

wohl seine Mitglieder kein Gehalt erhielten. Diese Situation führte schließlich dazu, dass die Posten, die dem Hilfspersonal zugeordnet waren, im Haushaltsgesetz 1888/89 aus dem Übereesetat gestrichen wurden. Stattdessen erhielt diese Aufgabe der Leiter des Referates für bürgerliche Angelegenheiten und Gesetzesreformen der Hauptabteilung für Gnade und Justiz, der unterstützt wurde vom Personal, das diesem Referat angehörte¹.

III. Schlussfolgerungen

Der von der spanischen liberalen Regierung begonnene Zentralisierungsprozess, um von Madrid aus die bedeutenden Kolonialgebiete zu regieren, die Spanien noch nach der Unabhängigkeit des südamerikanischen Festlandes verblieben, war dank der Schaffung von verschiedenen Beratungsorganen möglich, die die Arbeit des 1863 geschaffenen Überseeministeriums ergänzten. Teilweise handelte es sich bei diesen Organen um Einrich-

tungen, die dem Ministerium unter zeitlicher Begrenzung hinzugefügt wurden, die zu einem bestimmten Zweck geschaffen wurden und nach Erfüllung ihrer Aufgabe wieder aufgelöst wurden, in anderen Fällen handelte es sich jedoch um dauerhafte Abteilungen, die in der Struktur des Überseeministeriums aufgingen. In beiden Fällen trugen sie entscheidend zur Verwaltung und Rechtsprechung in den weit entfernten und problematischen Kolonien bei, wie den Philippinen und dem Golf von Guinea, sowie zum Kodifizierungs- und Gesetzesvereinheitlichungsprozess, der von der spanischen liberalen Regierung für die verschiedenen Überseegebiete in Angriff genommen wurde.

(Der Beitrag wurde aus dem Spanischen übersetzt von Anne Cullmann und Antonio Sánchez Aranda)

¹ C.L., Bd. CXLIV, S. 303.

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 erschienen 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 22). Er überprüft das Vorurteil der bürgerlichen „Klassenjustiz“ an zwei Beispielen aus der belgischen Justizgeschichte des 19. Jahrhunderts: zum einen an der Bestrafung von Ar-

beitern 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 Wehrmatsangehörigen 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 „Foucault in Kulmbach“ 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 Ver-

fall 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 ## Bitte Name einfügen ## zeigen, nach Möglichkeit auch und gerade eine statistische Untersuchung einschließen muss. Gleichet man die hierbei erzielten Resultate mit dem allgemeinegeschichtlichen, 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 Schieflagen¹

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.²

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.³

Um noch eine Präzisierung anzubringen, weil wir gegen-

¹ Für die Beschaffung von Materialien sowie die kritische Lesung und die beherzte 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 Hännli/ Daniela Kühne (Hg.), *Ancilla Juris*, 2011. Special Issue: *International Law and Ethics*, S. 9–35.

² 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.

³ 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.⁴ Denn Erfolg wird letztlich – unserem Zeitgeist folgend – nach dem Kriterium des Geldes definiert.⁵ 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.⁶ 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.⁷ 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.⁸ 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.⁹ Bildet somit das Ethos und nicht ein durch selektive Interessen vorweg bestimmter und somit instrumentalisiertes 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.¹⁰ 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.

⁴ Ich denke, dass ohnehin zwischen einem rein faktischen, unverdienten und einem legitimen Erfolg zu unterscheiden wäre, insofern 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.

⁵ 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.

⁶ 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).

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

⁸ 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.).

⁹ 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.

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

Die vorliegende Fragestellung lässt sich verallgemeinernd mit Hinweis auf die exzellente Ethica des Baruch de Spinoza noch klarer begründen. Gemäß Spinoza strebt der Mensch nach Erkenntnis und Einsicht und zwar in einem ganz grundlegenden Sinne. Der Mensch muss, um leben zu können, die Bedingungen seines eigenen Daseins kennen und verstehen. Diese Fähigkeit zu Erkenntnis und Einsicht sind aber nicht einfach gegeben, sondern sie müssen durch Erfahrung und Ausbildung sowie in kritischer Auseinandersetzung mit und in Abgrenzung von einem kurzfristig ausgerichteten Streben nach bloß äußerem Nutzen erst entwickelt werden. Letztlich aber wird uns persönlich nur die Freude und die Lust an der Erkenntnis des Lebens, der Natur und somit Gottes selbst fördern,¹¹ und nicht ein irgendwie gearteter äußerlicher Erfolg. Bezogen auf die Juristenausbildung bringen uns also auch nur solche Einsichten und Erkenntnisse einen wahren und damit auch legitimen Erfolg sowie einen tatsächlich nachhaltigen Nutzen.

Aus dem Gesagten folgt, dass nie die Kriterien eines Strebens nach äußeren Erfolgen, Nützlichkeit und unmittelbarer Verwertbarkeit, welche sich insbesondere auch in der Kategorie von Geld messen ließen, in der universitären Ausbildung der Rechtswissenschaft irgendwie maßgebend sein können und dürfen. Alleine die auf intellektueller Wahrhaftigkeit beruhende Erkenntnis kann letztlich das Proprium eines Rechtsstudiums ausmachen. Dies bedeutet keineswegs, dass Juristen zu abgehobenen Theoretikern würden. Im Gegenteil, erst diese solide und seriöse Grundausbildung gibt ihnen für die spätere berufliche Praxis, gleich welche Tätigkeit sie hernach konkret einmal ausüben werden, jenes intellektuell solide Fundament, aber damit auch jene unbedingte geistige Unabhängigkeit, um die mannigfachen Probleme, mit denen sie konfrontiert sein werden, auch selbständig zu lösen.

Die Praxistauglichkeit setzt daher eine profunde theoretische Ausbildung voraus. Je fokussierter indessen eine Ausbildung auf eine bestimmte Nutzenanwendung oder Berufspraxis ausgerichtet wird, desto kurzfristiger wird deren Nutzen sein. Sie mag zwar zu unmittelbar einsatzfähigen – verwendbaren – Juristen und Juristinnen führen, doch fehlt diesen am Ende gerade das, was die Grundlage des Rechtswissens wirklich bedeutet, nämlich ein methodologisch kritisches Problembewusstsein im Umgang mit Rechtsfragen und Lösungsmöglichkeiten. Die Praxistauglichkeit kann nur aus der Ressource einer ebenso seriösen wie soliden Grundlegung leben, so dass jede und jeder hernach befähigt und in dem Sinn auch tauglich ist, nicht nur vorgegebene Lösungsmuster zu reproduzieren, sondern autonom und kreativ zu einer produktiven Regulierung von Konflikten aufgrund von allgemeinen Prinzipien des Rechtsdenkens beizutragen. Unter diesem Gesichtspunkt darf, denke ich, auch mit der Zustimmung aus der Praxis gerechnet werden, dass das Ausbildungsziel für Juristen und Juristinnen auf die Autonomie der intellektuellen Auseinandersetzung drin-

gen muss. Damit aber wird die intellektuelle Sorge ums Recht selbst zum Kernpunkt der Juristenausbildung.¹²

II. Das Studium der Rechtswissenschaften im jahrzehntelangen Reformstress

1. Zahlreiche Reformen

Universitäre Reformen sollten nur dann als notwendig erachtet und angegangen werden, wenn sie sich aus den eigenen Gesetzmäßigkeiten der Ausbildung ergeben. Werden sie hingegen als Folge von schnelllebigen gesellschaftlichen Veränderungen vorgenommen, dann führen sie zu mehr Problemen als zu Ertrag und Nutzen. Die Universität ist nicht das Ziehkind der Politik oder der Ökonomie einer Gesellschaft, sondern sie muss stets als autonomer Bereich geachtet und beachtet werden, der zwar weder von der Gesellschaft noch von der Politik und der Wirtschaft abgekoppelt ist, aber von diesen Bereichen auch in keiner Weise dominiert werden darf. Es lässt sich indes nicht verkennen, dass diese Autonomie zunehmend bedroht ist.¹³ Die Geschichte der Reform des Rechtsstudiums lässt diese kritische Entwicklung erkennen.

Dass die Studienreform, wie zuvor beschrieben, mit der Gesellschaft durchaus zu tun hat, lässt sich an deren Entwicklungen in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts ersehen. Mit Beendigung des Zweiten Weltkriegs im Jahre 1945 und der Überwindung der Periode des „kalten Krieges“ nach 1991 sowie durch die rasante Entwicklung der verschiedensten Technologien in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts verlagerte sich die globale Balance von den einstigen Wirtschaftsmächten des Westens¹⁴ – der USA, Japan und Westeuropa – immer mehr zu Gunsten der neuen Wachstumsmärkte Indiens und der Volksrepublik China sowie anderer wirtschaftlicher Schwellenländer. Diese Veränderung zeichnet sich nun im zweiten Jahrzehnt des 21. Jahrhunderts noch deutlicher ab. Insgesamt stellen diese Entwicklungen einen gewaltigen Vorgang dar, der weltweit schon zu einer fast beiläufigen, aber grundlegenden Umgestaltung der Gesellschaften führte und noch weiter führen wird. Diese Umgestaltung äußert sich in einer globalen Vernetzung, deren Effizienz durch fortwährende Gleichschaltungen – auch wenn wir dieses Wort nur ungern vernehmen – stabilisiert werden soll.¹⁵ Alleine auf dem europäischen Kontinent bildete sich mit der Europäischen Union, die im Spiel der globalen Kräfte an Stelle der bisherigen Nationalstaaten trat und die zunehmend mehr ökonomische und politische Macht erlangte, eine neue wirtschaftliche und politische Realität mit transnationaler Ausrichtung heraus.

¹² Siehe auch Senn, *Jus ancillae ethicae?* (Anm. 7), Ziff. 8 f.

¹³ Vgl. dazu: Konrad Schmid/ Marcel Senn, Ein wertvolles und fragiles Gut. Über die Freiheit der Wissenschaft, in: *magazin. Die Zeitschrift der Universität Zürich* 20 (2011), Heft 1, S. 50 f.

¹⁴ Vgl. dazu: Winkler, Heinrich August, *Geschichte des Westens. Von den Anfängen in der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, München: Beck, 2009, und meine Rezension dazu, die in der ZRG.GA 2012 erscheint.

¹⁵ Zu denken ist unter anderem an Kommunikationstechnologien und Medieninhalte, an die Güterströme und das Konsumverhalten, an den allgemeinen Wissenstransfer und die intensive Verrechtlichung der internationalen Beziehungen.

¹¹ Man lese Spinozas *Ethica* (1677) 5P25–42, mithin jene Stellen, die für die Klassiker unserer Kultur prägend waren.

Die zahlreichen Reformversuche in Gesellschaft, Politik und Wirtschaft der letzten fünfzig Jahre zeitigten aber auch einen geradezu nervösen Reflex des Dauerreformierens auf Universitärebene, der sich vor allem aus den sozialpolitischen Tagesansichten heraus ergab. Freilich muss im historischen Rückblick auch die Euphorie der Reformer von damals verstanden werden. Ihre Euphorie stellte sich ein, weil nach den beiden Weltkriegen des 20. Jahrhunderts gesellschaftliche Fehlentwicklungen zu korrigieren und Verkrustungen abzubauen waren.

Diese allgemeine Entwicklung hat sich im europäischen Bildungssystem ausgangs des 20. Jahrhunderts auch in der Ausgestaltung etwa des Rechtsstudiums niedergeschlagen. Der Nachvollzug bildete sich in einem politischen Perspektivenwechsel von der nationalen zur europäischen und schließlich zur globalen Betrachtung und Bewertung der Ausbildungsziele ab. So betonte die Sorbonne-Erklärung vom 25. Mai 1998, welche die Grundlage für die Bologna-Deklaration vom 19. Juni 1999 war, die Schlüsselrolle der Hochschulen zur Entwicklung einer europäischen Ausbildung durch Schaffung eines europäischen Hochschulraumes mittels Förderung der Mobilität und der arbeitsmarktbezogenen Qualifizierung seiner Bürger.¹⁶ Insbesondere äußerte sich der Nachvollzug dieser Absichtserklärung in der Fokussierung der Studiumsreform auf dem Boden der betriebsökonomischen Effizienz.¹⁷ Der dadurch ausgelöste Reformstress führte allerdings vielfach auch zu Irritationen und infolge dessen zur Schwächung der universitären Autonomie und ihres Ausbildungspotenzials. Die universitäre Ausbildung wurde und wird durch diese Dauerreformen erheblich belastet. Das traditionelle, auf Selbstverantwortung und Intellektualität ausgerichtete Studium wurde nun zunehmend zu einer angeleiteten Verschulung umfunktioniert, in der die Studierenden ablernen müssen, damit sie möglichst rasch weiter kommen.¹⁸ Denn der hohe Lern-Output unter Zeitdruck und nicht die schrittweise Reifung ist zum Erfolgsfaktor auf universitärer Ebene geworden. Danach richtet sich das Programm im Geiste von „Neu-Bologna“.

2. Bologna oder „Bologna“?

Diese neue Harmonisierungsbestrebung verbindet mit der Selbstbezeichnung als „Bologna-Reform“ bewusst, aber zu Unrecht die Assoziation auf eine im Mittelalter veritable gewachsene europäische Bildungskultur auf Ebene der Universität. Denn in Bologna entstand gegen Ende des 11. Jahrhunderts jenes Universitätsstudium, das

die mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Gesellschaften in Europa¹⁹ maßgeblich entwickeln half.²⁰ Die ursprüngliche Initiierung eines universitären Studiums im hohen Mittelalter sollte neunhundert Jahre später somit nachgedoppelt werden. So stehen sich gewissermaßen ein Alt- und ein Neu-Bologna gegenüber.

Die Veränderungen, die sich infolge der neuen Reform mit ihren bildungs- und gesellschaftspolitischen Auswirkungen ergeben, sind freilich – so lässt sich heute schon erkennen – in der Tat mit jener Initialisierung von 1100 oder auch mit der späteren Umstellung vom mittelalterlichen auf den humanistischen Ausbildungsstil im 16. Jahrhundert vergleichbar.²¹ Jenseits der Beurteilungsklischees einer vormodernen Historiographie „vom dunklen Mittelalter“, dem „humanen, aufgeklärten und freien Gesellschaftsleben der Neuzeit“ und „dem Aufkommen der Vernunft im Humanismus“ (so als ob es im hohen und späten Mittelalter noch keine Vernunft gegeben hätte), lässt sich doch eine Parallele zwischen Gestern und Heute feststellen. Wir können nämlich die unterschiedlichen Auffassungen von Vernunft in der Architektur des Mittelalters und der Renaissance beobachten und durch Übertragung dieser Beobachtung auf die Zeitgeschichte verstehen, was heute mit unserem Denken passiert. Die Architektur der spätmittelalterlichen Gotik zeigte die Vielfalt der Vernunft. Sie schoss mit ihren vom Boden aufstrebenden filigranen Pfeilern ins Dachgewölbe – gleichsam ins Himmelszelt – empor, wo sich alle diese – auch gegensätzlichen – Strebungen des Lebens in einem als Relief gestalteten, farbigen Schlussstein sammelten. Dadurch verband sich auf symbolischer Ebene die Immanenz des Daseins mit der göttlichen Transzendenz. Dieser Baukonstruktionstechnik entsprach auf der intellektuellen Ebene die mittelalterliche Dialektik, welche die damals anerkannten Argumente nicht auf eine lineare Abfolge von Ursachen und Wirkungen reduzierte, sondern vielmehr die Vielfalt der gegensätzlichen Argumente – und somit auch die Vielfalt der Wirklichkeit selbst – methodologisch wie eben auch architektonisch abbildete, indem sie diese analog zum Schlussstein in der Baukunst in einer gedanklichen Synthese der Gegensätze auffing. Dagegen widerspiegelte sich die neue „Ratio“ aus der Epoche von Renaissance und Humanismus in den massiven, ebenso klassischen wie geradlinigen Bauten. Hier herrschte unter kühler Eleganz und unter unverhohlenen irdischer Machtfülle jene Form- und Reformstrenge, die alles auf dieselbe horizontale Linie hinformte, um Klarheit und Einheit zu generieren. Die vertikal aufstrebende Vielfalt wurde damit gebrochen und horizontal eingeebnet. Die massive wie lineare Einfachheit des Zeitalters

¹⁶ Vgl. http://www.bmbf.de/pubRD/bologna_deu.pdf, zuletzt besucht am 24.8.2011; insb. auf S. 2 der Bologna-Erklärung mit Bezug auf die Sorbonne-Erklärung. Zum Vergleich die Sorbonne Joint Declaration, http://www.bologna-bergen2005.no/Docs/00-Main_doc/980525SORBONNE_DECLARATION.PDF, zuletzt besucht am 24.8.2011.

¹⁷ Vgl. dazu: Richard Münch, Globale Eliten, lokale Autoritäten. Bildung und Wissenschaft unter dem Regime von PISA, McKinsey & Co., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009, S.13 ff.

¹⁸ Vgl. die Stellungnahme des Vorstandes der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie aus dem Jahre 2001 (Philippe Mastronardi/ Kurt Seelmann/ Marcel Senn/ Jean-Claude Wolf, Wissensvermittlung oder Studium? Das Bologna-Modell am Beispiel der Rechtswissenschaft, in: Neue Zürcher Zeitung vom 30.5.2001, S. 15).

¹⁹ Vgl. dazu: Marcel Senn, Wissenskonzeptionen in Europa – Suche nach historischen Konstanten, in: Hans-Ulrich Rügger/ Martina Arioli/ Heini Murer (Hg.), Universitäres Wissen teilen – Forschende im Dialog, Zürich: vdf Hochschulverlag, 2009, S. 145–151.

²⁰ Walter Rüegg, Themen, Probleme, Erkenntnisse, in: Ders. (Hg.), Geschichte der Universität in Europa, Bd. I, München: Beck, 1993, S. 27 ff.

²¹ Die Bildungsreform nach der Französischen Revolution, an der Schwelle zum bürgerlichen Zeitalter von 1800 brachte keine vergleichbar tiefgreifende Umwälzung, da dieser Vorgang eher eine Optimierung des humanistischen Ansatzes des 16. Jahrhunderts darstellte.

der Renaissance widerspiegelte sich sodann auch in der Wissenschaft und Gesellschaft des 16. und folgenden Jahrhunderts. Die neue Gedankenstrenge erklärte die alte Vielfalt als Unübersichtlichkeit und reduzierte deren Fülle auf die kausale Linearität. So wurde die Vielfalt und Komplexität des spätmittelalterlichen Denkens aus der linearen Sichtweise der frühen Neuzeit zum unnützen Ballast erklärt, welcher der Klarheit des betont eigenen Denkens bloß im Wege stand. Aufgrund dieser neuen Klarheit und Stringenz wendete man sich der konkreten Natur zu, erfolgten Entdeckungen und wurden sodann technologische wie erste medizinische Fortschritte erzielt, die das Vertrauen der Menschen in ihr Dasein gemäß dem Prinzip der Immanenz und ihr Selbstvertrauen in die eigene Vernunft wachsen ließen. Wie der Vernunftbegriff immer mechanischer und geometrischer wurde, so gründete sich auch der Absolutismus in Geist und Politik auf diesem Mythos der linearen und kausalen Ratio.²²

Nicht unähnlich produziert sich der gegenwärtige Bologna-Reformprozess europaweit als die große Innovation. Dieser großangelegte Prozess hat schon nach kurzer Zeit seine eigene Reformleistung in Bezug auf die Schaffung eines einheitlichen europäischen Hochschulraumes betont und sich damit gegen die Vielfalt der bisherigen Ausbildung abgegrenzt. Doch während die Reform ausgangs des Mittelalters zur erklärten Befreiung des Individuums von Bevormundungen aller Art gesehen und genutzt wurde, wird nunmehr geradewegs umgekehrt die Notwendigkeit der systemischen Integration der universitären Vielfalt ins Netzwerk der so genannten Europa-Kompatibilität gefordert, die sich überdies mit den Argumenten der wirtschaftlichen Nützlichkeit und Berechenbarkeit paaren soll.²³

3. Die „metaphysische“ Reform im Namen Europas

Doch längst schon vor der Bologna-Reform war die Studienreform ein Thema. Die Reformdiskussion der Juristenausbildung ist gewiss mehr als fünfzig Jahre alt. Ende der sechziger Jahre wurde vor dem Hintergrund einer breiten Gesellschaftskritik intellektueller Kreise ein vielseitig interessierter und reflektierender Juristenkopf gesucht, welcher den Erwerb von profunden Kenntnissen in der Rechtswissenschaft nicht alleine als eine handwerkliche Fertigkeit, sondern vielmehr als seine intellektuelle Lebens- und Berufsaufgabe verstand.²⁴ Diese hier nur angedeutete Reformdiskussion lässt sich unter dem Kriterium des im damaligen Zeitgeist stehenden „richti-

gen“ Jurastudiums thematisieren, in dessen Zentrum die Frage nach einer substanziellen wie methodologischen Qualitätsverbesserung der Ausbildung stand. Nur schon zehn, zwölf Jahre später werden dann bereits pragmatische Fragen der Beschleunigung und der Vereinfachung des Studiums anvisiert; es wird nun nach einem „Einheitsjuristen“ gesucht.²⁵

Womöglich lässt sich sagen, die Bologna-Reform sei nun die „letzte“, gleichsam die „metaphysische“, die alles neu konstituiert. Denn blickt man auf die im ersten Jahrzehnt des 21. Jahrhunderts in Europa durchgeführte Bologna-Reform zurück,²⁶ so lässt sich eine Verlagerung des Diskussions Schwerpunktes vom wissenschaftlichen Kerngeschäft zu den sozialen Befindlichkeiten und den europolitischen Bedürfnissen feststellen. Ich zeige dies am Beispiel der Schweiz.²⁷ So wird untersucht, wie die Studierenden angesichts ihrer sozialen und wirtschaftlichen Situation mit ihren konkreten Bedürfnissen im Studium zurecht kommen,²⁸ oder wie die Rollen der Geschlechter im neuen Bologna-System funktionieren²⁹, oder ob und wie die Mobilität der Studierenden von Staaten geht.³⁰ Dieser letzte Aspekt ist durchaus folgerichtig, waren doch die beiden Hauptbeweggründe für die Einführung des Bologna-Studiums die Studienzeitverkürzung und die Mobilität der Studierenden innerhalb Europas.³¹

Die beiden Parameter der europäischen Integration forderten vielfache Effizienzsteigerungen und prägten den Willen zur Harmonisierung der bislang national ausgestalteten Studiengänge in den Bereichen von Fachhochschulen und der Universitäten im europäischen Raum. Das hat sein Gutes, soll dadurch doch eine kulturelle und mentale Öffnung erreicht werden. Doch soweit die Mobilität auf Hochschulebene als Garant für die politische Homogenität Europas firmieren soll, wird die Institution der Hochschule für einen politischen Prozess benutzt. Daher handelt es sich bei der Studienreform aus dem Geiste von Neu-Bologna auch nicht um eine universitäre und intellektuelle Reformdiskussion betreffend die quali-

²² Vgl. dazu: Marcel Senn, *Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss*, 4. A., Zürich/Basel/Genf: Schulthess, 2007, S. 184–194, 250–264.

²³ So etwa: Robert Pfaller, *Der Kampf gegen die Fortentwicklung der Universität zur repressiven Attrappe*, in: Johanna-Charlotte Horst u. a. (Hg.), *Was passiert? Stellungnahmen zur Lage der Universität*, Zürich: diaphanes, 2010 (*Unbedingte Universitäten*), S. 41–53; Ursula Pia Jauch, *Kann man Forschung wie Spitzensport betreiben? Effizienzdenken an den Hochschulen unterwirft die Wissenschaft der Nutzenlogik*, in: *Tages-Anzeiger* vom 31. Mai 2011, S. 27; diese Aspekte bereits 2001 betonend: Mastronardi/ Seelmann/ Senn/ Wolf (Anm. 18).

²⁴ Vgl. Dietrich Oehler, *In welcher Weise empfiehlt es sich, die Ausbildung der Juristen zu reformieren? Gutachten für den 48. Deutschen Juristentag*, München: Beck, 1970, E 115 ff.

²⁵ Vgl. Hugo Seiter, *Juristenausbildung zwischen Tradition und Reform*, Konstanz: Universitätsverlag Konstanz, 1982, S. 9–13.

²⁶ Die Reform wird öfters aus der Sicht der EU-Staaten, das heißt ohne Einbezug der Schweiz, abgehandelt, vgl. dazu insbesondere: Christian Baldus/ Thomas Finkenauer/ Thomas Rübner (Hg.), *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

²⁷ Vgl. die vom Bundesamt für Statistik der Schweizerischen Eidgenossenschaft in Kooperation mit der Rektorenkonferenz der Schweizer Universitäten verfassten Berichterstattungen, abrufbar unter: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/15/06/dos/blank/03/01.html>, zuletzt besucht am 24.8.2011.

²⁸ *Studieren unter Bologna. Hauptbericht der Erhebung zur sozialen und wirtschaftlichen Lage der Studierenden an den Schweizer Hochschulen 2009*, Neuenburg: Bundesamt für Statistik, 2010.

²⁹ *Frauen und Männer im Bologna-System. Indikatoren zu den geschlechtsspezifischen Unterschieden an den universitären Hochschulen*. Neuenburg: Bundesamt für Statistik, 2009.

³⁰ *Bologna-Barometer 2010. Auswirkungen der Bologna-Reform auf die Studierendenströme und auf die Mobilität im Schweizer Hochschulsystem*, Neuenburg: Bundesamt für Statistik, 2010.

³¹ Marcel Senn, *Rechtswissenschaft nach der Bologna-Reform*, in: *Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung* 1 (2010) Heft 2, S. 218–224.

tative Optimierung des universitären Studiums, im Besonderen des Rechtsstudiums, sondern vielmehr um eine von der Fachperspektive gerade abgespaltene, top-down steuernde politische Debatte, die alles in großen und groben Zügen unter formale und quantitative Richtlinien zwingt. Wie dies bei solch generell-abstrakten wie formalen, zuweilen auch Freiheiten offen lassenden³² Reformen letztlich ist, sie dienen der Unterwerfung der bisherigen Vielfalt der Strukturen – gleichviel, ob diese als gut oder schlecht eingestuft werden können – im Namen der „neuen Form“.³³ Aus diesem Grunde gelten dann folgerichtig auch jegliche Inhalte als nachrangig.

Wenn die Integration von Europa via Hochschulreform angesteuert wird, so ist dies, wie gesagt, ein Politikum, indessen keine sachliche Notwendigkeit, die sich aus dem Studium selbst ergäbe. Diese Umsetzung war aber der falsche Weg, um selbst dieses Ziel zu erreichen. Sie hätte nicht von oben nach unten erfolgen sollen, gewissermaßen aus dem frommen Irrglauben, alles Gute komme von da, sondern sie hätte vielmehr im Vertrauen auf die Kräfte der Universitäten von unten nach oben allmählich entstehen sollen. Im Bereich der Universität hätte dies geheißt, dass das schrittweise Zusammenwachsen einer europäischen Hochschullandschaft über den Parameter der Qualität von Forschung und Lehre sowie des Wettbewerbs der Ideen (nicht, wie heute, quantitativer Aspekte) hätte erzielt werden sollen. Was heute vor sich geht, ist bloß eine formale Harmonisierung über äußere, gewissermaßen betriebliche Strukturaktoren. Gewiss, darin kann etwa ein Vorteil für die Universitätslandschaft des vormaligen Ostblocks gesehen werden, doch für jene Länder innerhalb Europas, die traditionell einen hohen Autonomiegrad der Universität kannten, ist dies kein Segen.

Mit Ernüchterung ist festzustellen, dass die beiden Hauptziele der Studienzeitverkürzung und der Mobilitätssteigerung weder in der Schweiz noch in Deutschland erreicht sind.³⁴ Schließlich muss als inakzeptabel erachtet werden, dass das politische Re-Form-Ziel der europäisch harmonisierten Studiengänge mit Folgerichtigkeit die bisher gesetzlich oder sogar verfassungsmäßig gewährleistete Autonomie der Institution der Universität auf nationalstaatlicher Ebene zersetzt, und zwar ganz bewusst zu Gunsten der übergreifenden formalen Europäische-

rung.³⁵ Die Bologna-Reform entpuppt sich dadurch auch als ein Angriff auf die traditionelle, an der Individualität orientierte Intellektualität, die bislang die nationalstaatlichen Gesellschaften von innen heraus gestaltete, in der Vergangenheit oft sogar auch umgestaltete. Sie vereinbart dadurch die europäischen Gesellschaften mitsamt ihrer Intelligenz unter das Maß der Gleichförmigkeit.³⁶ Hinzu kommt mit Blick auf die Schweiz, dass diese Reform hierzulande ohne den dazu erforderlichen politischen Prozess förmlich von oben aufoktroiert worden ist.³⁷

Die selektiven Kriterien der Beschleunigung und des Betriebserfolges, die dem Bologna-Programm implementiert sind und mit denen die künftigen politischen Akteure ihrer Gesellschaften frühzeitig (das heißt schon zur Zeit ihrer Ausbildung) vertraut gemacht werden, geben damit den Takt des Prozesses wie das Maß der neuen Gleichförmigkeit vor. Wer den Bolognadrill am eigenen Leib mitmachen und erfahren musste, ist sodann schon neu ausgerichtet und funktioniert entsprechend. Sie und er kennen dann nichts Anderes. Das ist die radikalste Kur zur Umgestaltung der Gesellschaften in Europa, um diese gleichzeitig auf regionaler und nationaler Ebene zu entkräften.³⁸

Dies alles mag politisch durchaus wünschenswert sein. Doch was hat man historisch betrachtet nicht schon alles getan, um eine hehre Idee rasch zu realisieren? Daraus kann jedoch auch schnell einmal eine Art des Despotismus werden, der sich im Bereich der Universität weniger hehr als vielmehr verheerend ausnimmt. Dieser Schnellreformismus hat dann auch harte Konsequenzen für das universitäre Studium. Einer der diesbezüglich zentralen Kritikpunkte an der Bologna-Reform ist, dass und wie das Substantielle immer irrelevanter und beliebiger geworden ist. Dies äußert sich offensichtlich darin, dass nicht mehr der Stoff sondern immer mehr die modulare Anlernstufe im Blickfeld ist.³⁹

Der Student – die einstige Verkörperung des intellektuell freien Menschen – wird durch das Bologna-System zu einem Abhängigen konditioniert, der an der Universität lernt, wie man sich einfügt und prüfungstechnisch erfolgreich ablernt, wie die vorgetragenen Wissens-elemente zu reproduzieren sind, der jedoch sich und seine Intel-

³² Die Zürcher Universität, an der der Schreibende wirkt, gehört freilich zu den Musterbeispielen, welche die Vorgaben der Bolognareform mit erschreckender Beflissenheit umgesetzt haben.

³³ Erhellend dazu: Jens Maesse, Die vielen Stimmen des Bologna-Prozesses. Zur diskursiven Logik eines bildungspolitischen Programms, Bielefeld: transcript, 2010, insb. S. 21 ff. und 258 ff.; Ferner: Münch (Anm. 17), S. 20 ff.

³⁴ Zur Studiendauer des Studiums der Rechtswissenschaft: vgl. das Dokument vom Bundesamt für Statistik, abrufbar unter: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/15/06/key/ind1.Document.25382.xls>, zuletzt besucht am 24.8.2011. Zur Mobilität: vgl. folgende Dokumente vom Bundesamt für Statistik, abrufbar unter: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/15/06/key/ind1.Document.142168.xls>, zuletzt besucht am 24.8.2011, und <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/15/06/key/ind1.Document.142164.xls>, zuletzt besucht am 24.8.2011. Mit deutlichen Worten zur allgemeinen Lage der Universitäten in Deutschland und dem Versagen des neuen Modells: Julian Nida-Rümelin, Zur Aktualität der humanistischen Universitätsidee, in: Horst u. a. (Anm. 23), S. 131 ff.

³⁵ Der angenehme liberal erscheinende Sprachduktus, in dem Neu-Bologna geschrieben ist, macht den Reformdruck oberflächlich betrachtet etwas erträglicher, jedoch letztlich auch ein Stück weit immuner gegen Kritik.

³⁶ Vgl. dazu auch: Münch (Anm. 17), S. 31 ff.

³⁷ Vgl. dazu Senn, Rechtswissenschaft nach der Bologna-Reform (Anm. 31), S. 218 f.

³⁸ Vgl. Niklas Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990, S. 653 ff. Luhmann zeigt, dass die Wissenschaft auch Wissen generiert, das nicht aufgrund einer Aussenanfrage entsteht, und dass Wissenschaft auch nicht nur den Wissensbedarf einer Gesellschaft befriedigt, sondern dieses Bedürfnis vielfach (bewusst) irritiert, worin ein indirekter gesellschaftlicher Nutzen letztlich zu erkennen ist.

³⁹ Vgl. Antonio Loprenio, 10 Jahre Bologna-Reform, in: Bulletin SAGW 2010, Heft 2, S. 44 ff. Der Präsident der Rektorenkonferenz der Schweizer Universitäten führt als zweites Kriterium des Erfolgs der Bolognareform die Modularisierung an (abrufbar unter <http://www.sagw.ch/sagw/oeffentlichkeitsarbeit/bulletin/bulletin-2009.html>, zuletzt besucht am 24.8.2011).

lektualität im Studium immer weniger wahrnehmen und entwickeln kann. Damit tritt für die Studierenden die Frage in den Vordergrund, wie man ein Studium möglichst rasch und dennoch erfolgreich absolviert. Schnelllerner, die ihr Hirn rasch wieder vom Ballast des vorangegangenen Semesters entlasten können, sind die Profiteure. Das Nachsehen hat, wer sich mit der Materie auseinandersetzt, Probleme erkennt und die Dinge hinterfragt, denn die Zeit – eine ökonomische Ressource erster Priorität auch im Studium – fehlt hierfür. Der Punkteerwerbsdrill besagt, dass nur soviel Zeit besteht, wie ein Modul einen bestimmten Punktwert hat. Dies macht in der neuen Lesart auch durchaus Sinn, denn die Universität stellt ohnehin keinen Höhepunkt des Lernens mehr dar, sondern bloß noch eine von vielen Stufen im euphemistisch gepriesenen Konzept des lebenslangen Lernens.⁴⁰ Wer sich dem nicht unterzieht, schließt sich selbst aus. So richtig die Erkenntnis ist, dass Menschen während ihres ganzen Lebens lernen (sollen bzw. müssen), so falsch ist es jedoch, diese wichtige Erkenntnis in dem Sinne zu instrumentalisieren, um die Leute für permanentes Abprüfen während des Studiums gleichsam dauergefällig zu halten. Als Folge dieser systemischen Dauergefälligkeit werden immer mehr Erleichterungen zu Lasten der Substanz in den Prüfungsanforderungen zugestanden. Es ist schon fast ein Gebot der Menschlichkeit, diesen Druck ein Stück weit zu mildern. Dadurch aber nehmen Stoffbreite und Stofftiefe ab, zusammengehörige Gesichtspunkte werden zunehmend in kleinere Einheiten fragmentiert. Alles konzentriert sich letztlich auf die modularisierte Erwartung des Glücksmoments, mit einer Anzahl Punkten belohnt zu werden. Dadurch werden die Punkte eines Lernmoduls selbst und nicht mehr die Lerninhalte zum eigentlichen Ziel des Studiums.

Dass es nicht mehr in erster Linie um Inhalte oder substanzielles Denken geht, zeigt sich freilich noch folgeschwerer im Aspekt der so genannten Durchlässigkeit zwischen den Fachrichtungen. Die sogenannten „fachlichen“ Richtungen werden angesichts der propagierten Durchlässigkeit zweitrangig: Das Charakteristische eines bestimmten Fachbereichs, einer Forschung, einer Fragestellung tritt ins zweite Glied zurück, um der Realisierung der Großraumidee eines fachhochschul-universitären Vereins „Europa“ Platz zu geben. Die Frage, welchen Nutzen die Gesellschaft letztlich daraus ziehen kann, bleibt jedoch unbeantwortet.

III. Der steinigere Weg zu einer Elite-Rechtsfakultät

1. Keine Demokratie ohne intellektuelle Elite

Wenn im Folgenden vom Ziel einer Elite-Rechtsfakultät gesprochen wird, so wird damit gerade kein Angriff auf demokratische Strukturen lanciert, sondern, im Gegenteil, danach getrachtet, die demokratischen Strukturen einer Gesellschaft besonders zu stärken. Die Herrschaft Aller wird dann gut gelingen, wenn sich die jeweils Bes-

ten als Funktionsträger zur Verfügung stellen. Darin liegt ein großer Vorteil einer Demokratie, dass sie im Gegensatz zu den oligarchischen Strukturen über eine größere Auswahl an Fähigen verfügt, was eben gerade nicht auch heißt, dass jede und jeder für ein bestimmtes oder überhaupt für ein Studium befähigt ist.⁴¹ Solcher Vorteil, den die Demokratie mit Blick auf ihre Elite-Bildung besitzt, ist deshalb klug zu nutzen. Denn aus universitärer Sicht kann und darf das Ziel nicht sein, dass man das Niveau dermaßen tief schraubt, damit am Ende einfach alle es schaffen müssen.

Wenn also hier von Elite die Rede ist, so ist damit ausschließlich der Bereich des Intellektuellen angesprochen, fern jeglichen elitären Gehabes.⁴² Deshalb kann es auch kein Makel sein, eine Elite der Könnner auszubilden. Freilich muss aus Sicht der Fähigen auch klar sein, dass sie ihr Können – wenigstens zu einem Teil wieder – für die demokratisch organisierte Gesellschaft einsetzen und sich an deren Wohlergehen mindestens auch finanziell entsprechend beteiligen.⁴³ Dies gehört ebenfalls zum Aspekt der Ethik eines Rechts- und Gesellschaftssystems.⁴⁴

2. Erfordernisse und Maßnahmen

So haben unlängst David Palfreyman und Ted Tapper festgestellt,⁴⁵ welche Grundbedingungen eine Elite-Universität zu erfüllen hätte. Sie muss über eine qualitativ sehr hochwertige Forschung sowie über eine entsprechend hohe Qualität in der Lehre verfügen. Was von den Universitäten verlangt wird, gilt selbstverständlich auch für Fakultäten. Vier Erfordernisse sind hierbei insbesondere zu erfüllen: 1. Ein Selbstverständnis für eine globale Mission mit hoher Mobilität von Dozierenden und Studierenden⁴⁶, 2. eine Konzentration auf eine intensive wis-

⁴¹ Einzig Talent und Willen und nicht der soziale Hintergrund ist für die Auswahl entscheidend, auch wenn nicht verkannt wird, dass der „social background“ faktisch relevant ist, dass junge Menschen an die Universitäten herangeführt werden. Es darf jedoch nicht dazu führen, dass „soziale Quoten“ die wirklich Begabten und Leistungswilligen ausschließen könnten, um eine egalitäre Chancengleichheit zu realisieren (vgl. zu diesem Problem, vor allem in den United States of America, Rodney Arambewela, Student Experience in the Globalized Higher Education Market: Challenges and Research Imperatives, in: Felix Maringe/ Nick Foskett (Hg.), Globalization and Internationalization in Higher Education. Theoretical, Strategic and Management Perspectives, London/New York: Continuum, 2010, S. 155–173, insb. S. 158 f.).

⁴² Vgl. dazu: Wolfgang Ernst, Gelehrtes Recht. Die Jurisprudenz aus Sicht des Zivilrechtlers, in: Christoph Engel/ Wolfgang Schön (Hg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007 (Recht-Wissenschaft-Theorie Bd. 1), S. 3–49, insb. S. 13, wo der Autor schön erklärt, wie diese Kommunikation zwischen Experte und Laie funktionieren kann.

⁴³ Der zwischenmenschliche Respekt muss, auch dies sei dezidiert gesagt, davon unberührt bleiben. Die beiden Ebenen von Respekt und Talent dürfen nicht vermengt werden, wie ebenfalls klar sein muss, dass der soziale und finanzielle Ausgleich zwischen den Schichten stets zu gewährleisten ist, insofern das gesamtgesellschaftliche Interesse sowohl bei der Berücksichtigung der Elitebildung wie bei der Gewährleistung der Stabilität der Gesellschaft maßgeblich ist.

⁴⁴ Zum letzten Aspekt vgl. Senn, „Ius ancilla ethicae?“ (Anm. 7), Ziff. 4 und 5.

⁴⁵ David Palfreyman/ Ted Tapper, What is an 'Elite' or Leading Global University?, in: Dies. (Hg.), Structuring Mass Higher Education. The Role of Elite Institutions, New York: Routledge, 2009, S. 203–218.

⁴⁶ Zu den grundsätzlichen Problemen vgl. insb. Ulrich Teichler, Internationalising Higher Education: Debates and Changes in Europe,

⁴⁰ Vgl. dazu: Nadja-Verena Paetz u. a. (Hg.), Kompetenz in der Hochschuldidaktik, Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften, 2011, insb. S. 26.

senschaftliche Forschung in einer teamorientierten, international und interdisziplinär kooperierenden Forschungsgemeinschaft, 3. eine Förderung junger Talente auf globalem Niveau, und 4. eine diversifizierte, auf Fundraising basierte hohe Eigenfinanzierung der Institutionen.

Auch wenn den ersten drei Gesichtspunkten grundsätzlich beigespflichtet werden kann, erscheint der Gesichtspunkt der weitgehenden Eigenfinanzierung eher problematisch. Es kann (es muss nicht) zu Abhängigkeiten kommen, die Autonomie der Wissenschaft kann gefährdet sein, genau so, wie dies heute offensichtlich der Fall ist, dass die Universitäten weitgehend von der einen Finanzquelle des Staates abhängen, der ihnen deshalb auch das Vereinheitlichungsprogramm à la Bologna aufkotroyieren konnte. Richtigerweise müsste die finanzielle Eigenfinanzierung daher etwa durch eine universitär selbstverwaltete Stiftung ermöglicht werden.

Es ist klar, dass die kontinentaleuropäischen Universitäten und deren Fakultäten diese Anforderungen heute nur teilweise erfüllen, erfüllen können. Einen solchen Spitzenplatz kann aber auch nur erzielen, wer aus dem Sumpf des permanenten Reformstresses heraustritt, dem die mitteleuropäischen Rechtsfakultäten seit Jahrzehnten unterworfen sind. Dieser Stress verschlang bislang Unsummen an (nicht nur) wirtschaftlichen Ressourcen.⁴⁷ Die universitäre Lehre muss vielmehr von den Fakultäten – als den Unternehmern – wieder selbst verantwortet werden können, insofern auch alleine hier die erforderliche Fachkompetenz besteht. Erst dann wird der unsinnige und volkswirtschaftlich unverantwortbare Ressourcenverschleiß enden.⁴⁸ Denn Fakultäten, die sich im Bildungsmarkt nicht mit einem klaren Profil und durch hohe Qualitätsstandards positionieren, verlieren bald ihren Marktanteil, weil sie dann als Billig-Label-Institutionen gehandelt werden. Profitieren wird diejenige Fakultät, die ein ebenso kreatives wie anspruchsvolles Ausbildungsniveau hat und die die Studierenden auch tatsächlich sachlich fordert und fördert. Denn die Studierenden wollen an einer renommierten Fakultät promovieren, weil es einen Unterschied macht, wo man studiert hat.

Nach diesem Prinzip der Qualität kann und vor allem sollte die europäische Bildungslandschaft gleichsam bottom-up auf natürliche Weise zusammenwachsen.⁴⁹ Ich denke, dass die europäischen Universitäten unter diesem

in: Dimitris Mattheou (Hg.), *Changing Educational Landscapes. Educational Policies, Schooling Systems and Higher Education – a Comparative Perspective*, Dordrecht/Heidelberg/London/New York: Springer, 2010, S.263–283, insb. 279 f.

⁴⁷ Vgl. dazu Senn, *Rechtswissenschaft nach der Bologna-Reform* (Anm. 31), S. 220–222.

⁴⁸ Die Politik hat meines Erachtens auf weiten Strecken versagt, denn sie hat Geld und Chancen vertan, und die gesellschaftspolitischen Fallstricke nicht gesehen.

⁴⁹ Auch müssen die falsch gesetzten Top-Ziele der kürzeren Studienzeiten und der erhöhten Mobilität, so sehr die Optimierung auch dieser Bedingungen wünschenswert ist, zu Nebenzielen erklärt werden. Wenn auch sie erreicht werden können, ist es gut, aber sie können und dürfen nicht das Hauptziel sein. Es zählt einzig die Qualität. Zuerst müssen daher die Grundbedingungen für eine qualitativ hochwertige Ausbildung wieder stimmen.

Gesichtspunkt ihre Chance haben, in Forschung und Lehre international auf hohem Niveau mitzuhalten. Bei rechtem Verständnis könnte insbesondere ein klug geführtes Assessment den Studierenden auch helfen, auf die richtige Spur ihres Berufslebens zu gelangen.⁵⁰ Denn ein lebenslanges Lernen macht nur dann Sinn, wenn man von denjenigen, die es eigentlich besser verstehen sollten, von Anfang an ernst genommen und aktiv unterstützt wird. Die Professorenschaft muss in dieser Hinsicht mehr in die Verantwortung genommen werden. Dazu gehört insbesondere auch das klare und klärende Urteil, dass jemand nicht weiter studiert, wenn mittels Examination im Assessment festgestellt wird, dass die grundlegenden Eignungen (und sei es allenfalls auch nur der Leistungswille) für das spezifische Studium nicht vorhanden sind. Daraus ist für die betroffene Person nichts anderes abzuleiten, als dass sie eben nicht über die für das spezifische Fach notwendigen Fähigkeiten verfügt, und dass sie sich, insofern sie andere Qualitäten hat, sich in Ausbildung und Beruf rechtzeitig anders orientieren sollte.

In diesem Zusammenhang wird oftmals die falsche Milde mit dem Argument der Chancengleichheit zu stützen versucht. Chancengleichheit im Studium heißt aber nur, dass alle, die die Voraussetzungen, die Leistungen und somit auch den Leistungswillen für ein Studium mitbringen, die Chance zum Studium haben sollten, und zwar unabhängig von der Frage des Geldes. Doch genau hier hapert es in staatlicher Hinsicht, weil die finanziellen Ressourcen hierfür angeblich fehlen. Die Verwendung des Arguments der Chancengleichheit ist daher unkorrekt. Denn es ist sinnwidrig, alle in einem Studium beizubehalten, die offensichtlich über gewisse Voraussetzungen nicht verfügen, auch weil sie von ihrer Mittelschule her nicht die Voraussetzungen mitgebracht haben. Denn es sind nachher eben diese Leute, die permanent Schwierigkeiten haben, und die daher auch nach besonders zeitintensiver Zuwendung oder nach einem einfacheren Studium ständig verlangen. Vergessen geht dann schnell, dass es dagegen gerade die Aufgabe der Universität wäre, die wirklich Fähigen und Willigen zu fördern und zu unterstützen, und hierfür die Ressourcen bereit zu stellen.

IV. Das Ziel des Rechtsstudiums

1. Recht und Wissenschaftsethos

Das im hohen Mittelalter beginnende universitäre Studium war in den damaligen drei Kerndisziplinen Theologie, Medizin und Recht zunächst vor allem einmal ein theoretisches Studium, meist anhand und über antike Texte.⁵¹ Entsprechend beschäftigte sich die Jurisprudenz

⁵⁰ Während im anglo-amerikanischen System die Universitäten eine Selektion betreffend die Kandidaten und Kandidatinnen betreiben, fehlt diese im kontinentaleuropäischen System. Hier erhält grundsätzlich jedermann mit Abitur bzw. Matura die Zulassung zur Universität; das ist problematisch insofern diese Abschlüsse kaum vergleichbar sind. Daher könnte ein seriös durchgeführtes Assessment insbesondere auch den Studierenden helfen, ihre wirklichen Befähigungen zu evaluieren.

⁵¹ Vgl. die Beiträge zu den einzelnen Studiengängen in Rüegg (Anm. 20): Zu den Rechtsfakultäten vgl. Antonio Garcia y Garcia: *Die Rechtsfakultäten*, S. 343–358, insb. 347–350; zu den medizinischen

vorwiegend mit römischem Recht (oder was man dafür hielt), auch in kirchlich kanonisierter Form.⁵² Sie öffnete sich der Praxis erst allmählich, insbesondere über die prozessuale Gutachterstätigkeit der Professoren seit dem 14. Jahrhundert. Man hatte es also in den ersten zwei bis dreihundert Jahren von Bologna vor allem mit einem hermeneutischen Seminar zu tun, das sich mit den Grundfragen zum richtigen Recht anhand alter Textstudien auseinandersetzte.

Doch auch nach der Hinwendung zur Praxis hat sich die Jurisprudenz nie als eine direkt praktisch orientierte Wissenschaft, die unmittelbaren Nutzen zu erzeugen hatte, verstanden.⁵³ Immer standen Intellektualität und Charakterbildung des jungen Menschen, der an einer Universität ausgebildet wurde und der sich für das Recht grundsätzlich interessierte, im Vordergrund.⁵⁴ Das war – mit Ausnahme der Perioden der bekannten staatspolitischen Instrumentalisierungen der Universitäten in den West- und Ostregimes – noch bis in die siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts hinein der Fall. Der Ruf nach unmittelbarer Praktikabilität und Nutzorientierung des Rechtsstudiums kam erst mit dem Massenstudium und der allgemeinen Akademisierung breiter Schichten sowie mit den aus den USA importierten Law Firms auf. Diese Trends wurden dann durch Theorieansätze wie insbesondere die Ökonomische Analyse des Rechts⁵⁵ noch gestärkt.⁵⁶ Das Selbstverständnis von Universität und Rechtsfakultäten wurde in den letzten zwei, drei Dezenen über solche Trends aus Politik, Wirtschaft und Gesellschaft allmählich verändert; doch diese Veränderung wurde erst durch die Bologna-Reform grundlegend herbeigeführt und gefestigt.

2. Individualität und Intellektualität

Das Ziel eines Studiums der Rechtswissenschaften muss es sein, einen wachen Intellekt in Bezug auf all das zu fördern, das beansprucht, Recht zu sein und es womöglich nicht ist. Dabei ist die Fähigkeit zur kritischen Auseinandersetzung das Entscheidende und diese ist entgegen der positivistischen Auffassung von heute zu fördern. Der bloße Nachvollzug dessen, was als das Juristische gilt, ist unsinnig und hilft nichts; alleine die intensive und selbständige, bisweilen auch die sich verirrende Auseinandersetzung mit den grundsätzlichen Fragen nach der Rechtsqualität bringen Juristen, aber auch das Rechtssystem tatsächlich weiter. Denn begriffliche Introspektion

Fakultäten: Nancy Siraisi, Die medizinische Fakultät, S.321–342, insb. S. 334–341; zu den theologischen Fakultäten: Monika Asztalos, Die theologische Fakultät, S. 359–286, insb. S. 387–389.

⁵² Vgl. dazu die Aufsatzsammlungen: Peter Weimar, Zur Renaissance der Rechtswissenschaft im Mittelalter, Goldbach: Keip, 1997; ferner: Winfried Trusen, Gelehrtes Recht im Mittelalter und in der frühen Neuzeit, Goldbach: Keip, 1997; Peter Landau, Kanons und Dekretalen, Goldbach: Keip, 1997.

⁵³ Vgl. dazu die Referate von Hans Wieling (Juristenausbildung im Mittelalter) und Yves Mäusen (Juristenausbildung in Frankreich in der frühen Neuzeit) samt den Diskussionsbeiträgen dazu, in: Baldus/ Finkenauer/ Rübner (Anm. 26), S. 47–72 und 127 ff.

⁵⁴ Siehe zuvor Anm. 3 und 51.

⁵⁵ Siehe vorn Anm. 5 und 6.

⁵⁶ Eindrücklich zum Autonomieverlust und zur Abhängigkeit der Universität von ihrer Wirtschaft: Marcus Coelen, Verabschiedung der Universität, in: Horst u. a. (Anm. 23), S. 99 f.

und Selbstreproduktion führen bestenfalls (wenn überhaupt) zur Ausdifferenzierung von Spitzfindigkeiten, aber kaum zum Kern dessen, wofür Recht steht. Es sind also diese grundsätzlichen Fragen nach dem Recht und der konkret gegebenen Rechtsordnung, die den Gegenstand einer intellektuell verstandenen Jurisprudenz oder Rechtswissenschaft darstellen und deshalb auch das Studium bestimmen müssen.

Die Fragestellung muss daher stets lauten: Woher, wieso und wozu dieses Recht sein soll, und nicht nur, wie es korrekt funktioniert. Das Verständnis der Funktionsweise ist die Voraussetzung, dass hernach die richtigen Fragen gestellt werden können. Damit kehren wir zum Anfang unserer Erörterungen zurück. Folgerichtig muss mit Bezug auf die Ausbildung von Juristen die Frage geklärt sein, dass es nicht genügen kann, die juristische Ausbildung von den Bedürfnissen der Praxis einer bestimmten Berufsgruppe her zu definieren, sondern dass es vielmehr darum gehen muss, Juristinnen und Juristen durch ein universitäres Studium gründlicher und umfassender zu bilden und nicht nur fachdogmatisch auszubilden.

Aus dem bisher Gesagten ergeben sich einige Einsichten, die ich bereits in meinem Beitrag zur Bolognareform⁵⁷ dargelegt habe, und welche die vorhergehenden Überlegungen dahingehend zusammenfassen, dass die europäische Universität als ein Hort der autonomen Intellektualität, der Freiheit des Geistes und der Verantwortlichkeit des Denkens gesehen wurde und weiterhin zu sehen ist. In dem Sinne sollte im Zentrum einer juristischen Ausbildung stets der Mensch als ein intellektuell aktives und entdeckungsfreudiges Individuum stehen. Ich kann nur nochmals mit Blick auf die Erfahrungen betonen: Intellektualität und Charakterbildung des jungen Menschen standen bis ins 20. Jahrhundert hinein im Mittelpunkt einer universitären Ausbildung. Diese Sicht basierte auf dem aufklärerischen Postulat der Achtung der dem Menschen, seiner Freiheit und seines Intellekts.

Nichts hat diesem Geist indes mehr geschadet wie der in den letzten fünfzig Jahren entwickelte Anspruch, dass Wissen sofort greif- und verwertbare Resultate bringen müsste.⁵⁸ Die Gleichsetzung von Verfügbarkeit des Wissens mit sozialer Mächtigkeit erzeugt eine trügerische Vorstellung, die wir heute mit dem Stichwort der Wissensgesellschaft umschreiben.⁵⁹ Tendiert die Wissensgesellschaft darauf, gesellschaftliche Macht durch Wissen zu generieren, so entsteht daraus rasch einmal ein Kampfplatz. Unsere viel gerühmte Wissensgesellschaft⁶⁰ von heute ist daher ein problematisches Gehäuse, weil

⁵⁷ Vgl. dazu Senn, Rechtswissenschaft nach der Bologna-Reform (Anm. 31), S. 223 f.

⁵⁸ So auch Nida-Rümelin (Anm. 34) und Coelen (Anm. 56) in ihren Beiträgen.

⁵⁹ Vgl. dazu: Hans-Georg Gadamer, Vernunft im Zeitalter der Wissenschaft, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976, S. 59 f.

⁶⁰ Vgl. dazu: Uwe H. Bittlingmayer/ Hidayet Tuncer, Die Wissensgesellschaft – eine folgenschwere Fehldiagnose?, in: Anina Engelhardt/ Laura Kajetzke (Hg.), Handbuch Wissensgesellschaft. Theorien, Themen und Probleme, Bielefeld: transcript, 2010, S. 352 ff.; Stefan Bösch, Wissenschaft und Gesellschaft, in: Rainer Schützeichel (Hg.), Handbuch Wissenssoziologie und Wissensforschung, Konstanz: Universitätsverlag Konstanz, 2007, S. 756 ff.: Die gesellschaftliche Pluralisierungsstrategie laufe nicht nur Gefahr, in

darin nicht alleine der Intellekt waltet, sondern vor allem immer mehr das Vielwissen zählt.⁶¹ Solches Vielwissen widerspiegelt aber nur die Armut des Geistes und entspricht einem Enzyklopädismus, der auf der Stufe der Voraussetzung zur kritischen Wissenschaft stehen geblieben ist. Der Segen des schnellen Zugriffs via Internet wird alsbald ins Gegenteil gewendet und folglich zum Fluch. Dass die Wissenschaft freilich noch Grundlegenderes darüber hinaus forderte, nämlich eine bestimmte Grundhaltung, habe ich andernorts erörtert.⁶²

3. Die Notwendigkeit des geschichtlichen Verständnisses des Rechts

Daher bin ich entschieden der Ansicht, dass sich das Rechtsstudium nie in der Rechtstechnologie erschöpfen kann und soll, sondern dass darüber hinaus reflexive Übungen für einen weiteren Horizont notwendig sind, sei es letztlich auch nur deshalb, um den engen Bereich des Fachspezifischen besser erkennen zu können. Denn dieser lässt sich nicht aus sich selbst heraus, sondern nur in Abgrenzung aus dem Anderen, das nicht das Juristische verkörpern soll, begreifen. Gewiss steht im Sinne des spezifisch engeren Rechtsstudiums das Fachgelehrtentum bzw. der *strictly legal point of view*.⁶³ Dies ist das Kerngeschäft. Doch wie selbst die Praxis deutlich werden lässt, braucht ein Jurist, um als Jurist vor der akademischen Türe zu bestehen, mehr als diese eine und reine Fachkompetenz. Deshalb ist es aus meiner Sicht problematisch, die Rechtswissenschaft in Haupt- und Nebendisziplinen zu unterteilen, ohnehin dann, wenn sie als gleichwertige und unabdingbare Bestandteile der Rechtswissenschaft betrachtet werden sollen.⁶⁴ Denn kein Jurist, der in der Praxis steht, kann sich eine solch enge normative Sicht leisten. Wohl muss er das Proprium des juristischen Geschäfts kennen und am Ende danach auch handeln, doch nur schon die Tatsache, dass die konkrete praktische Arbeit eines Juristen stets beim bzw. mit dem Sachverhalt beginnt, setzt voraus, dass er diesen inhaltlich erfassen und verstehen kann, und vor allem, dass er weiß, wie Sachverhalte konstruiert sind, und wo in solcher Logik des Eigenbaus auch regelmäßig die Probleme stecken, damit er dann die Rechtsprobleme, die sich aufgrund des Sachverhalts und dessen spezifischen Probleme stellen, wirklich erfolgreich lösen kann, um das Stichwort des Erfolges hier nochmals aufzunehmen.

Jeder Rechtsfall beginnt mit einer Geschichte. Gerade

deshalb muss ein Jurist in der methodischen Analyse von Geschichten geübt sein. Um dieses Geschäft zu beherrschen, sind grundlegendere Kenntnisse und Fertigkeiten als alleine das dogmatische Knowhow nötig, die weit über einen *strictly legal point of view* hinausgehen. Diese erweiterte Kenntnis soll den Juristen davor schützen, Opfer des eigenen nicht-reflektierten hermeneutischen Zirkels zu werden.⁶⁵

Mit Bezug auf die Rechtsgeschichte lässt sich meines Erachtens sehr schön zeigen, dass dieses Fach für das gesamte Rechtsverständnis unabdingbar ist, und dass die Rechtsgeschichte, wenn sie richtig betrieben wird, von grösstem Nutzen für die Juristinnen und Juristen ist, die später in der Praxis tätig sind. Die Rechtsgeschichte vermittelt zwar auch ein Verständnis betreffend die Entwicklung des Rechts. Doch ist diese Geschichte, wie alle Geschichte und jeder Sachverhalt, immer ein Konstrukt, das mit Vorsicht und kritischer Distanz zu beobachten ist; und gerade dies ist in der Rechtsgeschichte zu lernen bzw. daran sind die angehenden Juristinnen und Juristen durch eine möglichst intensive Auseinandersetzung mit der Wissenschaftsgeschichte zu unterrichten und in der selbständigen und praktischen Interpretation mit Texten zu beüben.⁶⁶

Daher ist es auch kein Verlust, wenn die Rechtsgeschichte gerade keine Geschichten mehr über das Proprium des angeblich nationalen Rechts oder des Werdeganges des europäischen Rechts aus der Wurzel des römischen Rechts erzählt. Diese Geschichten sind obsolete Konstruktionen, um ein anderes Problem zu lösen, wie die Stiftung einer nationalen Identität oder die Rettung einer Disziplin, wozu dann die Geschichte instrumentalisiert wird. Die Rechtsgeschichte hat stattdessen zu einem spezifisch kritischen Verständnis und Bewusstsein beizutragen, wie angebliche Sachverhalte konstruiert werden. Wo sie dies nicht tut, wird sie alsbald aus dem juristischen Studium herauskatapultiert und in die allgemeine Geschichte verwiesen werden. Doch die Schärfung des methodologischen Problembewusstseins auf der Sachverhaltsebene stellt – nun durchaus mit Blick auf die richterliche und anwaltliche Praxis – eine relevante Befähigung dar. Denn es geht um die Konstitution des eigenen kritischen Denkens und Argumentierens. Gerade weil die Rechtsgeschichte keinen direkt verwertbaren Nutzen erzeugen muss, kann sie den Blick dafür auch öffnen, was das spezifische Juridische sein soll, nämlich ein historisches Produkt seiner jeweiligen Zeit. Erst dieses Bewusstsein vermag einen vernünftigen Begriff vom Recht überhaupt zu bilden. Ich erkenne gerade darin das wirklich Einzigartige unserer Disziplin, dass wir nicht nur Handwerker sind, die wir zwar auch zu sein haben, sondern dass wir stets auch diejenigen waren und noch sind, die sich mit den zentralen Fragestellungen aus an-

Relativismus zu zerfallen, sondern werde gleichzeitig Opfer einer Ökonomisierungs- bzw. Medialisierungsstrategie.

⁶¹ Vgl. dazu: Marcel Senn, Wissenschaftsgeschichte als Mittlerin zwischen Öffentlichkeit und Recht, in: Rechtsgeschichte 19, 2011 (Festgabe für Michael Stolleis zum 70. Geburtstag), S. 303, erscheint am 9. September 2011.

⁶² Vgl. dazu: Ders. Rechtswissenschaft ohne reflexiven Habitus? (Anm. 9).

⁶³ Ernst (Anm. 42), S. 15–18. Die Rechtswissenschaft sei gerade darin einzigartig und würde, wenn sie diesen Standpunkt aufgäbe, ihre fachwissenschaftliche Alleinstellung unterlaufen, wenn sie vielmehr damit begäbe, juristische und außerjuristische Tatbestände zu vermengen. Die sei beste westliche Tradition des Rechts. Solche Vermengung des juristischen Tatbestandes mit außerjuristischen Gesichtspunkten bedeutete ein folgenschweres *overreaching*.

⁶⁴ Ders., S. 24 ff. Hier wird zu Recht festgestellt, dass solche Abgrenzungen realitätsfern und der Fachkultur abträglich seien.

⁶⁵ Vgl. Senn, Wissenschaftsgeschichte (Anm. 61), S. 303 f.

⁶⁶ Vgl. dazu: Marcel Senn, Die Bewegungsfähigkeit des Interpreten. Ein Beitrag zur kulturwissenschaftlichen Pädagogik der Textinterpretation in der Rechtsgeschichte, in: Philipp Stoellger (Hg.), *Genese und Grenze der Lesbarkeit*, Würzburg: Königshausen & Neumann, 2007, S. 75–93, sowie die zwanzig Fallbeispiele in: Marcel Senn/ Andreas Thier (Hg.), *Rechtsgeschichte III – Textinterpretationen*, Zürich/Basel/Genf: Schulthess, 2005.

deren Gesichtspunkten und Disziplinen in Bezug auf das Recht ganz bewusst auseinandersetzen.

Die zentrale Aufgabe der Universität und der Rechtsfakultäten war es bislang, ihre Studierenden zu befähigen, mit Wissen ebenso selbständig wie verantwortungsvoll und kritisch umgehen und die einzelnen Wissens-elemente selbständig in einen übergreifenden Verständnis-zusammenhang bringen zu können, da der Verstehens-

prozess mit der Offenheit und Vielfalt aller Entwicklungen ständig rechnen und entsprechend Schritt halten muss. Und dies sollte entgegen allen gegenwärtigen Bestrebungen einer reduktiven Formalisierung und oberflächlichen Harmonisierung der Ausbildung der Juristen und Juristinnen auch so bleiben, denke ich. In dem Sinne ist die eingangs gestellte Frage beantwortet.

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