

IUS COMMUNE

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

X

Herausgegeben von
DIETER SIMON und WALTER WILHELM



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1983

Zum politischen Selbstverständnis der Rechtsprechung am Vorabend des bürgerlichen Zeitalters — eine Fallstudie

I. 1. Wir haben uns daran gewöhnt, die Rechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts als Wissenschafts- und Gesetzgebungsgeschichte zu sehen. Historische Rechtsschule und Begriffsjurisprudenz werden konfrontiert mit den auf territorialer Ebene aufgenommenen und auf Reichsebene vollendeten Kodifikationsprogrammen. SAVIGNY markiert den Anfang, WINDSCHEID (und das BGB) das Ende eines Zeitraumes, der auch unter dem Gesichtspunkt der Entwicklung eines ‚bürgerlichen‘ Rechts in einer ‚bürgerlichen‘ Gesellschaft auf rechtshistorische Forscherinteressen trifft. Daß daneben auch noch ein Justizsystem existierte, das — wie auch immer — die Aufgabe erfüllte, das Recht im Einzelfall zu verwirklichen, ist zwar als Merkposten im Bewußtsein verankert, wird aber gern mit dem Hinweis vernachlässigt, daß dem damaligen Richter ohnehin nur die buchstabengetreue Subsumtion erlaubt und jede rechtspolitische Gestaltungstätigkeit verboten war, so daß der Durchgriff auf die Quellen der richterlichen Entscheidung, Wissenschaft und Gesetzgebung, nicht nur ökonomisch, sondern auch legitim erscheint. Diesen wirkungsmächtigen Kräften gegenüber verschwindet die Rechtsprechung, so wird behauptet, „in der Anonymität einer bürokratischen Justizorganisation“¹, erweist sich der Richter als „Rechtsprechungsfunktionär“ ohne eigene Kontur².

Ob der Richter und sein Urteil im vorigen Jahrhundert tatsächlich nur die marginale Existenz gefristet haben, die ihnen heute zugebilligt wird, kann an dieser Stelle nicht untersucht werden. Der Zeitraum ist ohnehin zu lang, die

¹ FRIEDRICH KÜBLER, Amt und Stellung des Richters in der Gesellschaft von morgen, Deutsche Richterzeitung 1969, S. 379 ff. (381). ROLAND DUBISCHAR, Theorie und Praxis in der Rechtswissenschaft, Freiburg und München 1978, spricht generell von der „schlechten Praxis“ jener Zeit, welche die Chance, gesellschaftlichen Wandel einzuleiten, verpaßt habe (S. 31 ff., 45).

² MAX MÜLLER, Recht und Ethik, Studien zur Philosophie und Literatur des 19. Jahrhunderts, Bd. 9, Frankfurt 1970, S. 33 f. Ähnlich, wenn auch mit differenzierender Bewertung, FRANZ WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit², Göttingen 1967, S. 436 ff.

Entwicklung zu bewegt, als daß ein Pauschalurteil Aussicht auf Bestätigung hätte. Fest steht, daß die Zeitgenossen mit ihren Überlegungen zur Richterfunktion Bibliotheken gefüllt haben³, so daß das konstatierte Schattendasein der Justiz, soweit nicht überhaupt eine Chimäre, jedenfalls kein Zufallsprodukt darstellt, sondern als Ergebnis einer Entwicklung betrachtet werden muß, deren Bestimmungsfaktoren es aufzuklären gilt.

Wenn heute allerdings von der Nebenrolle die Rede ist, die der Rechtsprechung bei der Gestaltung des Rechts der bürgerlichen Gesellschaft zugefallen sei, so gründet sich diese Einschätzung regelmäßig nicht auf eine Funktionsanalyse richterlicher Entscheidungen, sondern spiegelt das wider, was sich über lange Zeit den literarischen Äußerungen des vorigen Jahrhunderts als ‚herrschende Meinung‘ zur Rolle der Justiz entnehmen läßt. In der Tat beschreiben, von einigen Ausnahmen abgesehen⁴, die historischen Agenten den Richter gern als objektiven Vollstrecker des Gesetzes, der die vorgefundene Norm in einem stringenten Verfahren, das der Willkür keinen Raum läßt, auf den ermittelten Sachverhalt überträgt und damit eine Tätigkeit ausübt, die keinerlei subjektive Bewertung oder Zweckverfolgung, sondern nur ‚logisches Funktionieren‘ verlangt⁵. Nun dürfen diese Äußerungen über Justiz nicht mit ihrem Gegenstand, ja nicht einmal mit dem damaligen Erkenntnisstand verwechselt werden. Wenn man einmal unterstellt, daß es auch den Autoren des vorigen Jahrhunderts nicht schlechtweg entgangen ist, daß das richterliche Amt sich nicht in der Subsumtionsmechanik erschöpft — und diese Unterstellung scheint legitim, da es schon zu Beginn des 19. Jahrhunderts methodische Untersuchungen gab, die eben diese Einsicht vermittelten⁶ —, wenn man also das Richterbild, das zu jener Zeit gezeichnet wurde, weniger als Zustandsbeschreibung als vielmehr normativ versteht, so rücken

³ Das zeitgenössische Schrifttum ist nahezu vollständig aus den Arbeiten HERMANN BISCHOFs rekonstruierbar, der in einer steiligen Aufsatzreihe unter dem Titel: Verfassung, Gesetz, Verordnung und richterliches Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen, gegen jegliche Entscheidungsautonomie der Gerichte Sturm läuft und in diesem Rahmen jeden Andersdenkenden weitschweifig ‚widerlegt‘, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Gießen, Neue Folge, Bd. 16 (1859), S. 235 ff., 385 ff., Bd. 17 (1860), S. 104 ff., 235 ff., 448 ff., Bd. 18 (1861), S. 129 ff., 302 ff., 393 ff.

⁴ Vgl. neben den bei BISCHOF genannten Autoren vor allem JOHANN HEINRICH ZIRKLER, Revision der wichtigsten Lehren des positiven Rechts, Theil 1 und 2, Giesen und Wetzlar 1807.

⁵ Die Formel von der „logischen Function“ des Richteramts hat CARL VON ROTTECK erstmals in seiner Bearbeitung des Staatsrecht(s) der konstitutionellen Monarchie von J. CHR. FREIHERR VON ARETIN, Altenburg 1824, Bd. 2, S. 208, geprägt. Später findet sie sich sowohl im zivil- wie auch im staatsrechtlichen Schrifttum.

⁶ Grundlegend ist hier das in Anm. 4 genannte Werk von ZIRKLER.

die Veranlassungen dieser Sichtweise in das Zentrum des Interesses. Von den vielen Determinanten, welche die Einstellung zur Justiz im 19. Jahrhundert geprägt haben, soll im folgenden nur ein Aspekt verfolgt werden, inwieweit nämlich deren Akteure selbst dazu beigetragen haben könnten, sich als Ingenieure der künftigen bürgerlichen Gesellschaft zu disqualifizieren, indem ihre Entscheidungspraxis zu Beginn der neuen Epoche zwar einerseits durchaus den Anspruch auf politische Mitsprache erhob, andererseits aber die Zeichen der Zeit verfehlte und in einer allgemeinen Stimmung von Aufbruch und Umorientierung ihre Wertmaßstäbe aus der Vergangenheit bezog.

2. Aufschluß darüber soll aus der Analyse eines Rechtsstreits gewonnen werden, der gegen Ende des 18. Jahrhunderts ausgefochten wurde, zu einer Zeit also, als mit dem schrittweisen Abbau der Erscheinungsformen absoluter Herrschaft auch die Weichen für die Herausbildung des zukünftigen Justizverständnisses gestellt wurden. Fallanalysen haben mit dem prinzipiellen Einwand mangelnder Verallgemeinerbarkeit zu rechnen, dem hier aber damit zu begegnen ist, daß Verallgemeinerung gar nicht angestrebt wird. Dies jedenfalls nicht in dem Sinne, daß etwa angenommen würde, das behandelte Verfahren könnte prototypisch die Rechtsprechungssituation der damaligen Zeit widerspiegeln. ‚Repräsentative‘ Einzelfälle gibt es weder hinsichtlich der Sachverhaltsgestaltung noch der Art ihrer Behandlung durch die Gerichte. Immerhin betrifft der Streit eine gesellschaftspolitische Schlüsselfrage jener Tage und hat einen prozessualen Verlauf genommen, dem aus seinerzeitiger Sicht nichts Ungewöhnliches anhaftet. Insofern ist er einer der Bausteine, deren Summe das Mosaik der neueren Justizgeschichte ausmacht.

II. 1. Ein Blick auf die Gesellschaftsstruktur der deutschen Territorien um die Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert zeigt, daß drei bedeutende politische Kräftefelder unterschieden werden müssen, welche, von den verschiedenen Stufen ihrer Entwicklung aus, mit- und gegeneinander um Macht und Einfluß im Staate rangen. Da war das greise Ständewesen, das von der naturgewollten Einteilung der Menschen in soziale Klassen ausging und die „Heiligkeit der Grundverträge“⁷ beschwor. Es hatte sich trotz aller Fährnisse und nicht zuletzt aufgrund erstaunlicher Anpassungsfähigkeiten als außerordentlich bestandskräftig erwiesen und befand sich an der Schwelle zum 19. Jahrhundert im Rahmen der machtpolitischen Terraingefechte zwar

⁷ Vgl. JUSTUS FRIEDRICH RUNDE, Die Erhaltung der öffentlichen Verfassung in den Entschädigungslanden; nach dem Deputationshauptschluß vom 25. Febr. 1803, mit Anwendung auf das Herzogthum Westphalen, Göttingen 1805, Vorrede, S. V.

nicht mehr unmittelbar an der Front, vermochte aber aus der zweiten Reihe noch recht wirksam das Kampfgeschehen zu beeinflussen. In vorderster Linie focht der absolute Fürstenstaat deutscher Prägung verlustreiche Siege in Richtung auf die konstitutionelle Monarchie aus⁸, und als Kriegsgewinnler begann sich der bürgerliche Rechtsstaat auf seine kommende Führungsrolle vorzubereiten.

2. Für die Funktionsbestimmung des Richteramtes waren dies alles sehr bedeutsame Vorgänge. Die verschiedenen Bewerber um die Macht im Staat sahen sich naturgemäß nach Bundesgenossen um, die ihren Kampf um gesellschaftliche Einflußchancen möglichst wirkungsvoll unterstützten. Der idealiter bereits unabhängig gedachte Richterspruch⁹ war aus der Sicht aller Konkurrenten eine Autorität, die man gern auf seiner Seite gewußt hätte, da gerade vor dem Hintergrund ungeklärter Herrschaftsverhältnisse der Rechtsstandpunkt ein schwerwiegendes Argument darstellte, das allenfalls mit Gewalt ausgeräumt werden konnte. Der Rechtsprechung war damit eine neue Dimension zugewachsen. Sie war, wie der Verlauf der Machtspruchdebatte eindrucksvoll dokumentiert¹⁰, aus der unmittelbaren Zugriffzone des absoluten Fürsten ausgeschert, ohne daß die neuen Freiräume bereits wieder durch institutionelle Schranken eingegrenzt worden wären. Gesetzesbindung konnte angesichts des dürftigen Zustands des positiven Rechts den Richter nur unvollkommen domestizieren; Interpretationsverbote und permanenten Gesetzeskommissionen wurde der neuzeitliche Regelungsbedarf zum schnellen Verhängnis.

Hinzu kam, daß das Zeitalter des Vernunftrechts dem Richter mit der ‚Natur der Sache‘ ein Argument an die Hand gegeben hatte, das dem geschickten Gebrauch nicht nur jeden Spielraum für Wertungen öffnete, son-

⁸ Dazu HANS BOLDT, *Deutsche Staatslehre im Vormärz*, Düsseldorf 1975, S. 15 ff. Mit Blick auf die naturrechtlichen Verfassungstheorien beschreibt CHRISTOPH LINK die Entwicklung von der Vorstellung absoluter zu konstitutionell gebundener Herrschermacht: *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit*, Wien / Köln / Graz 1979, S. 185 ff.

⁹ Das bedeutete freilich nicht, daß die richterliche Unabhängigkeit damals schon frei von An- und Übergriffen war, vgl. GUSTAV AUBIN, *Die Entwicklung der richterlichen Unabhängigkeit*, Karlsruhe 1906, S. 6 ff. (15), GÜNTHER PLATHNER, *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848*, Breslau 1935, S. 3 ff., DIETER SIMON, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt 1975, S. 41 ff. und die im bibliographischen Kommentar (S. 58 ff.) angeführte Literatur, CLAUDIETTER SCHOTT, „Rechtsgrundsätze“ und Gesetzeskorrektur, Berlin 1975, S. 77 ff. (92).

¹⁰ Vgl. neuestens MALTE DIESELHORST, *Die Prozesse des Müllers Arnold und das Eingreifen Friedrichs des Großen*, in: *Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition*, Symposium aus Anlaß des 70. Geburtstages von FRANZ WIEACKER, hg. von KLAUS LUIG und DIETER LIEBS, Ebelsbach 1980, S. 335 ff.

dern auch eine Möglichkeit offerierte, korrigierend in das Normgefüge einzugreifen. Die Befugnis hierzu war zwar stark umstritten, doch fehlte es nicht an Äußerungen, die — meist nach einer rhetorischen Verbeugung vor dem Regelungsmonopol des Fürsten und oft unter Berufung auf dessen hypothetischen Willen — den Richter für befugt hielten, ungerechte oder veraltete Gesetze im Lichte der allgemeinen Vernunft zu revidieren¹¹. Von der logischen Funktion der Rechtsprechung, die später so emphatisch beschworen wurde, war um die Jahrhundertwende noch kaum die Rede, allenfalls von der Notwendigkeit, potentielle Richterwillkür in den Griff zu bekommen¹².

Es war eine offene Situation, der sich die Gerichte gegenübersehen. Als abhängige Fürstendiener hatten sie ihre historische Rolle ausgespielt, als autonome Entscheidungsgewalt waren sie noch nicht konstituiert. Umfang und Grenzen ihres Amtes waren Gegenstand heftigster Kontroversen¹³, und

¹¹ Eine Wegweiserfunktion hat hier die berühmte Auftragschrift eingenommen, die CARL FERDINAND HOMMEL im Jahr 1765 vorgelegt hat: *Principis Cura Leges; Des Fürsten höchste Sorgfalt: Die Gesetze, übersetzt und erläutert von RAINER POLLEY, Karlsruhe 1765*, S. 68 ff., S. 70: Es wird „erlaubt sein müssen, bisweilen von den seltsamen, unzeitgemäßen Gesetzen abzuweichen und sich hierbei auf den bekannten Rechtsgrundsatz zu berufen, daß, wenn der Anlaß zu einem Gesetz wegfällt, auch das Gesetz zu gelten aufhört.“ Vgl. auch ADOLF DIETRICH WEBER, *Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit*³, Schwerin und Wismar 1800, S. 108: „Es ist wol unleugbar, daß die Gerichte überall, wo positives Recht keine zureichende Bestimmung an die Hand giebt, den Grundsätzen und Vorschriften des Vernunftrechts folgen müssen“ (denn die Obrigkeit dürfe mit Rücksicht auf den Gesellschaftsvertrag nur vernunftgemäße Anordnungen treffen); selbst positives Recht müsse, um gelten zu können, vernunftgemäß sein (179). Vgl. im übrigen SCHOTT, S. 66 ff.

¹² Vgl. etwa CHRISTIAN FRIEDRICH GLÜCK, *Pandecten*², Bd. 1, Erlangen 1797, S. 209. Zu erwähnen ist hier vor allem auch die Kontroverse zwischen JOHANN GEORG SCHLOSSER und ERNST FERDINAND KLEIN über die Frage, ob ein Gesetz vom Typus des eher gebundenen (KLEIN) oder des eher freien Richters (SCHLOSSER) auszugehen habe, vgl. die von SCHLOSSER veröffentlichten Briefe über die Gesetzgebung, Frankfurt 1789, Neudruck Glashütten/Ts. 1970, wo auch die Erwiderung KLEINS abgedruckt ist. Zu SCHLOSSERS Auffassung vgl. insbes. S. 200 ff., KLEIN setzt sich vornehmlich S. 96 ff. mit diesem Problem auseinander.

¹³ Dabei ging es vor allem um die Frage, ob ein Streit in den Entscheidungsbereich der Justiz oder der Regierung fällt. DAVID GEORG STRUBEN, *Nebenstunden*, 3. Theil, Darmstadt 1789, 13. Abhandlung: Von Regierungs- und Justizsachen, ders. *Gründlicher Unterricht in Regierungs- und Justizsachen*, Anhang zum 5. Teil seines Werks *Rechtliche Bedenken*, Hannover 1761-1777, JOHANN JACOB MOSER, *Von der Landes-Hoheit in Justiz-Sachen*, Frankfurt und Leipzig 1773, ders. *Von der Teutschen Justiz-Verfassung*, 1. Theil und 2. Theil, Frankfurt und Leipzig 1774, CARL FRIEDRICH HÄBERLIN, *Handbuch des Teutschen Staatsrechts*, Frankfurt und Leipzig 1794, S. 466 ff. Von der Dimension der reichsgerichtlichen Kontrolle befreit, aber um die gewichtige Problematik der Verteilung staatlicher Entscheidungsmacht bereichert ist das Thema in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts zum Dauerstreit avanciert, vgl. nur CARL JOSEPH ANTON MITTERMAIER, *Beiträge zur*

die vielfältigen Erwartungen, die die konkurrierenden gesellschaftlichen Kräfte mit funktionierender Rechtspflege verbanden, schlugen sich in höchst unterschiedlichen Justizkonzepten nieder. In dieser Lage verdient es Beachtung, wie sich die Gerichte selbst mit den neuen Rahmenbedingungen arrangierten. Ihnen war eine Art Schlüsselfunktion zugefallen, und für die neue Rollenbestimmung mußte es von entscheidender Bedeutung sein, wie sie ihr Entscheidungspotential handhabten.

III. 1. Dem Rechtsstreit, an Hand dessen der aufgeworfenen Frage nachgegangen werden soll¹⁴, lag folgender Sachverhalt zugrunde: Im Jahr 1793 legte der Vogt von Donau-Eschingen auf Veranlassung von 208 Bürgern seiner Gemeinde der fürstlichen Hofkammer einen Entwurf vor, nach dem der bis dahin gemeinschaftlich genutzte Weidegrund der Kommune (Allmende) auf die Gemeindebürger aufgeteilt werden sollte. Diese Allmendenteilungen, das heißt also die Aufhebung der genossenschaftlichen Nutzung von Gemeindewald, -weiden und -gewässern¹⁵, waren Kernstücke der umfassenden obrigkeitlichen Landwirtschaftsreformen, die den Auf- und Ausbau der Territorialstaaten zu leistungsfähigen Gebietskörperschaften begleitet haben und die früher oder später, bis weit in das 19. Jahrhundert hinein, in allen Ländern durchgeführt wurden¹⁶. Die Besonderheit des fraglichen Teilungsplanes bestand darin, daß er sich in erster Linie an der Kopffzahl der Bürger orientierte, jedes Gemeindemitglied also einen etwa gleichgroßen Anteil vom Gemeinschaftsgut erhalten sollte. Dem vormals üblichen Teilungsmodus lagen dagegen die im Zeitpunkt der Aufteilung bestehenden Benutzungsrechte zugrunde¹⁷.

Vorbild des Entwurfs war ein Dekret des französischen National-Konvents und eine Ausführungsbestimmung des dortigen Ackerbau-Ausschusses,

Lehre von den Gegenständen des bürgerlichen Processes, AcP Bd. 4² (1829), S. 305 ff., wo der Autor eine längere Aufsatzreihe zu diesem Thema einleitet.

¹⁴ Mitgeteilt wird er von JUSTUS FRIEDRICH RUNDE, Beyträge zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände, Bd. 1, Göttingen 1799, S. 3 ff. RUNDE war von 1785-1807 Mitglied der Göttinger Spruchfakultät, vgl. ENGELBERT KLUGKIST, Die Göttinger Juristenfakultät als Spruchkollegium, Göttingen 1952, S. 126.

¹⁵ Vgl. den Artikel *Allmende* im Handwörterbuch der Deutschen Rechtsgeschichte (1964-1971), Bd. 1, S. 108 ff.

¹⁶ Dazu OTTO GIERKE, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887, nachgedruckt Berlin / Hildesheim 1963, S. 231 ff. (auch 198 ff. und 320 ff.). Noch heute gibt es auf einigen Nordseehalligen die Allmenden-Bewirtschaftung.

¹⁷ Vgl. die Erläuterungen bei RUNDE, Beyträge, S. 58 ff.; für die Rechtsentwicklung im 19. Jahrhundert siehe GIERKE, a. a. O.

wonach sämtliche Gemeindegüter an die Bürger vergeben und die Neuzuweisungen so vorgenommen werden sollten, daß alle Bürger — Frauen und Kinder eingeschlossen — einen gleichgroßen Anteil erhielten^{17a}. Die 208 Gemeindeglieder, welche diese Grundsätze auch auf die Donau-Eschinger Allmenden angewendet wissen wollten, hatten dafür gute Gründe. Sie waren nämlich die ‚Habenichtse‘ der Gemeinde, Halbbauern, Stümpler, Tagelöhner und Handwerker¹⁸, die sich von der gleichmäßigen Verteilung des Gemeindebodens auf alle Bürger entweder eine deutliche Verbesserung ihrer Besitzverhältnisse oder aber eine erstmalige Partizipation an Grund und Boden versprochen.

Heftigen Protest erhoben gegen diesen Teilungsplan die zwölf Vollbauern der Gemeinde und vier begüterte Halbbauern. Sie widersprachen offiziell dem Vorhaben und ließen von ihrem Wortführer, dem Untervogten der Gemeinde, bei der Hofkammer vortragen, daß einer eventuellen Allmendenaufteilung nur die vorfindlichen Benutzungsrechte zugrundegelegt werden könnten. Die Bauern hatten den Gemeindegrund bislang nach den sogenannten Viehausschlagsordnungen in Anspruch nehmen dürfen. Diese vom Landesherrn erlassenen Polizeiordnungen legten die Rechte jedes einzelnen am Gemeindegrund fest und orientierten sich dabei an dem „zu beobachtende(n) Verhältnis zwischen Ackerbau und Viehstand“¹⁹. Die ratio solcher Ordnungen lag darin, daß die Besitzer großer Ackerländereien für deren Bestellung einen entsprechend hohen Viehbedarf hatten. Dieser Viehbedarf gab wiederum die Rechtfertigung ab für die verhältnismäßig größeren Anteile an den Weideplätzen der Gemeinde. Die Voll- und begüterten Halbbauern hatten also aufgrund ihres Landbesitzes die Allmenden entsprechend intensiv nutzen dürfen und sahen durch den egalisierenden Teilungsplan ihre herkömmlichen Bevorrechtigungen preisgegeben. Sie bestanden darauf, daß der Rechtsweg eingeschlagen würde und wollten den Streit „keinesweges aber durch landesherrliche oberpolizeyliche Verfügung“ beigelegt wissen²⁰.

^{17a} Beyträge, S. 72.

¹⁸ Beyträge, S. 7. Diese Einteilung, der noch die — beklagten — Vollbauern hinzuzuzählen wären, repräsentiert die in Donau-Eschingen vorfindlichen (Grund-)Besitzklassen: Vollbauern haben 60 Jauchert Land (Juchart, Jochacker, Tagewerk, Morgen; entspricht etwa 35 Ar) und mehr. Halbbauern besitzen zwischen 30 und 59 Jauchert; Stümpler haben 10 bis 29 Jauchert; Tagelöhner und Handwerker haben weniger als 10 Jauchert, meist aber gar kein eigenes Land.

¹⁹ Beyträge, S. 46 f.

²⁰ Beyträge, S. 15. Ein — den klägerischen Interessen entsprechender — Ausschluß des Rechtsweges zugunsten der Regierungsentscheidung hätte für den Landesfürsten die Gefahr einer Justizverweigerungsklage vor den Reichsgerichten heraufbeschworen, vgl. dazu Jür-

Diese Präferenz ist nicht uninteressant. Sie läßt erkennen, wo die wohlhabenden Bauern ihre Rechte besser aufgehoben sahen, nicht bei der fürstlichen Verwaltung, sondern bei den Gerichten. Dies könnte im konkreten Fall damit zusammenhängen, daß das zu jener Zeit regierende Staatsoberhaupt der Reichsfürst JOSEPH MARIA BENEDIKT (1758-1796) war, dem die Geschichtsschreibung, anders als seinem verschwenderischen Vater JOSEPH WENZEL (1728-1783), neben Sparsamkeit und Introvertiertheit vor allem auch großes soziales Engagement nachsagt²¹. Von einem solchen Standpunkt aus lag die Aufteilung des Gemeindegrundes entsprechend der Bürgerzahl überaus nahe, ging es doch bei der Allmendenvergabe nicht nur um eine effektivere Bodennutzung und die Verhütung von Viehseuchen²², sondern letztlich auch darum, dem Bevölkerungswachstum Rechnung zu tragen und vor allem den ärmeren Volksschichten eigene Subsistenzmittel zu verschaffen²³. Dieses Ziel war nur mit Hilfe von Eingriffen in die bestehenden rechtlichen Zuordnungen zu erreichen, denn legte man der Neuregelung die vorfindlichen Benutzungsrechte zugrunde, war primär eine Verfestigung der überkommenen Bevorrechtigungen, nicht jedoch die intendierte Umschichtung zu erwarten.

Unabhängig aber vom sozialpolitischen Klima im damaligen Donau-Eschingen kann die Bevorzugung des Richterspruchs vor der Verwaltungsmaßnahme wohl auch allgemein als Vertrauensbeweis der ‚Habenden‘ in die besitzstandswahrende Funktion der Justiz gedeutet werden. Die absolutistischen Territorialreformen, die vornehmlich auf Kosten der Stände, aber auch des Steuerbürgers schlechthin gingen, wurden schließlich von der fürstlichen Verwaltung realisiert, während die Verteidigung der wohl erworbenen Rechte herkömmlicherweise Sache der Gerichte war. Tatsächlich wird der

GEN WEITZEL, *Der Kampf um die Appellation an das Reichskammergericht, Köln / Wien 1976*, S. 44, mit zahlreichen Nachweisen.

²¹ Zur Biographie dieser fürstenbergischen Landesherren vgl. E. MÜNCH, *Geschichte des Hauses Fürstenberg*, IV, hg. von C. B. A. FICKLER (1847), S. 267 ff., 281 ff. Der seit 1796 regierende Bruder KARL JOACHIM ZU FÜRSTENBERG versuchte die auf Neutralität im außenpolitischen und Ausgleich im innenpolitischen Bereich bedachte Politik seines Vorgängers fortzusetzen, MÜNCH, a. a. O., S. 287 ff.

²² Vgl. Beyträge, S. 11. Die Notwendigkeit einer besseren Ausnutzung des Bodens hatte sich als Folge der kriegsbedingten Zerstörungen und der damit einhergehenden Verteuerung der Futtermittel eingestellt, während die Einsicht, daß die gemeinschaftliche Weidenutzung die Ausbreitung von Viehseuchen begünstigt, bereits älter war.

²³ Das überproportionale Anwachsen der Bevölkerung wurde — nach Auskunft RUNDEN — im letzten Drittel des 18. Jahrhunderts allgemein verzeichnet, so daß deren Versorgung für die Regierungen der Territorien ein vordringliches Problem darstellte (Beyträge, a. a. O.).

weitere Verlauf des Falles zeigen, daß die Donau-Eschinger Bauern sowohl ihre Administration, als auch die zuständigen Gerichte zutreffend eingeschätzt haben.

Die fürstliche Hofkammer schlug sich nämlich auf die Seite der Initiatoren. Sie hat zwar — auch das verdient Beachtung — die Sache nicht eigenmächtig entschieden, sondern die Zuständigkeit der Justiz akzeptiert. Im Rahmen des nun folgenden Rechtsstreits trat sie aber mit einem Gutachten dem Standpunkt der 208 Petenten bei²⁴. Diese klagten unter der Ägide des Gemeindevogten gegen die 16 Widerspruchsführer auf Zustimmung zur Teilung nach den Grundsätzen des Entwurfs. Das Oberamt in Hüfingen, welches als Gericht der ersten Instanz den Streit entschied, erkannte jedoch am 7. Juni 1794 für Recht, daß bei der Verteilung der Gemeindeweiden „zwischen Bürger und Bürger allerdings ein Unterschied“ bestehe, „in dessen Gefolge der klagende Voigt Friedrich und Consorten nach der Bürger Zahl ganz gleiche Theile zu fordern, nicht berechtigt, sondern . . . lediglich abzuweisen seyn“²⁵.

Die Begründung für diese Entscheidung ist leider nicht mitgeteilt. Man muß aber davon ausgehen, daß die Vergabe nach den Viehausschlagsordnungen, für die das Oberamt votierte, der damals unter den Juristen herrschenden Auffassung entsprach²⁶. Der Verteilungsschlüssel nach Kopffzahl wurde erst sehr viel später salonfähig²⁷. Dennoch verdient es festgehalten zu werden, daß sich das Gericht in Hüfingen gegen die ausdrücklich vorgetragene Meinung der fürstlichen Verwaltungsspitze stellte, und zwar in einer Angelegenheit, die unübersehbar sozialpolitische Planungsentscheidungen betraf. Mit der Weidenutzung auf der einen und der möglichst effektiven Allmen-

²⁴ Beyträge, S. 19. Außerdem hatten die Kläger noch das Gutachten eines kaiserlichen Rates zur Unterstützung ihres Standpunktes vorgelegt (a. a. O.).

²⁵ Beyträge, S. 15 ff.

²⁶ Beyträge, S. 58 ff. Vgl. aber auch S. 68, wo auf eine Verteilungspraxis in Württemberg und Österreich verwiesen wird, die dem klägerischen Anliegen entsprach. Auch in Fulda hatte es bereits eine Allmententeilung nach Kopffzahl gegeben (62), was das Gericht aber mit lokalen Besonderheiten erklärt und für nicht verallgemeinerungsfähig hält.

²⁷ Eine der ersten oberstgerichtlichen Entscheidungen im neuen Sinne stammt vom Oberappellationsgericht Jena aus dem Jahr 1835, wo im rein dogmatischen Begründungsstil ausgeführt wird, daß „das Areal der juristischen Person der Gemeinde, nicht aber, selbst zu intellectuellen Teilen nicht, dem Einzelnen gehörte“, woraus zu folgern sei, daß „Allen gleiche Theile“ gebührten, Seuff. Arch. Bd. 2, S. 328 f. (Nr. 256). In seiner Genossenschaftstheorie (S. 231 Anm. 3) bestätigt GIERKE später lapidar, daß „im korporativen Sonderrecht ein Individualrecht auf Fortbestand des Körperschaftsverhältnisses nicht enthalten sei“. Diese blutleeren Dogmatik-Sentenzen, welche die politische Dimension völlig ausgeklammert haben, zeigen sehr deutlich, in welcher Weise sich das juristische Begründungsverhalten gegenüber den naturrechtlich orientierten Ausführungen der Göttinger Fakultätsrichter gewandelt hat.

denteilung auf der anderen Seite standen sich in diesem Konflikt nicht nur Individual- und Gemeinwohlinteressen unversöhnlich gegenüber, sondern es kollidierte auch der vorfindliche Besitzstand mit einem fortschrittlichen Verwaltungsprogramm. Da ist es schon beachtlich, mit welchem Selbstbewußtsein sich das Untergericht für die angeblich bestehenden Rechte aussprach und die Präferenz der Hofkammer mißachtete, und dies ist um so bemerkenswerter, als es an positiven Regeln zur Allmendenteilung mangelte. Diese Haltung wirft ein erstes Schlaglicht auf ein hier nur mittelbar hineinspielendes, seinerzeit aber ganz zentrales Problem. Bedenkt man nämlich, daß die Frage, ob etwas eine Justiz- oder eine Regierungssache sei, zu den meistdiskutierten Streitstoffen jener Zeit gehörte²⁸, veranschaulicht der vorliegende Fall sehr plastisch, worum es bei dieser Kompetenzdebatte ging. Auf der Ebene der formalen Zuständigkeit wurde ein Machtkampf um politische Entscheidungsherrschaft ausgetragen, bei dem letztlich die Alternativen Justiz- oder Verwaltungsstaat unter einer abstrakt-juristischen Formulierung abgehandelt wurden. Daß dies auch den Disputanten gegenwärtig war, zeigt ein Ausruf N. TH. GÖNNERS, den dieser an den Schluß feinsinniger juristischer Distinktionen zur Kompetenzproblematik setzt. „Lieber Himmel“, fragt er, „was wird aus der Staatsverwaltung, wenn Staaten die Regierungsgrundsätze aus der schulgerechten via juris hohlen sollen!²⁹“

2. Die nächste Instanz, die von den Klägern bemüht wurde, hat die Brisanz der Entscheidung denn auch gewichtiger veranschlagt. Die hochfürstliche Regierung von Donau-Eschingen, welche als Appellationsgericht den Streit zu entscheiden hatte, setzte das Verfahren aus und schickte die Akten an die Göttinger Juristenfakultät, um von dieser ein unparteiisches Gutachten einzuholen. Das ist insofern bedeutungsvoll, als es gegen Ende des 18. Jahrhunderts schon eher die Ausnahme als die Regel darstellte, daß ein Gericht eigene Entscheidungsherrschaft zugunsten der Weisung von Universitätsrichtern aufgab. Zu jener Zeit waren es vielmehr in erster Linie die Parteien eines Rechtsstreits, welche von dieser Verfahrensmöglichkeit Gebrauch machten.

Das Interesse der Parteien, in bezug auf einzelne Rechtsfragen, Prozeßabschnitte oder das Gesamtverfahren die Aktenversendung an eine auswärtige Juristenfakultät zu verlangen, hatte seinen Ursprung in den Eigentümlichkeiten des Rechtsschutzsystems zu Zeiten des alten Reiches. Die Auslagerung

²⁸ Vgl. oben Anm. 13.

²⁹ NICOLAUS THADDÄUS GÖNNER, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses², 4 Theile, Erlangen 1801-1804, Bd. 3, S. 551.

von brisanten oder auch nur besonders schwierigen Entscheidungsproblemen auf ein unabhängiges und kompetentes Gremium war angesichts der Ineffektivität der Reichsgerichte und der politischen Eingebundenheit der beamteten Landeskollegien zur gern gewählten Möglichkeit geworden, die Qualität der Gerichtspraxis zu verbessern und die Gefahr der Parteilichkeit landesherrlicher Rechtspflege abzumildern. Ursprünglich keineswegs als Recht der Parteien konzipiert, sondern als sachverständige Rechtsweisung für die im Umgang mit fremdem (gelehrtem) Recht ungewohnten Untergerichte³⁰, hatte sich die Aktenversendung zunächst als Surrogat für die volkstümlichen Mitwirkungsrechte bei der Urteilsfindung und später für beschnittene Appellationsbefugnisse³¹ gegenüber landesgerichtlichen Entscheidungen zu einem „Palladium der deutschen Freiheit“ entwickelt³². Das besondere, gerechtigkeitsverbürgende Element dieser Einrichtung wurde darin gesehen, daß das befragte Spruchgremium auswärtig war, das heißt, vor Repressionen des im Prozeß möglicherweise unterliegenden Landesfürsten oder seiner Ministerialen sicher³³. Die für die meisten Territorien mehr oder weniger verbindliche Klammer des gemeinen Rechts sorgte dabei für eine über den partikularen

³⁰ Vgl. z. B. die Hofgerichtsordnung für Calenberg von 1544 (nachgewiesen bei WEITZEL S. 201 Anm. 725), welche den Hofrichtern nachläßt, die Akten an einen unparteiischen Ort oder eine Juristenfakultät zu schicken, „wo sie sich einer Sentenz untereinander nicht vergleichen könnten und ihnen der Handel zu wichtig wäre“. Zur Geschichte dieser Verfahrensart vgl. OSKAR BÜLOW, Das Ende des Aktenversendungsrechts, Freiburg i. Br. und Tübingen 1881; GEORG FR. SARTORIUS, Revision der Lehre von der Aktenversendung, in: Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß, Bd. 14, Gießen 1859, S. 219 ff., ADOLF STÖLZEL, Brandenburg — Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, Bd. 1, Berlin 1888, S. 188 ff., JULIUS WILHELM PLANCK, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter, Braunschweig 1879, Bd. 1, S. 87 ff. Im übrigen vgl. zur Aktenversendung die umfassenden Literaturnachweise bei JAN SCHRÖDER, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert, Frankfurt 1979, S. 1, Anm. 5, SCHOTT, Rechtsgrundsätze, S. 75.

³¹ Entweder, weil die Appellationssumme bei den Reichsgerichten heraufgesetzt wurde oder weil — infolge eines *privilegium de non appellando et de non evocando* — der Streit nicht mehr vor die Reichsgerichte gebracht werden konnte, vgl. WEITZEL, insbes. S. 209 ff. Im letzteren Falle ließen die Reichsgerichte die Aktenversendung jedoch dann noch zu, wenn es sich um einen Prozeß gegen den Fürsten oder seinen Fiskus handelte, da sie in diesem Fall um die Unparteilichkeit der Landesgerichte fürchteten, vgl. GÖNNER, Handbuch², Bd. 1, S. 90 ff. (104 ff.). Siehe auch CARL WELCKER im Staatslexikon von ROTTECK und WELCKER, Artikel *Aktenversendung*, Bd. 1, S. 226 ff. (228).

³² GÖNNER, Handbuch², Bd. 1, S. 94. HÄBERLIN, Staatsrecht, S. 443: „Eine wahre Wohltat“, WELCKER (aus historischer Perspektive) a. a. O. „... verfassungsmäßige Garantie für Sicherheit, Ehre, Freiheit und Vermögen der Bürger.“ (231).

³³ N. TH. GÖNNER, Teutsches Staatsrecht, Landshut 1804, S. 487, Anm. t, sieht in der Aktenversendung allerdings auch ein Mittel, dem „wenigstens möglichen Dicasterialdespotismus“ gegenzusteuern.

Status der Fakultäten hinausgehende Übertragbarkeit der jeweiligen Rechtsanschauungen³⁴. Das versendende Gericht hatte die Pflicht, das von ihm unter Mitwirkung der Parteien ausgewählte Kollegium solange geheim und damit vor jeglicher Einflußnahme geschützt zu halten, bis es die in Gegenwart der Parteien versiegelten Akten nach deren Rückgang wiederum in Gegenwart der Parteien öffnete. An den Vorschlag des Fakultätskollegiums war das Gericht dann gebunden³⁵. Das Gelehrtenkollegium, einmal angerufen, übte also autonome richterliche Funktionen aus und war insofern integrierter Bestandteil der damaligen Rechtspflege.

Die Ausgestaltung des Versendungsverfahrens und der Umstand, daß die Reichsgerichte seine Zulassung zum Schutz der privaten Parteien auf jede mögliche Weise begünstigten³⁶, ist sicher ein Indiz dafür, daß die Bedingungen der Urteilsfindung bei den landesherrlichen Gerichten die Besorgnis sachfremder Erwägungen und Einwirkungen tatsächlich rechtfertigten. In diese Richtung weisen auch die beharrlichen Versuche der Landesherren, die Aktenversendung zu reglementieren³⁷ oder sie sogar ganz zu verbieten³⁸, da ihnen dieses „sanfteste Mittel, unsichtbare Justizfeinde ohne Beleidigung

³⁴ Vgl. HORST MAGERL, Verwaltungsrechtsschutz in Württemberg von 1760-1850, Freiburg 1965, S. 15 und 24, nach dem sich die Gutachten etwa der Tübinger Juristenfakultät unabhängig davon, ob sie für württembergische oder auswärtige Behörden angefertigt wurden, sehr häufig auf die Reichs- und kaum auf die territoriale Literatur und Rechtslage stützten.

³⁵ WELCKER, a. a. O., S. 229.

³⁶ GÖNNER, Handbuch², Bd. 1, S. 104; WELCKER, a. a. O., S. 228; WEITZEL a. a. O.

³⁷ GÖNNER, Handbuch², Bd. 1, S. 97. Typisch dafür ist etwa der Entwurf der fuldaischen Gerichtsverfassung, hg. von EUGEN THOMAS, Frankfurt am Main 1784, S. 23: „Werden Aktenversendungen ohne vorhergegangene Berichte und wirkliche Bewilligung des höchsten Landesfürsten keineswegs den Aemtern gestattet.“ In Preußen wurde die Aktenversendung schon sehr viel früher eingeschränkt. Bereits 1703 hatte König FRIEDRICH I. in seiner Instruktion vom 4. Dezember (betreff. das neuerrichtete Oberappellationsgericht) die Versendung der Akten von diesem höchsten Gericht an auswärtige Spruchbehörden ausgeschlossen. Durch Allerhöchste Kabinettsordres vom 2. April 1746 (v. KAMPTZ, JB Bd. 59, S. 84 und 85) wurde schließlich die Aktenversendung gänzlich untersagt. Allgemein abgeschafft wurde die Aktenversendung allerdings erst durch die Anordnung des mündlichen Verfahrens in den Reichsjustizgesetzen, doch noch nach dem Inkrafttreten des Gerichtsverfassungsgesetzes von 1879 finden sich in den Personallisten der Fakultäten die Spruchkollegien aufgeführt, vgl. BÜLOW, S. 54, Anm. 381.

³⁸ Hiervon ist nach Untergang des Reiches und der Erlangung bundesverfassungsmäßiger Souveränität der Landesfürsten so reichhaltig Gebrauch gemacht worden, daß WELCKER 1845 mit Resignation feststellt, daß es wohl keinen Zweck hätte, für eine Revision der eingeleiteten Entwicklung zu plädieren. Seine Darstellung des Rechtsinstituts der Aktenversendung im Staatslexikon würde daher ihren Zweck erreicht haben, wenn sie der „weiteren Zerstörung dieses wohlthätigen Instituts entgegenwirken“ könnte (234).

unschädlich zu machen“³⁹, ein ständiger Dorn im souveränen Auge sein mußte. Der Bedeutungszuwachs, den das Versendungsverfahren aus den genannten Gründen für die Parteien erfuhr, hat aber die gerichtliche Anfrage nicht obsolet gemacht. Bis in das 19. Jahrhundert hinein konnte es auch für den mit der Entscheidung eines Rechtsstreits betrauten Richter gute Gründe geben, sich der Aktenversendung zu bedienen. Zumal wenn es um einen Prozeß im Interessenbereich des Dienstherrn ging, war mit Hilfe der unparteiischen Rechtsbelehrung und -weisung eigener Entscheidungsdruck abzuwälzen und konnten die Abnahmehancen für möglicherweise inopportune Ergebnisse verbessert werden.

3. Genau dies scheinen die Donau-Eschinger Appellationsrichter bezweckt zu haben. Von ihren Überlegungen wissen wir etwas mehr, als über die Motive des Hüfinger Oberamts. Der Berichterstatter des Gesamtverfahrens, der Göttinger Fakultätsrichter JUSTUS FRIEDRICH RUNDE, nimmt in seiner Darstellung auf die aus den Akten ersichtliche Meinung des anfragenden Gerichts ständig Bezug, so daß sich dessen Situation recht gut rekonstruieren läßt. Zunächst einmal fällt die Begründung auf, mit der die Appellationsrichter ihre Anfrage in Göttingen rechtfertigten. Sie haben, so wird gesagt, „nicht nur in Hinsicht auf die vorliegende Sache selbst, sondern auch wegen der daraus zu besorgenden bedenklichen Folgen, und des sowohl für die Unterthanen, als die Landesherrschaft dabey vorwaltenden unübersehbaren Interesse . . . und aus mehreren anderen Ursachen Anstand genommen, darin nach eigenem Gutfinden zu entscheiden, und deshalb einmüthig sich entschlossen, hierüber ein auswärtiges unpartheisches Gutachten zu ihrer eigenen Beruhigung und Belehrung einzuholen.“ Die Anfrage, so wird weiter mitgeteilt, sei aber auch wegen der allgemeinen Bedeutung des Gegenstands erforderlich geworden, denn es stehe zu erwarten, daß die fürstliche Regierung als Appellationsinstanz noch über weitere Allmendenteilungen in anderen fürstenbergischen Gemeinden werde richten müssen, und sie wolle dies nicht aus eigener Machtvollkommenheit tun⁴⁰.

So viel Zurückhaltung muß aufmerksam machen. Stellt man dieser gedämpften Beurteilungsfreude die zahlreichen Äußerungen gegenüber, die

³⁹ GÖNNER, Staatsrecht, a. a. O. Aus heutiger Sicht erörtert CLAUDIETER SCHOTT die Aktenversendung vornehmlich unter dem Gesichtspunkt der Verhinderung einer landeseinheitlichen Rechtsprechung, vgl. Rechtsgrundsätze, S. 75, doch sollte auch diese Einschätzung nicht übersehen, daß jener Institution nach Untergang des Reiches die wichtige Funktion der Wahrung der Kontinuität zwischen der alten Reichsgerichtsverfassung und den neuen Territorialgerichtsverfassungen zufiel.

⁴⁰ Beyträge, S. 4 f.

gerade für jene Zeit eine übermäßige Kompetenzenmaßung durch die Gerichte beklagen⁴¹, so verstärkt sich der Eindruck, daß es hier weniger um die Rechtsbelehrung, als vielmehr um die Verteilung von Entscheidungsverantwortung gegangen ist. Diese wäre aber für die fürstliche Regierung nur dann eine wirklich schwere Bürde gewesen, wenn sich die Richter mit ihrem Urteil in Widerspruch zu dem Gutachten der Hofkammer setzen wollten. Daher liegt es nahe anzunehmen, daß das Appellationsgericht vor allem deshalb Entscheidungshilfe angefordert hat, weil es einerseits eine unüberwindliche Abneigung gegen die Reformideen der fürstlichen Administration verspürt, andererseits aber sich gescheut hat, ein ablehnendes Urteil ohne weitere Rückendeckung zu verantworten.

Bemerkenswert ist, daß das Untergericht in Hüfingen keine Bedenken hatte, den Streit nach „eigenem Gutfinden“ und hergebrachter Meinung zu entscheiden, während die prominentere Instanz bestrebt war, ihre Legitimationsbasis durch auswärtigen Professorenspruch zu verbreitern. Genauer betrachtet dürfte aber gerade dieser Umstand die Lage der Gerichte treffend widerspiegeln. Denn trotz der grundsätzlich allen Gerichten zugesicherten Unabhängigkeit im Rechtsprechen standen die obersten Landeskollegien in einer viel engeren Beziehung zu Fürst und Regierung als die — oft als ständische Organisationsform ererbte und der Zentralverwaltung nur lose eingepaßte — Untergerichtsbarkeit. Wenn daher ein Konflikt die Belange des Landesherrn berührte, konnte aus der Sicht eines hohen Landesbeamten richterliche Entscheidungsgewalt nicht nur Lust, sondern auch gefährliche Last sein. Ein Urteil, das gar Regierungspläne sabotierte, bedurfte also sorgfältigster Vorbereitung, und die Aktenversendung bot sich in einem solchen Fall als kritikabweisender Neutralisierungsfaktor geradezu an.

Zwar bestand bei dieser Institution grundsätzlich das Risiko, daß die befragte Fakultät eine nicht intendierte Entscheidung traf, doch dieses Risiko

⁴¹ Auch diese Beschwerden zielen auf das oben (Anm. 13) angesprochene Konkurrenzverhältnis zwischen Justiz und Verwaltung, welches nicht zuletzt durch die in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts einsetzenden Verrechtlichungstendenzen eine derartige Schärfe angenommen hat, daß ein regelrechter Kleinkrieg zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden die Folge war. Vgl. etwa als eines von vielen Beispielen den zähen Kampf um die Aburteilung eines Mehldiebes, der von hessischen Justiz- und Verwaltungsbehörden ausgefochten wurde und dessen Verlauf aus den Neuen Annalen für Gesetzgebung, Rechtsgelehrsamkeit und Rechtspflege in den Kurhessischen Staaten, hg. von BERNHARD CHRISTIAN DUYSSING, Rinteln 1804, entnommen werden kann (Bd. 1, Heft 2, S. 104 ff., Heft 4, S. 95 ff.). Vgl. auch die kritische Abhandlung von ERNST FERDINAND KLEIN, Ist es gut, daß die Justiz sich in alles mischt?, Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preussischen Staaten, Bd. 2, Berlin/Stettin 1788, S. 15 ff.

war kalkulierbar. Im Rahmen der Gerichtsanhörung wurde das Spruchgremium allein durch die nachsuchenden Richter festgelegt, und die Auswahl einer bestimmten Fakultät war wohl recht häufig mit der berechtigten Hoffnung auf eine bestimmte Entscheidung verbunden. Die Professoren waren ja regelmäßig keine Unbekannten und hatten ihre Meinung nicht selten veröffentlicht. So findet sich denn auch im vorliegenden Fall der Hinweis darauf, daß das Gericht von Donau-Eschingen die Göttinger Juristenfakultät vor allem deshalb ausgewählt hat, weil ihm bekannt war, daß in der dortigen Gegend schon häufiger Allmendenteilungen durchgeführt worden seien. Die Göttinger Professoren könnten daher, so heißt es, bei ihrer Begutachtung des fürstenbergischen Falles bereits auf „zweckmäßige Grundsätze“ zurückgreifen⁴². Interessiert man sich dafür, wie diese zweckmäßigen Grundsätze ausgesehen haben, so wird man an späterer Stelle darüber aufgeklärt, daß der angesprochenen Teilungspraxis als Maßstab nur die bestehenden Benutzungsrechte der Bauern gedient hätten, während eine Aufteilung nach Kopfbzahl verworfen worden sei⁴³. Es ist kaum anzunehmen, daß dies für das Appellationsgericht eine Überraschung darstellte.

Die Tatsache der Anfrage und die Wahl der Göttinger Juristenfakultät als Entscheidungsgremium machen bereits deutlich, daß das Gericht den gesellschaftspolitischen Stellenwert seiner Tätigkeit genau einzuschätzen wußte und daraus verfahrenstaktische Konsequenzen zog. Noch klarer kommt jenes Bewußtsein aber zum Ausdruck, wenn man die wörtliche Formulierung des richterlichen Ersuchens heranzieht. Die Göttinger Professorenrichter werden ausdrücklich gebeten, nicht nur ihre „auf positive und staatsrechtliche“, sondern auch auf „politische und landwirtschaftliche Grundsätze gegründete Meinung über den erwähnten Gegenstand zu eröffnen“⁴⁴. Das positive Recht ist also nur ein Beurteilungskriterium unter mehreren, und man hat nicht den Eindruck, daß es als das wichtigste betrachtet wurde. Man muß sich geradezu in Erinnerung rufen, daß hier nicht etwa eine Gelehrtenmeinung abgefragt, sondern um die verbindliche Entscheidung eines Rechtsstreits nachgesucht wurde, um die Tragweite der Wortwahl richtig einzuschätzen. Denn deutlicher konnte kaum zum Ausdruck gebracht werden, daß die Richter aus

⁴² Beyträge, S. 5.

⁴³ Beyträge, S. 58 ff. Ablauf und Ergebnisse der in Bezug genommenen Teilungsverfahren sind von dem damit beauftragten Regierungskommissar MAYER in einer eigenen Publikation der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden: Von der Gemeinheitsaufhebung und Verkoppelung in den Chur-Braunschweig-Lüneburgischen Landen, Göttingen 1784, S. 29 ff.

⁴⁴ Beyträge, S. 5.

Donau-Eschingen keinen Moment davon ausgingen, der Gehalt des zu erlassenden Urteils läge in der justizförmigen Befriedung eines Parteienzwists, ebenso, wie sie sich der Tatsache gewiß waren, daß die Problemlösung nicht etwa mit Hilfe formaler Schlußverfahren aus dem Gesetz abzuleiten sei. Derartige Funktionsbeschreibungen kann man zwar auch zu jener Zeit in der Justizliteratur finden⁴⁵, das Selbstverständnis unserer Richter haben sie aber offenkundig nicht gelehrt. Vielmehr waren die sich nicht nur der sozialen Reichweite der konkreten Entscheidung, sondern auch der politischen Implikationen ihrer Entscheidungskompetenz voll bewußt. Wird doch einerseits auf die „bedenklichen Folgen“ verwiesen und andererseits — taktisch kluger — Machtverzicht geübt. Allerdings geschah letzteres nicht, ohne daß den Göttinger Kollegen ein Wink in Hinblick auf das gewünschte Ergebnis gegeben wurde, so daß die Entscheidungshaltung nur scheinbar bestand⁴⁶.

IV. 1. Auch die Göttinger Fakultätsrichter haben ihre Entscheidungskompetenz in der fraglichen Sache nicht leicht genommen. Das geht bereits aus dem Umfang ihres Gutachtens hervor. In *RUNDES Beyträgen* umfaßt es 70 Seiten — mehr als das Doppelte des Durchschnittswertes, der aufgrund der 38 dort veröffentlichten Gutachten der Göttinger Spruchfakultät ermittelt werden kann.

Der Richterspruch wird eingeleitet mit einer Stellungnahme zu der Frage, ob überhaupt eine Gemeindemehrheit darüber befinden könne, daß die kommunalen Weiden aufzuteilen seien. Dies ist deshalb interessant, weil gar nicht umstritten war *daß*, sondern nur *wie* geteilt werden sollte. Es scheint, als wollte das Göttinger Kollegium die Gelegenheit beim Schopfe packen, auch zu dieser heiklen Frage seine Meinung kundzutun (wer weiß, ob sich nochmals eine so günstige Gelegenheit ergeben hätte?). So wurde der fürstenbergische Streit zum Anlaß genommen, das Prinzip der Stimmenmehrheit prinzipiell zu würdigen. Das Ergebnis fiel vernichtend aus. Weder im allgemeinen noch im speziellen Fall der Allmendenteilung handle es sich dabei um einen Grundsatz des natürlichen oder überhaupt notwendigen gesellschaftlichen Rechts. Vielmehr sei „die angebliche Regel von dem Gewichte der Stimmenmehrheit den richtigern Grundsätzen des natürlichen und positiven Rechts zuwider“⁴⁷. Wenn man aber, wie es das anfragende Gericht aus-

⁴⁵ Vgl. etwa den oben (Anm. 12) genannten Beitrag von E. F. KLEIN. Die zeitgenössische Literatur findet sich bei GLÜCK, *Pandecten*², Bd. 1, S. 205 ff.

⁴⁶ Dazu unten S. 89.

⁴⁷ *Beyträge*, S. 32.

drücklich verlangt habe, auf die staatsrechtliche und politische Seite der Sache abstelle, so müsse das Mehrheitsprinzip gänzlich verworfen werden. Das höchste Bedürfnis und die heiligste Stütze aller öffentlichen Verfassung und das erste wesentliche Stück der bürgerlichen Freiheit sei die Sicherheit des Eigentums. Ein Unternehmen aber, das, wie das Prinzip der Stimmenmehrheit, dieses Leitmotiv gefährde, indem es das Eigentum der Beliebigkeit des „großen Haufens“ aussetze, sei Despotismus und als „Volks-Despotismus ein weit fürchterlicheres Ding . . ., als jede andere Art einer unumschränkten Allgewalt“. Die Erfahrung „unserer Tage“, meint RUNDE, habe dies zu stark bewiesen, „als daß man Stimmenmehrheit in Gemeinde- und Volksangelegenheiten, gegen natürliche und positive Rechte, ohne die dringendste Ursache begünstigen sollte. Sie setzt die wohlhabenden festen Bürger des Staats, welche überall die geringere Zahl ausmachen, in eine der öffentlichen Verfassung höchst gefährliche Abhängigkeit, und gibt dem großen Haufen Muth, alles zu unternehmen, ohne daß der Unruhestifter dabey etwas weiter zu wagen braucht, als in dem Falle eines mißlungenen Streichs über die Grenze zu gehen, und eine bürgerliche Gesellschaft zu verlassen, worin er wenig oder nichts zu verlieren hat. Politische und rechtliche Rücksichten fordern also, daß Jedermann bey seinen wohl erworbenen Rechten gegen jeden Angriff, wenn diesem auch durch Stimmenmehrheit Ansehen verschafft werden wollte, von der Landesregierung geschützt werde⁴⁸.“

Damit sind die Prioritäten genannt. Die bestehende politische Ordnung muß gegen Angriffe verteidigt werden, damit in ihr das bestehende Eigentum verteidigt werden kann. Unruhestifter, die nichts haben und deshalb alles wagen und sich zu diesem Zweck auf das Mehrheitsprinzip berufen, müssen in ihre Schranken gewiesen werden; von der Landesregierung, wie es hier noch heißt, wenn diese aber versagt vom Gericht, wie wir an späterer Stelle sehen werden.

2. Nachdem nun feststeht, daß Allmendenteilungen gegen den Willen der Berechtigten überhaupt nicht vorgenommen werden dürfen, wird, für den hier vorliegenden Fall einer unumstrittenen Teilung, der Maßstab ermittelt, der dem Vergabeverfahren zugrunde zu legen sei. Das Ergebnis ist schnell

⁴⁸ Beyträge, S. 35. Angesprochen ist hier offensichtlich die französische Revolution, die, anders als DIETHELM KLIPPEL es in seinem Buch über Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, Paderborn 1976, S. 180 ff., darstellt, keineswegs nur die Rezeption der liberalen Postulate, sondern auch reaktionäre Stellungnahmen der Naturrechtler befördert hat. Zur politischen Einstellung RUNDES vgl. WOLFGANG NEUSÜSS, Gesunde Vernunft und Natur der Sache, Studien zur juristischen Argumentation im 18. Jahrhundert, Berlin 1970, S. 101: „Ein Freund von Revolutionen war Runde nicht.“

gefunden, denn „Recht und Billigkeit“ forderten, „daß ein jeder bey der Theilung nur nach Verhältniß seiner schon erworbenen Rechte und des daran bisher gehabtens Nutzens oder Benutzungsrechts gewinnen müsse“, und das heiße nichts anderes als Teilung nach den bisher praktizierten Viehauschlagsordnungen⁴⁹. Diese würden in Donau-Eschingen schon fast ein Jahrhundert gelten, und es habe sich nie jemand über ihre Anordnungen beschwert. Wieviel weniger sei Klage berechtigt, wo jetzt die Benutzungsrechte in Eigentum umgewandelt werden sollen⁵⁰.

Schon gar nicht könne ein angebliches Gleichheitsrecht der Bürger für die Verteilung nach Kopffzahl ins Feld geführt werden. Wenn damit Gleichstellung hinsichtlich der materiellen Güter gemeint sei, so gehörten solche Reflexionen in den Bereich der revolutionären Theorie⁵¹, wenn aber auf die Gleichheit des Bürgerrechts abgestellt werde, so müsse man darauf hinweisen, daß „das Recht, welches der Bürger als Bürger durch Zahlung des Bürgergeldes gewinnt, . . . mehr in einer Gleichheit der Erwerbsfähigkeit, als in der Gleichheit der auszuübenden Theilnahme“ bestehe⁵².

3. Mit dieser Feststellung hätte man es bewenden lassen können, wenn nicht die Besonderheit unseres Falles darin gelegen hätte, daß der Landesherr persönlich auf Seiten der „Unruhestifter“ gestanden und seinem Interesse mit der Beauftragung eines fiskalischen Anwalts Nachdruck verliehen hat. Unter diesen Umständen sah sich das Gremium veranlaßt, die Rolle der obersten Gewalt im Rahmen von Allmendenteilungen zu ventilieren. Das Problem wurde auf die Fragen zugeschnitten, „wie weit der Landesherr bey diesem Rechtshandel wegen Theilung der Allmenden interessirt sey, und ob landesherrliche Machtvollkommenheit darin ebenfalls nach Willkür den Ausschlag geben könne“⁵³. Bezüglich des ersten — fiskalischen — Gesichtspunktes wird ein Interesse des Landesherrn eilfertig bejaht, weil auch die fürstliche Sennelei betroffen sei. Diese war aber nach dem umstrittenen Teilungsplan vorab-

⁴⁹ Beyträge, S. 38/41. RUNDE bezieht sich zur Abstützung seiner Meinung auf CHRIST. LUDOLPH REINHOLD, der in seiner 1780 erschienenen Schrift: Welche Grundsätze sind bey der Theilung der Gemeinheiten die vorteilhaftesten? gleichfalls vehement gegen die Teilung nach Kopffzahl argumentiert („als ob man nach dem Sündenregister theilen wollte.“).

⁵⁰ Beyträge, S. 50.

⁵¹ Beyträge, S. 53. Den Klägern nützt es auch nichts, daß sie sich darauf berufen können, daß in benachbarten Ländern (vgl. oben Anm. 26) von den dortigen Landesherrn ähnliche Versuche unternommen worden sind, die Allmenden „ohne Rücksprache mit den überall gleich halsstarrigen und mit Vorurtheilen befangenen Bauern“ zu verteilen, da dergleichen (nach Auffassung RUNDES) weder legitim noch politisch klug sei (68 f.).

⁵² Beyträge, S. 56.

⁵³ Beyträge, S. 64.

gefunden worden, und zwar, pikanterweise, nach den bestehenden Viehauschlagsordnungen. Die Göttinger versäumen es nicht, auf diesen Umstand genüßlich zu verweisen. Da schließlich das Sennereirecht des Fürsten Privatrecht sei, wie das der beklagten Bauern auch, könne nicht eingesehen werden, weshalb die Viehzahl in dieser Beziehung einen „schicklichen Maßstab“ abgegeben habe, während dies bei den übrigen Interessenten in Zweifel gezogen werde⁵⁴.

Nach dieser geschickten Relativierung der landesherrlichen Großzügigkeit wird der eigentlich wunde Punkt an der Sache, die uneingeschränkte Regierungsgewalt des Landesfürsten, sehr knapp abgefunden. Das Recht zur „höchsten Oberaufsicht und Obervormundschaft“ sei bei den Allmendenteilungen dadurch zu verwirklichen, daß dafür Sorge getragen werde, „daß die gute Absicht bey der Aufhebung der Gemeinheit durch die zweckmäßigsten Mittel und ohne Verkürzung wohlerworbener Rechte irgend eines bey der Sache interessirten Theils zu Stande gebracht werde“⁵⁵. Aus ihm lasse sich aber nicht die Dispositionsbefugnis über fremdes Privateigentum oder dem Eigentum inbegriffene Rechte ableiten. Einer Allmendenteilung, welcher das Gutdünken des Landesherrn zum Maßstab diene, sei daher, wie jeder andere Eingriff in Eigentum auch, als despotische Beeinträchtigung zu beurteilen, gegen die Bürger und Gemeinde zu schützen seien. Es handle sich um einen „Machtspruch“, der sich nur in „ganz außerordentlichen Fällen, wo die Erhaltung der allgemeinen Wohlfahrt mit der Sicherheit des Privat-Eigentums im Widerspruche steht, rechtfertigen“ ließe⁵⁶. Das Gutachten nimmt hier — unter Berufung auf PÜTTER und STRUBENS — Bezug auf die herrschende Lehre vom *ius eminens* des Fürsten, welche, gegen Entschädigung, auch Eingriffe in die wohlerworbenen Rechte seiner Untertanen zugelassen hat. Aber, so heißt es gleich darauf, „dergleichen Collision ist auch in dem Falle nicht anzunehmen, wenn etwa die zum unverkennbaren Nutzen des

⁵⁴ Beyträge, S. 65.

⁵⁵ Beyträge, S. 66.

⁵⁶ Beyträge, S. 68. Die Verwendung des Begriffs ‚Machtspruch‘ an dieser Stelle ist insofern bemerkenswert, als damit ganz untechnisch der von den Beklagten mißbilligte Teilungsmaßstab nach Kopfzahl angesprochen ist. Gerade für diese untechnische Verwendung des Begriffs wird an anderem Ort in einem von RUNDE verfaßten Parteigutachten für den Fürst-Bischof zu Hildesheim (Beyträge, S. 245 ff.) die Gegenpartei mit Hohn und Spott übergossen und muß sich den Vorwurf mangelnden Sachverständes gefallen lassen, da sich die „genau bestimmte Bedeutung des Wortes“ darauf beziehe, daß ein Regent unter „Beyseitsetzung des ordentlichen Verfahrens, oder eines den Gesetzen und Acten gemäßen richterlichen Ausspruches einen Rechtshandel willkürlich entscheidet“ (270). RUNDE bedient sich also im Allmenden-Fall der negativen Suggestivkraft des Wortes Machtspruch ebenso selbstverständlich, wie er die Berechtigung hierzu dem jeweiligen Gegner streitig macht.

Staats gereichende Aufhebung der Gemeinheit, jener Verschiedenheit der Meinungen wegen, unterbleiben, und damit ein großer Theil der Reichthümer des Landes vergraben bleiben müßte; da alle die dadurch entgehenden Vortheile die gefährliche Wunde nicht zu heilen vermögen, welche dem Staate durch die willkürliche Verletzung der Freyheit und Sicherheit des Eigenthums zugefügt wird“⁵⁷.

Damit sind die Fronten abgesteckt. Privateigentum geht vor Allgemeinwohl. Der Landesherr, der sich soweit vergißt, diesen obersten Grundsatz zu mißachten — sei es auch in der guten Absicht, Unbegüterten durch die Allmendenzuweisung „aufzuhelfen“⁵⁸, ist ein Despot und muß vom Richter mit allem nötigen Respekt zur Ordnung gerufen werden. Die absolutistische Theorie von der unbeschränkten Machtvollkommenheit und auch das *ius eminens* werden nicht eigentlich in Frage gestellt, sind aber, sobald sie auf das Rechtsgut Eigentum treffen, angesichts der überpositiven Begründung dieses Instituts, nur noch stumpfe Waffen.

4. Den Ausführungen über verfassungsgemäße Teilungsmaßstäbe und Grenzen landesherrlicher „Obervormundschaft“ in bezug auf die Durchführung der Teilungen wird noch eine taktische Belehrung an die Seite gestellt. Die Vergabe nach den vorhandenen Besitzständen stoße gewöhnlich bei den Betroffenen nicht auf Schwierigkeiten, „wenn nur diejenigen, welche das ganze Geschäft zu leiten haben, darüber unter sich selbst gehörig einverstanden sind, und den Interessenten die Gründe der Billigkeit, worauf der in Vorschlag kommende Theilungs-Maßstab beruhet, einleuchtend genug darzustellen wissen“⁵⁹. Mit anderen Worten: Die fürstliche Hofkammer müsse sich die Legitimationsprobleme, die ihr aufgrund des laufenden Rechtsstreits erwachsen seien, selber zuschreiben, da sie die Ungeschicklichkeit besessen habe, rechtswidrige Verteilungspläne zu publizieren, welche zwar „in einem revolutionären Zustande des Staats mit Gewalt geltend gemacht werden“ könnten, denen aber „bey noch bestehender Landes-Gerichts- und Gemeinde-Verfassung“ weder „rechtliche noch politische Rücksichten“ zur Empfehlung dienen⁶⁰.

V. 1. Weshalb nach Überzeugung des Göttinger Gutachtens die politischen Gründe es verbieten, Allmendenteilungen nach Kopffzahl vorzunehmen, ist deutlich genug gesagt worden. Man fragt sich aber, welche recht-

⁵⁷ Beyträge, S. 68.

⁵⁸ Beyträge, S. 57.

⁵⁹ Beyträge, S. 36 f.

⁶⁰ Beyträge, S. 53.

lichen Bedenken dem Vorhaben eigentlich im Wege standen, obwohl es an positiven Regelungen oder gesichertem Herkommen auch nach Auffassung der Gutachter fehlte⁶¹. Eine Antwort darauf findet sich in der Einleitung des Gutachtens, noch bevor die Sache selbst erörtert wird. Zur Frage des angewendeten Rechts führt der Referent aus, daß man die Entscheidung des Falles „aus der Natur der Sache als der letzten Quelle aller anwendbaren Rechte hergeleitet“ habe, wobei auch das zum Tragen gekommen sei, was nach den allgemeinen und besonderen politischen und ökonomischen Verhältnissen angemessen schien. Die rechtlichen Bedenken sind also naturrechtliche Bedenken gewesen, und was dem Naturrecht entsprach hat man mit Hilfe politischer und wirtschaftlicher Überlegungen ermittelt. Dabei ist man nicht etwa willkürlich verfahren, sondern hatte eine klare Vorstellung von dem, was auf keinen Fall in die Entscheidung eingehen durfte. Es wurden nämlich — und zwar auch nach Wunsch des anfragenden Gerichts — „solche politischen Grundsätze“ nicht berücksichtigt, „welche eher zu mißlichen Veränderungen und Umkehrungen einer öffentlichen Verfassung leiten, als dasjenige ins Licht setzen, was der bisher wirklich bestehenden dienlich seyn kann“. Derartigen Rücksichten, und auch da gehe man mit den Kollegen aus Donau-Eschingen einig, habe man um so weniger nachgeben können, „als Untersuchungen dieser Art ohnehin außer der Sphäre eines Collegii liegen, welches nicht de iure condendo, sondern de iure constituto zu respondiren sich auctorisiert hält“⁶².

Das klingt bescheiden. Gerichte sind also dazu da, bestehendes Recht anzuwenden und nicht künftigen Rechtsentwicklungen vorzugreifen. Auf den ersten Blick könnte man versucht sein, diese Wendung als verspätete Verbeugung vor dem positiven Recht auf Kosten richterlicher Gestaltungsspielräume und damit als Anerkennung einer richterlichen Gesetzesbindung⁶³ zu verstehen. Es ist aber, wie der Zusammenhang ergeben hat, gerade nicht das gesetzte Recht, dem hier ein Tribut gezollt wird, sondern die überpositive Verfassung, so wie sie sich in den Augen der Göttinger Professoren-Richter als aus der Natur der Sache folgend darstellt. An dieser muß sich, wie RUNDE in einem anderen Rechtsgutachten ausführt, sogar der Gesetzgeber

⁶¹ Beyträge, S. 6.

⁶² A. a. O.

⁶³ Vgl. KARL HEINRICH GROS, Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts, Stuttgart und Tübingen 1802, § 367: „Ist der Sinn eines Gesetzes mit Gewißheit ausgemittelt, so muß der Richter dasselbe genau, wie es lautet, anwenden, wenn ihm auch die Verordnung desselben hart oder unzweckmäßig scheinen sollte; denn der Richter soll nicht über die Gesetze, sondern nach den Gesetzen richten.“

messen lassen, „wenn seine Normen nicht für Auswürfe des Despotismus gehalten werden sollen“⁶⁴. Und auch im Allmendenstreit wurde kein Hehl daraus gemacht, daß ein Landesherr, der in Eigentum oder eigentumsähnliche Rechte eingreift, Machtsprüche fällt, vor denen die Betroffenen zu schützen seien.

Hinter der zurückhaltenden Formulierung, daß sich das befaßte Collegium nur für berechtigt halte, *de iure constituto* und nicht *de iure condendo* zu entscheiden, verbirgt sich daher für den Fall, daß hoheitliche Maßnahmen im Streit stehen, nicht mehr und nicht weniger als der Anspruch, über die Rechtmäßigkeit von Regierungshandlungen durch Richterspruch zu befinden. Dabei verdient besondere Beachtung, daß die Prüfung, ob etwas rechtmäßig oder rechtswidrig sei, sich keineswegs auf rechtliche Erwägungen beschränkt, sondern ausdrücklich auch politische und wirtschaftliche Gesichtspunkte einbezieht, daß letztere, wie unser Fall bewiesen hat, bei der Entscheidung sogar den Ausschlag geben können. Wie der Zusammenhang mit den „mißlichen Veränderungen“ deutlich macht, geht es dabei aber keineswegs darum, mit dem Argument der Natur der Sache und den damit verbundenen außerdogmatischen Erwägungen einen Entscheidungsspielraum zu schaffen, der Platz für neue gesellschaftliche Entwicklungen geboten hätte. Vielmehr werden naturrechtliche Grundsätze gegen Veränderungsabsichten eingesetzt, ganz gleich, wer sie vertritt. Der Rekurs auf die bestehende Gerichtsverfassung deutet an, von wo — im nichtrevolutionären Status — der Widerstand zu erwarten sei. Der Richter, der dem *ius constitutum* verpflichtet ist, ist dies eben auch gegenüber dem naturrechtswidrig handelnden Landesherrn.

Der Hinweis auf die Natur der Sache als letzter Quelle allen Rechts zeigt deutlich die Handschrift des Berichterstatters RUNDE, und auch der Inhalt der Entscheidung läßt eine maßgebliche Beteiligung dieses Gelehrten vermuten. Als überzeugter Verteidiger der ständischen Rechte und Freiheiten hat er auch sonst kaum eine Gelegenheit ausgelassen, gegen die „despotischen“ Gesetzgebungspläne aufgeklärter Fürsten Stellung zu beziehen, sofern sie in alte Gerechtsame eingriffen⁶⁵. Aber die Entscheidung ist, wie eingangs mitgeteilt wird, „einmüthig“ getroffen worden, und auch bei der Offenlegung des richterlichen Selbstverständnisses bezieht sich RUNDE auf die Zustimmung aller Kollegen, so daß man es hier nicht nur mit der Meinung eines einzelnen Gelehrten, sondern mit den Überzeugungen des gesamten Spruchkörpers zu tun hat.

⁶⁴ Beyträge, S. 422.

⁶⁵ Neusüss, a. a. O. (Anm. 48), S. 99 ff.

2. Dem naturrechtlichen Argument kommt im vorliegenden Fall also die Funktion zu, den Richter zur Kontrolle der fürstlichen Ordnungsgewalt zu legitimieren. Inhaltlich wird damit eine Rückbindung an das Wertgefüge der vorbürgerlichen Gesellschaft ermöglicht. Darin scheint ein Widerspruch zu der heute verbreiteten Meinung zu liegen, wonach gegen Ende des 18. Jahrhunderts das Naturrecht zum Medium aufgeklärter politischer Theorie avanciert war, welches in offener Frontstellung zum positiven Recht im vorkonstitutionellen Zeitraum eine Art Verfassungersatz darstellte⁶⁶. Tatsächlich aber enthält gerade der vorliegende Fall eine Bestätigung jener These. Denn in der Tat stellt das Göttinger Gutachten die Grundsätze der Natur der Sache über das positive Recht und vor allem über die Regierungshandlungen von Fürst und Hofkammer. Auch ist das Gleichheitspostulat der Aufklärung, welches durch den Richterspruch verletzt scheint, nie im Sinne einer materiellen Gleichheit der Güterverteilung verstanden worden. Vielmehr war die rechtliche Gleichheit (bezogen auf die „ursprünglichen Rechte der Menschheit“⁶⁷) geradezu die Voraussetzung dafür, daß es in Hinblick auf die erworbenen Rechte zu Ungleichheiten kommen konnte⁶⁸. Überspitzt ausgedrückt wäre nach damaligen Vorstellungen die Gleichheit der Güterverteilung unter den Prämissen von Freiheit und Gleichheit „der ärgste Verstoß gegen die rechtliche Gleichheit“⁶⁹ gewesen, da diese eine „Gleichheit der Freiheit“ war, welche den unterschiedlichen Gebrauch dieser Freiheit miteinschloß⁷⁰. Wenn also die Göttinger Richter unter der Federführung RUNDES

⁶⁶ KLIPPEL, a. a. O. (Anm. 48), S. 184 ff.

⁶⁷ THEODOR VON SCHMALZ, Das natürliche Staatsrecht, Königsberg 1804, S. 101 ff., KLIPPEL S. 162 f.

⁶⁸ KLIPPEL, S. 163. HANS-WOLF JÄGER, Zur Verteidigung des Adels im deutschen Frühkonservatismus (1790-1800), in: Legitimationskrisen des deutschen Adels 1200-1900, hg. von P. U. HOHENDAHL und P. M. LÜTZELER, Stuttgart 1979, S. 177 ff., mit interessanten Nachweisen auch nichtjuristischen Schrifttums, welches die soziale und politische Ungleichheit der Menschen mit ontologischen („Überall gibt es Herren und Knechte“) und harmonietheologischen („offenbar hat also, die Natur und ihr Schöpfer, die Menschen keineswegs zur völligen Gleichheit, sondern vielmehr zu einem Stande der Auferziehung, Unterweisung, wechselseitiger Dienstleistung bestimmt“) Argumenten legitimiert (vgl. JÄGER, S. 179 m. N.).

⁶⁹ So JOHANN PHILIPP A. LEISLER, Populäres Naturrecht, Teil 1, Reines Naturrecht, Frankfurt 1799, Kap. 5, insbesondere S. 36. Aber auch für RUNDE ist die Gleichheit aller der erste Schritt in den Despotismus, vgl. Über die Erhaltung der öffentlichen Verfassung in den Entschädigungslanden, Vorrede, S. V.

⁷⁰ Vgl. die Nachweise bei KLIPPEL a. a. O. Siehe auch LUDWIG HEINRICH JAKOB, Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht, Halle 1795, der eine formale rechtliche Gleichheit (§ 112) anerkennt, die aus dem Begriff des moralischen Wesens fließt. Materielle Gleichheit dagegen, „d. h. allen Rechte von gleichen Inhalten zu geben, ist eine ganz hirnlöse, sich

die Sicherheit des Eigentums als wesentlichstes Stück der Freiheit qualifizierten und unter Berufung auf die Natur der Sache die gemeinwohlorientierten Regierungsakte jener Freiheit unterordneten, so kann hier tatsächlich davon gesprochen werden, daß dem Naturrecht die Rolle einer ‚liberalen‘ politischen Theorie zufiel⁷¹. Im vorliegenden Fall wird aber besonders deutlich, daß damit kein materieller Anspruch auf Gleichstellung aller Bürger verknüpft wurde, sondern daß die liberalen Postulate anfänglich auch und gerade zur Perpetuierung der vorhandenen Besitzstrukturen Verwendung fanden. Es sei, sagt RUNDE dazu, genug Unheil angerichtet worden mit Normen, die darauf abzielten, „mit Aufhebung des Unterschiedes zwischen Begüterten und Unbegüterten, alle Bürger gleich reich zu machen“⁷².

Die naturrechtlichen Argumente schlossen also im Allmendenfall nicht nur eine mehrheitliche Entscheidungsbildung im politischen Bereich, sondern auch jede wirtschaftsplanende Güterverteilung mit dem Ziel mehr materieller Gleichheit aus. Die Begründung hierfür war nicht einmal dem Versuch nach rechtsdogmatisch, sondern beschränkte sich auf rein politische Erwägungen zur Stabilität der Staats- und Wirtschaftsverfassung, verbunden mit dem Hinweis, daß sich aus dem positiven Recht nichts anderes ergäbe (und nichts anderes ergeben könne, da es sonst gegen die natürlichen Grundsätze verstieße und somit unbeachtlich wäre)⁷³.

Keine Rede kann davon sein, daß sich die Leitfunktionen eines so verstandenen Naturrechts auf die Beurteilung des vorhandenen Rechts und die Weisung an den Gesetzgeber bei der Schaffung neuer Normen beschränkt hätte⁷⁴. Vielmehr sollten nach der ausdrücklichen Forderung des Referenten RUNDE

selbst zerstörende Idee, die jemand nur denken darf, um ihre Ungereimtheit sogleich einzusehen“ (§ 118 a. E.). Erst sehr viel später entwickelt sich ein Bewußtsein dafür, daß formale Rechtsgleichheit dem Ideal von Gerechtigkeit durchaus zuwider laufen kann, vgl. als eine der frühesten Stimmen zu dieser Problematik PH. J. SIEBENPFIEFFER, Ueber die Frage unserer Zeit in Beziehung auf Gerechtigkeitspflege, Heidelberg 1823, S. 92: „In Deutschland kann von Rechtsgleichheit nur sehr beziehungsweise die Rede seyn. Die Aufgabe wird seyn, ihr als dem Prinzip, dergestalt nachzustreben, daß sie aus lauter Consequenz nicht zur Rechtsungleichheit wird.“

⁷¹ Zur politischen Funktion des jüngeren Naturrechts im Sinne einer liberalen Theorie vgl. KLIPPEL, a. a. O. (Anm. 48), S. 180 ff.

⁷² Beyträge, S. 54, unter Berufung auf die römischen *leges agrariae*.

⁷³ Auch aus der Sicht einer bereits bürgerlich orientierten Naturrechtstheorie fordert J. H. ZIRKLER im Jahr 1807, daß der Gesetzgeber auf Kosten der Freiheit die Gleichheit nicht befördern dürfe. Denn dies würde niemals dazu führen, daß die Menschen wirklich gleich würden, sondern nur dazu, daß das, was sich „in dem eingeschränkten Gesichtskreise des Gesetzgebers als Gleichheit darstellt“, gegen die natürliche Freiheit durchgesetzt werde, a. a. O. (Anm. 4), Teil 2, S. 84.

⁷⁴ KLIPPEL, S. 191 ff.

die Gründe aus der Natur der Sache die fehlende positive Regelung ersetzen und dem Verwaltungshandeln der Regierung Richtschnur sein⁷⁵. Wo Regent und Regierung dies nicht von sich aus beachteten, seien die Richter aufgerufen, den natürlichen Grundsätzen zur Wirksamkeit zu verhelfen und nur ein gewaltsamer Umsturz könne sie daran hindern.

VI. 1. Das Richterbild, das hier zutage tritt, ist eminent politisch. Der Richter erscheint als Hüter überpositiver Rechtsgrundsätze, die selbst dem Zugriff der Staatsgewalt entzogen sind. Das der Rechtsprechung anvertraute Naturrecht ist Prüfstein obrigkeitlicher Gesellschaftspolitik, und der auf seine Maximen gestützte Richterspruch ist gegenüber jeder ‚despotischen‘ (weil naturrechtswidrigen) Rechtssetzung legitimiert. Maßnahmen der Regierung werden auf diese Weise nicht nur einer Rechts-, sondern auch einer Zweckmäßigkeitkontrolle unterstellt, wenn auch die natur-*recht*-liche Begründung diesen Umstand verschleiert. Dem Argument der Natur der Sache kommt hierbei eine Schlüsselfunktion zu, da es Freiräume schafft, die — bei aller verbalen Normentreue — den Richter in Stand setzen, eigene Wertungen vorzunehmen, ohne einen Anspruch auf autonome Entscheidungsherrschaft zu erheben. Auf diese Weise kann auch ein Gericht, das sich erklärtermaßen nur dem *ius constitutum* verpflichtet fühlt, handfeste Rechtspolitik betreiben, ohne den formalen Rahmen seiner Anwendungskompetenz zu überschreiten. Diese Rechtspolitik war bei RUNDE Ständepolitik, welche eine gewisse aufgeklärte Läuterung erfahren hat, im übrigen aber in den ständischen Freiheitsgarantien das entscheidende Moment der Machtmoderation sah, um despotische Auswüchse der Territorialgewalt zu verhindern.

2. Es spricht alles dafür, daß gerade das Aktenversendungsverfahren wegen der Auswärtigkeit der Spruchgremien und ihrer dadurch gewährleisteten Unabhängigkeit gegenüber den landesherrlichen Disziplinierungsmaßnahmen ein derart selbstbewußtes Entscheidungs- und Begründungsverhalten des Kollegiums begünstigt hat, doch die Haltung der Instanzrichter stand der ihrer Universitätskollegen kaum nach. Man darf wohl unterstellen, daß die hier zum Ausdruck gebrachten Grundsätze der Besitzstandswahrung den sozialpolitischen Überzeugungen jener Klasse entsprachen, der Richter und Professoren häufig selbst angehörten oder der sie zumindest wahlverwandtschaftlich zugetan waren: Der kleinen Gruppe der Habenden, welche die Sicherheit ihrer Güter und wohl erworbenen Rechte nicht

⁷⁵ Beyträge, Bd. 1, S. 6. Desgleichen Bd. 1, S. 194, 209, 343; Bd. 2, S. 352, 461, 491.

den im Rahmen einer obrigkeitlichen Glückseligkeitsstrategie entworfenen Umverteilungsplänen reformfreudiger Fürsten preisgeben wollte. Daß sich dieses Besitzinteresse die Justiz zum Sachverwalter auserkor, war nur konsequent, denn der „Weg Rechts“, auf den ja auch die beklagten Vollbauern im Allmendenstreit bestanden hatten, stellte das einzige Gegengewicht zu mißliebigen Administrativmaßnahmen dar. Wenn auch der ständische Einfluß auf die Gerichte im Schwinden begriffen war, so konnte man doch ein gewisses Vertrauen in die rechtserhaltende Tendenz von Richtersprüchen setzen. Dieser konservativen Hoffnung stand zwar entgegen, daß jedenfalls die Landeskollegien immer mehr unter den Einfluß des Fürsten gerieten, der mit ihnen häufig durchaus eigene Pläne verfolgte, doch die fürstliche Exekutionsmacht wurde im Justizbereich durch das Unabhängigkeitsdogma abgebremst, auf welches sich auch die absoluten Regenten eingelassen hatten und das durch die Aktenversendung wirkungsvoll ergänzt wurde.

Insofern war der unabhängige Richter, der die landesherrliche Gesellschaftsplanung an der Elle des — hergebrachten — Rechts maß und zudem mit Hilfe der naturrechtlichen Dogmatik formal unangreifbare Entscheidungen lieferte, welche seine Wertungen als Folgerungen aus vorgegebenen und nicht disponiblen Prämissen erscheinen ließen, ein wichtiger Aktivposten in der Bilanz der ständisch-konservativen Gesellschaftspolitik. Unter der freilich ungesicherten Prämisse, daß sich die Richter tatsächlich dem ‚wahren‘ *ius constitutum* verpflichtet fühlten, bestand gute Aussicht, über die Justiz einen Kontrollanspruch zu realisieren, der auf machtpolitischem Feld längst verloren war. Ob ein so agierender Richter nicht nur faktisch, sondern auch seinem Selbstverständnis nach eine konservative politische Funktion ausübte, kann aufgrund unseres Falles nicht generell entschieden werden. Daß aber die hier beteiligten Richter auf allen Ebenen ihrer Tätigkeit die gesellschaftspolitische Tragweite ihrer Entscheidung erkannt und sich darauf eingestellt haben, steht außer Zweifel, und es gibt wenig Grund zu der Annahme, daß es sich dabei um ein singuläres Ereignis gehandelt hätte.

3. Knüpft man nun an die Ausgangsfrage an, welche auf die Gründe zielte, die seinerzeit eine streng domestizierte Rechtsprechung empfahlen, so hat der vorliegende Fall deutlich gemacht, wer sich durch allzu freies richterliches Ermessen bedroht fühlen konnte. Einmal war dies die Regierung, welche von einem Gericht, das sich den fürstlichen Verwaltungszielen nicht verpflichtet sah, eine Art Gegenpolitik befürchten mußte. Dies war selbst dann mißlich, wenn die landesherrliche Machtvollkommenheit tatsächlich ausreichte, unbotmäßige Richter zu disziplinieren. Denn in einem solchen Fall

hatte der Landesherr den Makel des Rechtsbruchs auf sich zu nehmen. Mehr aber noch als die Staatsspitze mußte der Bürgerstand eine unkontrollierte Entscheidungsgewalt der Gerichte fürchten. Denn seine Chancen in der neuen Gesellschaft lagen nicht in der Wahrung der bestehenden Rechte, sondern in der Eröffnung von Handlungsmöglichkeiten, die nicht durch herkömmliche Privilegien blockiert waren. Er war daher zwar an einer unabhängigen, nicht aber an einer schrankenlosen Rechtsprechung interessiert, welche die Richtlinien ihrer Entscheidungen aus dem Wertesystem der Ständegesellschaft bezog. Zugriff auf das richterliche Wertgefüge konnte der am Anfang seiner Karriere stehende Bürgerstand noch nicht nehmen. Was Wunder also, wenn er sich durch die „rechtlichen und politischen Rücksichten“, wie sie etwa im Allmendenstreit von den beteiligten Spruchkörpern verteidigt worden sind, nicht repräsentiert sah. Hier ist einer der Gründe zu suchen, weshalb die Herauslösung der richterlichen Gewalt aus der Omnipotenz des absoluten Fürsten, welche um die Wende zum 19. Jahrhundert einsetzt, mit der stetigen Entwicklung von Kontrollmechanismen gegenüber der Justiz verbunden war⁷⁶ und weshalb — in einem zweiten Schritt, als sich nämlich die relative Untauglichkeit institutioneller Vorkehrungen erwiesen hatte — in der Justiztheorie die Vorstellung attraktiv wurde, der Richter übe nur eine mechanische Tätigkeit, eine logische Funktion, einen Verstandes- aber keinen Willensakt aus, wenn er auf den ausgemittelten Sachverhalt das Gesetz anwende⁷⁷.

⁷⁶ Typisch für diese Tendenz ist das Buch von LUDWIG HARSCHER VON ALMENDINGEN, *Metaphysik des Civil-Processes*², Giessen 1821, der es als das wichtigste betrachtet, „daß die Rechte des einzelnen Bürgers, nach der Willkür des Berechtigten selbst, doch ohne Spielraum für die Willkür des Richters, mit Umsicht und Sicherheit realisiert würden.“ (S. 7 f.). Den Weg hierhin sieht ALMENDINGEN durch eine Reihe von Verfahrensgarantien eröffnet (Verhandlungsmaxime, Kollegialprinzip, Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens etc.).

⁷⁷ Die Theorie von der „gewaltlosen Gerichtsgewalt“, der die zitierten Topoi entnommen sind, hat CARL VON ROTTECK in seinem Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften², Stuttgart 1839, entwickelt, vgl. vor allem Bd. 2, S. 215 ff., 305 ff. „Die seit Montesquieu so beliebte und vielgebrauchte Eintheilung der Staatsgewalt in die gesetzgebende, vollstreckende und richterliche Gewalt“ lehnt ROTTECK, wenngleich seine geistige Nähe zu der Vorstellung vom Richter als ‚bouche de la loi‘ unübersehbar ist, wegen ihrer Qualifikation der richterlichen Tätigkeit als ‚Gewalt‘ dagegen als „unlogisch und daher verwerflich“ ab, vgl. den Artikel *Justiz* im Staatslexikon von ROTTECK und WELCKER, Bd. 8, S. 6. MONTESQUIEUS Einteilung, was Gesetzgebung und Vollstreckung anlange, sei dagegen „unerschütterlich“, Vernunftrecht, Bd. 2, S. 213 f.