

Recht und Justizhoheit: Ursprünge der Garantie des gesetzlichen Richters fern der Gewaltenteilungskonzeptionen des 17 - 19. Jahrhunderts

SUMARIO: I. Einleitung.–II. Kanonistische Grundlagen.–III. Entwicklung französischer Formulierungen.–IV. Entwicklung englischer Formulierungen.–V. Entwicklung deutscher Formulierungen.–VI. Historischer Vergleich anhand der Schutzrichtungen.–VII. Schluß.–VIII. English summary.

I. EINLEITUNG

Die Forderung einer Witwe nach ihrem *zuständigen* Richter an den römischen Kaiser Trajan ist dank der Schilderung im 10. Gesang des Purgatorio der Divina Commedia ein der europäischen Literatur und Kunst vertrautes Motiv. Recht für den zerbrochenen Krug in Heinrich von Kleists gleichnamigem Lustspiel verlangt Frau Marthe im letzten Auftritt nach Entlarvung des Richters Adam vom *zuständigen* Richter in Utrecht¹. Die Garantie des gesetzlichen Richters berührt somit einen grundlegenden Aspekt der Gerechtigkeit: Recht gewährt der *nach Gesetz zuständige* Richter.

¹ W. Pleister/W. Schild (Hrsg.), Recht und Gerechtigkeit im Spiegel der europäischen Kunst, 1988, S. 157 ff. m.w.N; H. von Kleist, Der zerbrochene Krug, 1957 (Reclam), 13. Auftritt, S. 78.

Wie das Bonner Grundgesetz enthalten auch die Verfassungen der anderen EG-Mitgliedstaaten mit Ausnahme Großbritanniens überwiegend in den Grundrechtskatalogen eine Garantie des gesetzlichen Richters.² Übereinstimmend normieren die einzelstaatlichen Formulierungen einen Gesetzesvorbehalt für die richterliche Zuständigkeit. Dies berechtigt zu der Frage nach einer gemeinsamen europäischen Verfassungstradition der Garantie des gesetzlichen Richters. Diese Fragestellung geht von der Prämisse aus, daß die Verfassungsentwicklungen sich in den einzelnen europäischen Staaten nicht isoliert, sondern auf gemeinsamen Grundlagen und unter gegenseitiger Beeinflussung vollzogen haben. Die Entwicklungen der einzelstaatlichen Garantien des gesetzlichen Richters lassen sich anhand der konkreten Konfliktlage vergleichen, gegen die das Recht auf den gesetzlichen Richter jeweils formuliert ist. Diese Schutzrichtungen der einzelstaatlichen Formulierungen dienen als Vergleichspunkte bei der Herausarbeitung einer europäischen Verfassungstradition des Rechts auf den gesetzlichen Richter.

Naheliegender erscheint die Schutzrichtung gegen absolutistische Machtfülle, für die sich im Bereich der Justiz im 18. und 19. Jahrhundert das Schlagwort der Kabinettsjustiz etabliert.³ Damit kommen als gemeinsamer Ursprung der Forderungen nach dem gesetzlichen Richter die Lehren von der Gewaltenteilung in Betracht, die seit dem 17. Jahrhundert das Staatsdenken der europäischen Länder beeinflußt haben. Vor diesem Hintergrund werden nach einleitenden Bemerkungen zum kanonischen Recht als der gemeinsamen Grundlage europäischer Verfahrensrechte die Entwicklung der französischen, der englischen und der deutschen Formulierungen dargestellt. Diese Auswahl erscheint durch den Repräsentativcharakter dieser Rechtsordnungen für den romanischen, den angelsächsischen und den deutschen Rechtskreis gerechtfertigt. Der historische Vergleich der For-

² Art. 13 Verfassung des Königreiches Belgien vom 17.2.1994; § 61 Verfassung des Königreiches Dänemark vom 5.6.1953; § 24 Verfassung der Republik Estland vom 28.6.1992; § 21 Grundgesetz Finnlands vom 11.6.1999; Art. 11 Verfassung der Republik Griechenland vom 11.6.1975; Art. 36 lit. c Verfassung der Republik Irland vom 1.7.1937; Art. 25 Verfassung der Republik Italien vom 27.12.1947; Art. 92 Verfassung der Republik Lettland vom 1.7.1993; Art. 109 Abs 111. Abs. 3, 4, 114 Verfassung der Republik Litauen vom 6.11.1992; Art. 13 Verfassung des Großherzogtums Luxemburg vom 17.10.1868; Art. 39 (1) Verfassung von Malta 21.9.1964; Art. 17 Verfassung des Königreiches der Niederlande vom 17.2.1983; Art. 83 Abs 2, Art. 149 Anh. 2 lit. b § 1 Verfassung der Bundesrepublik Österreich vom 10.11.1920; Art. 175 Abs. 2, 176 Abs. 2, 177 Verfassung der Republik Polen vom 2.4.1997; Art. 32 Abs 7 Verfassung der Republik Portugal vom 2.4.1976; Kap. II § 11 Verfassung des Königreiches Schweden vom 1.1.1975; Art. 48 (1) Verfassung der Slowakischen Republik vom 3.9.1992; Art. 23 Verfassung der Republik Slowenien vom 23.12.1991; Art. 24 Abs 2 Verfassung des Königreiches Spanien vom 29.12.1978; Art. 3 Verfassung der Tschechischen Republik vom 16.12.1992 i. V. m. Art. 38 Abs. der Charta der Grundrechte und -freiheiten vom 16.12.1992; Art. 57 Abs. I Verfassung der Republik Ungarn vom 20.8.1949 und Art. 30 Abs. I Verfassung der Republik Zypern vom 16.8.1960. Das französische Verfassungsrecht kennt einen ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz gem. Art. 6 Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26.8.1789 i. V. m. der Präambel der Verfassung der 5. Republik vom 4.10.1958. Vgl. dazu ausführlich U. Seif, *Recht und Justizhoheit – Historische Grundlagen des gesetzlichen Richters in Deutschland, England und Frankreich*, 2003, S. 81 ff., 481 ff., rezensiert von G. Hirsch, NJW 2003, 2592; von S. Salmonowicz, RHD 81 (2003), 380 ff.; von F. Raunsiori, ZR 6 G. 122 (2005) 815.

³ W. OGRIS, Art. «Kabinettsjustiz», in: A. Erler/E. Kaufmann (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 2, 1978, Sp. 515 ff.

mulierungen anhand ihrer Schutzrichtungen am Schluß dieses Beitrages sucht eine Antwort auf die Frage nach einer gemeinsamen europäischen Verfassungstradition der Garantie des gesetzlichen Richters.

II. KANONISTISCHE GRUNDLAGEN

Ausgangspunkt der Suche nach Ursprung und Geschichte der Garantie des gesetzlichen Richters ist die in C.2 q.1 c.7 verankerte Gerechtigkeitsfunktion des *ordo iudiciarius*. Eine maßgebliche Leistung des gelehrten kanonischen Rechts liegt in der Konzeption der richterlichen Zuständigkeit als Verfahrensgarantie. Dem justinianischen römischen Prozeß war eine Ausgestaltung der Verfahrensvoraussetzungen als Einreden unbekannt⁴. Erst der *ordo iudiciarius* des gelehrten Prozeßrechts hat den Schutz der Parteien vor einer verfahrensfehlerhaften Verurteilung zum Gegenstand, und zwar vor dem Hintergrund kirchlicher Konflikte mit anderen Trägern der Gerichtsgewalt (C.11 q.1 c.49): Das verfahrensrechtlich fehlerhafte Urteil ist nichtig (C.2 q.1 c.7).

In der dem gelehrten Prozeß eigenen gegenseitigen Durchdringung des gelehrten römischen und des gelehrten kanonischen Rechts überwinden Dekretistik⁵ und frühe Dekretalistik⁶ im Zuge der kirchlichen Rezeption des römischen *iurisdictio*-Begriffes die rein örtliche Zuständigkeitsvorstellung der Legisten in C.7.48 und C.7.45.14 und entwickeln die richterliche Zuständigkeit als Verfahrensgarantie: Die Unzuständigkeit des Richters führt zur Nichtigkeit seines Urteils (X 2.1.4)⁷.

Die Rationalität des kanonischen Prozesses (C.2 q.1 c.7 rubr.; C.2 q.1 c.7 § 3) erfordert die Beachtung des formalen *ordo iudiciarius* und die Rechtsgebundenheit der Entscheidungsfindung. Verfahrensrechtliche Gerechtigkeit (*iustitia ex ordine*) und inhaltliche Gerechtigkeit (*iustitia ex animo*) ergänzen sich. Aus der Verbindung der Gerechtigkeit *ex ordine* und *ex animo* mit der Verfahrensgarantie des zuständigen Richters folgt das in X 1.4.3⁸ enthaltene Verbot der Trennung

⁴ Codex 3.1.16: «cum post litem contestatam neque appellare posse ante definitivam sententiam iam statuimus neque recusare posse, ne lites in infinitum extendantur». Vgl. statt vieler M. Kaser/K. Hackl, Das Römische Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., 1996, S. 495 f.

⁵ Z.B. Étienne de Tournai, Summa Decreti, ad Causa 2 quaestio 1 canon 7, Paris Bibliothèque Nationale, lat. 3912, fol 40v; Johannes Teutonicus, Glossa ordinaria, in der Überarbeitung des Bartholomäus Brixiensis, 1528, ad Causa 2 quaestio 1 canon 7 sub verbo non a suo iudice.

⁶ Z.B. Richardus Anglicus, Apparatus Comp. 1, Modena Bibl. Estense lat. 968, fol 16va; Bernardus Parmensis de Botone, Glossa ordinaria ad liber extra, 1528, ad liber extra 2.1.4 sub verbo Non tenet.

⁷ Die Dekretale At si clerici (1177) von Alexander III. (1159-1181) an den Erzbischof von Salerno behandelt nach ihrer Relatio facti das privilegium fori und die weltliche Bestrafung eines degradierten (und damit schon kirchlich bestraften) Klerikers. Das weltliche Urteil gegen einen durch das privilegium fori geschützten Kleriker ist nichtig: «Sicut enim sententia a non suo iudice lata non tenet.»

⁸ Das in der Dekretale ad nostram audientiam 1199 von Innocenz III. an den Bischof von Passau gerichtete Verbot der gewohnheitsmäßigen Trennung von Richtern und Urteilern bezeich-

zwischen Richter und Urteiler: Der selbsturteilende gelehrte Richter (X 1.4.3) setzt diese Komplementarität um. Er wird in der Figur des Offizials verwirklicht. Die Koinzidenz dessen ersten Auftretens zu der mit der *Summa Decreti* (1166-1169) des Étienne de Tournai einsetzenden Bearbeitung der Fragen richterlicher Zuständigkeit deutet auf einen inhaltlichen Zusammenhang hin: Solange der kirchliche Richter als bischöflicher Sendherr nur eine verfahrensleitende Funktion hatte, spielten Zuständigkeitsfragen keine Rolle. Erst mit dem selbsturteilenden Richter interessiert die Frage nach dem zuständigen Richter, haben Zuständigkeitsregeln eine Schutzrichtung zugunsten der Parteien.

Durch die europaweite Ausbreitung der Offizialate⁹ setzt sich die von der Kanonistik grundlegende Gerechtigkeitsfunktion der Verfahrensordnung in den Rezeptionsgebieten durch.

III. ENTWICKLUNG FRANZÖSISCHER FORMULIERUNGEN

Die Schutzrichtung französischer Formulierungen des Rechts auf den gesetzlichen Richter (*juge naturel*) wurzelt in der im 16. Jahrhundert entstehenden Konfliktlage zwischen monarchischem Zentralismus und ständischen Selbstverwaltungsrechten. Die frühesten französischen Formulierungen der Garantie des gesetzlichen Richters entspringen dem ständischen Protest gegen monarchische Kommissionen¹⁰. Der begriffliche Gegensatz zwischen ständischem Justizamt (*office*) und königlichem Auftrag (*commission*) setzt den formalen Verstoß gegen die Zuständigkeitsordnung der Justizämter mit inhaltlicher Willkür gleich: Der Inhaber eines ständischen Justizamtes ist selbständig, der königliche Kommissar weisungsabhängig¹¹. Die

net den nichtrichterlichen Urteiler als unzuständigen Richter (non sous iudex) und sein Urteil als nichtig (sententia a non suo iudice lata nullam obtineat firmitatem).

⁹ Statt vieler: W. Trusen, Die Gelehrte Gerichtsbarkeit der Kirche, in: H. Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte I, 1973, S. 467 ff., 468 ff. Grundlegend zur Geschichte der Offizialate in Frankreich: P. Fournier, Les officialités au moyen âge, Étude sur l'organisation, la compétence et la procédure des tribunaux ecclésiastiques ordinaires en France, de 1180 à 1328, 1880, p. 1 ff. und die Übersicht ebd. p. 309 ff. Für England vgl: W. Stubbs, Report on Ecclesiastical Courts, Historical Appendix No. 1, in: Parliamentary Papers 24, 1883, p. 1 ff.

¹⁰ Artikel 23 der Ordonnance du lieutenant général rendue en conséquence des demandes des États généraux vom 3.5.1356 enthielt die Zusage: «Nous qui desirons que chacun use de ses droitz, avons ordonné et ordonnons que toutes justices et juridictions soient laissez aux juges ordinaires» [zit. in: A.J.L.Jourdan/Décruy/F.A.Isambert (ed.), Recueil Général des Anciennes Lois Françaises depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789, Tome IV: 1327-1357, 1824, p. 829]. In Artikel 27 schloß sich folgendes Verbot der Kommissionen an: «nous avons ordonné et ordonnons que dès maintenant doresnavant telles commissions soient nulles, et oultre ne soient passées... et voulons que les juges ordinaires des parties contre qui les lettres seroient empétrées, en cognoissent, et ne souffrent à telles commissions estre obéy» (Ebd., p. 831). Vgl. dazu. Seif, Recht und Gerechtigkeit, Der Staat 42 (2003), 110, 112 ff.

¹¹ J. BODIN, Les six Livres de la République, III, 2 (Paris 1583, Faksimiledruck 1961), p. 387 f.: «Encore y a il d'autres differences entre l'officier & le commissaire, d'autant que la

gesetzesgebundene Entscheidung des Justizbeamten ist vorhersehbar, während die weisungsgebundene Einzelfallentscheidung des Kommissars unvorhersehbar ist.

Grundlage für die begriffliche Gegenüberstellung von Amt (*office*) und Auftrag (*commission*) ist die Orientierung der Souveränität und damit der Justizhoheit (*justice retenue*) als Souveränitätsrecht am natürlichen und göttlichen Recht¹², die im französischen Antimachiavellismus unter der Federführung von Jean Bodin dem Machtutilitarismus entgegengesetzt wird¹³.

Die Antonymie Amt (*office*) - Auftrag (*commission*) ist übereinstimmendes Motiv des in den Ordonnances des 15., 16. und 17. Jahrhunderts dokumentierten ständischen Kampfes gegen königliche Justizkommissionen. Die *Ordonnance von Montils-les-Tours* 1453¹⁴, die *Ordonnance sur l'administration de la justice* 1493¹⁵ und die *Ordonnance de Blois* 1498¹⁶ legen davon beredtes Zeugnis ab. Die *Ordonnance von Orléans* 1560¹⁷, die *Ordonnance von Roussillon* 1563¹⁸, die *Ordonnance von Moulins* 1566¹⁹, die *Ordonnance von Blois* 1579²⁰ und das *Édit sur l'administration de la justice* (das sog. *Édit de Rouen*) 1597²¹ setzen die Reihe im 16. Jahrhundert fort. Der *Code Michaud* 1629²² und das *Edit du Roy servant de Reglement pour les Epices*,

puissance des officiers, outre ce qu'elle est ordinaire, est tousiours plus auctorisee & plus estendue que la commission: c'est pourquoy les edits & ordonnances laissent beaucoup de choses à la religion & discretion des Magistrats: ... mais les commissaires sont bien autrement obligés, & attachés aux termes de leurs commissions».

¹² BODIN (Fn. 11), I, 8 (p. 129): «Ceste puissance est absoluë, & souveraine: car elle n'a autre condition que la loy de Dieu & de nature ne commande».

¹³ BODIN (Fn. 11), Preface. Vgl. auch *G. Cardascia*, Machiavel en Jean Bodin, in: Bibliothèque d'Humanisme et Renaissance, t. III, 1943, p. 129 ff.; *K. Kluxen*, Der Begriff der Necessità im Denken Machiavellis, 1949, S. 10.

¹⁴ Art. 79 Ordonnance ou Établissements pour la réformation de la justice, Montils-les-Tours, April 1453 (zit. in: Jourdan/Décruy/Isambert [Fn. 10, T. IX (1825), p. 235].

¹⁵ Artt. 76, 77 Ordonnance sur l'administration de la justice, Paris, Juli 1493 (zit. in: Jourdan/Décruy/Isambert [Fn. 10, T. XI (1827), p. 240].

¹⁶ Art. 42 Ordonnance rendues en conséquence d'une assemblée de notables à Blois, sur la réformation de la justice et l'utilité générale du royaume, Blois, März 1498 (zit. in: Jourdan/Décruy/Isambert [Fn. 10, T. XI (1827), p. 345].

¹⁷ Artt. 34, 35, 36 Ordonnance générale rendue sur les plaintes, doléances et remontrances des états assemblés à Orléans, Januar 1560 (zit. in: Jourdan/Décruy/Isambert [Fn. 10, T. XIV (1829), p. 73 f].

¹⁸ Art. 30 Ordonnance sur la justice et la police du royaume, additionnelle à cette d'Orléans, appelé de Roussillon, Januar 1563 (zit. in: Jourdan/Décruy/Isambert [Fn. 10, T. XIV (1829), p. 167].

¹⁹ Art. 68 Ordonnance sur la réforme de la justice, Ordonnance de Moulins, Februar 1566 (zit. in: Jourdan/Décruy/Isambert [Fn. 10, T. XIV (1829), p. 207].

²⁰ Art. 98 Ordonnance rendue sur les plaintes et doléances des états-généraux assemblés à Blois en novembre 1576, relativement à la police générale du royaume, dite de Blois, Mai 1579 (zit. in: Jourdan/Décruy/Isambert [Fn. 10, T. XIV (1829), p. 405].

²¹ Artt. 12, 13, 15, 16, 17 Édit sur l'administration de la justice, Rouen janvier 1597 (zit. in: Jourdan/Décruy/Isambert [Fn. 10, T. XVI (1829), p. 123 f].

²² Art. 86 Ordonnance (Code Michaud) sur les plaintes des états assemblés à Paris en 1614, et de l'assemblée des notables réunis à Rouen et à Paris, en 1617 et 1626, Januar 1629 (zit. in: Jourdan/Décruy/Isambert [Fn. 10, T. XVI (1829), p. 223 ff].

Vacations des Commissaires & autres frais de Justice 1685²³ bezeugen den ständischen Protest gegen Justizkommissionen im 17. Jahrhundert.

Der begriffliche Gegensatz zwischen Auftragsjustiz und Justizämtern der ordentlichen Richterschaft beherrscht auch im 18. Jahrhundert die Beschwerden (*remonstrances*) des *Parlement de Paris* gegen «*juges arbitraires*»²⁴, «*juges extraordinaires*»²⁵ und «*voies irrégulières*»²⁶. Diese antonyme Struktur bestätigen auch die *Remonstrances sur les Entreprises du Grand Conseil* vom 27.11.1755²⁷ und die *Itératives Remonstrances (Parlement de Paris), Arrêtes et Représentations sur l'État du Parlement de Bretagne et la Commission de Saint-Malo* vom 2.2.1766²⁸. Mit der Opposition der *parlements* gegen königliche Justizkommissionen zur Ausschaltung der ständischen selbstverwalteten Justiz stimmt Montesquieus Justizkritik überein.

Auch hinter seinem Hauptmotiv der Vermittlung der Herrschergewalt durch adelige Zwischengewalten (*pouvoirs intermédiaires*²⁹; *rangs intermédiaires*³⁰) statt unvermittelter direkter Herrschaftsmacht ist der Gegensatz Justizamt-Kommission erkennbar. Im XI. Kapitel der *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence* erscheint der ordentliche Justizbeamte (*magistrature*) als Gegenbegriff zu den Kommissaren.³¹ Die Mittelbarkeit der Herrschergewalt entspricht der Mäßigung der Staatsgewalt, wodurch politische Freiheit erst möglich wird³². Unvermittelter Machtgebrauch durch den Herrscher selbst oder durch Kommissare beeinträchtigt dagegen die Freiheit³³.

²³ Art. XVIII verbietet den Entzug des ordentlichen Richters durch Kommissare (zit. in: Ph. Bornier, *Conference des ordonnances de Louis XIV Roy de France et de Navarre avec les anciennes ordonnances du Royaume, le droit écrit et les Arrests, Enrichies d'annotations et de Decisions importantes*, 1744, p. 513).

²⁴ *Grandes Remonstrances sur les Refus de Sacrement* vom 9.4.1753 (zit. in: J. Flammermont, *Remonstrances du Parlement de Paris au XVIIIe Siècle*, t. I: 1715-1753, 1888, p. 569).

²⁵ *Grandes Remonstrances* (Fn. 24), hier p. 571.

²⁶ *Grandes Remonstrances* (Fn. 24), hier p. 574.

²⁷ «Ne peut être distrait pour être jugé et convenu ailleurs, ne par-devant autres juges et commissaires» (zit. in: J. Flammermont/M. Tourneux, *Remonstrances du Parlement de Paris au XVIIIe Siècle*, t. II: 1755-1768, 1895, p. 57).

²⁸ Zit. in: Flammermont/Tourneux (Fn. 27), hier p. 535.

²⁹ *Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu*, *De l'Esprit des Lois*, II, 4, *Oeuvres complètes*, Roger Caillois (ed.), Pléiade-Edition, T. II, 1994, p. 247.

³⁰ *De l'Esprit des Lois*, II, 4 (p. 249).

³¹ Der Ausdruck *juge ordinaire* wird von Montesquieu nicht gebraucht.

³² Politische Freiheit ist für Montesquieu die Mäßigung bei der Ausübung der souveränen Gewalt, unabhängig von der Regierungsform: «La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés» (XI, 4 (p. 395)). Zum ständischen Freiheitsbegriff Montesquieus vgl. E.-W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt, Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus* (1958), S. 30; U. Seif, *Der mißverstandene Montesquieu: Gewaltenbalance, nicht Gewaltentrennung*, in: ZNR 2000, S. 152 f.

³³ Die unvermittelte Ausübung der Justizhoheit durch den Herrscher selbst oder durch politisch Abhängige ist Despotie: «Dans les États despotiques, le prince peut juger lui-même. Il ne le peut dans les monarchies: la constitution seroit détruite, les pouvoirs intermédiaires dépendants, anéantis» (VI, 5 (p. 314)).

Der Gedanke der Mäßigung der Justizhoheit durch ordentliche Justizbeamte als selbständige Zwischengewalten entspricht Montesquieus Ideal der monarchischen Mischverfassung aufgrund einer Gewaltenbalance zwischen den sozialpolitischen Kräften Krone, Adel und Bürgertum³⁴. Die Selbständigkeit des Justizamts gegenüber dem Willen des Souveräns beruht daher nicht auf einer konstitutionellen Gewaltentrennung. Die Vermittlung der Justizhoheit enthält keine Forderung nach einem rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt für richterliche Zuständigkeiten³⁵, der ohne Volkssouveränität als Grundlage für die Vorherrschaft der Legislative und des Gesetzes undenkbar ist. Montesquieus Forderungen nach selbständigen Zwischengewalten richten sich nicht auf rechtsstaatliche Unabhängigkeit. Der Fehlinterpretation von Montesquieus Gewaltenverteilung im 6. Kapitel des XI. Buches als ein rechtsstaatliches Votum für die Unabhängigkeit der Justiz³⁶ ist entgegenzuhalten, daß die Ständigkeit der Gerichte ein essentielles Charakteristikum der rechtsstaatlich verstandenen Unabhängigkeit der Justiz ist. Gerade diese Ständigkeit jedoch versagt Montesquieus Beschreibung im 6. Kapitel des XI. Buches der rechtsprechenden Gewalt, die von Personen ausgeübt werden soll, die zu bestimmten Zeiten des Jahres in gesetzlich vorgeschriebener Weise aus der Mitte des Volkes entnommen werden, um einen Gerichtshof zu bilden, der nur so lange besteht, wie die Notwendigkeit es erfordert: *«La puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple, dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert»*³⁷.

Die ständischen *cahiers des doléances* 1788/89 folgen ebenfalls dem auf die Gegenbegriffe Amt-Auftrag gerichteten Gedankengang. So fordern die *Demandes et Doléances du Clergé d'Anjou* statt Kommissaren gesetzlich zuständige Richter: *«Qu'on ne puisse être jugé par des commissaires, mais par des juges reconnus de la nation et d'après les lois»*³⁸. Die *Instructions et Pouvoirs donnés par Messieurs les Gentilshommes des cinq Sénéchaussées d'Angers à leurs Députés aux États libres et Généraux du Royaume convoqués à Versailles au 27 Avril 1789* verbinden die Forderung nach dem natürlichen

³⁴ So auch Böckenförde (Fn. 32), S. 31; M. Imboden, Die Staatsformen, Versuch einer psychologischen Deutung staatsrechtlicher Dogmen, 1959, S. 45.

³⁵ Die Vorherrschaft des Gesetzes (im Sinne eines rechtsstaatlichen Vorrangs des Gesetzes) ergibt sich gerade auch nicht aus Montesquieus Beschreibung der Judikative (*puissance de juger*) im 6. Kapitel des XI. Buches als unsichtbar und nichtig (*invisible et nulle*) [XI, 6 (p. 398)] und der Charakterisierung der Richter als ein die Worte des Gesetzes aussprechender Mund (*bouche qui prononce les paroles de la loi*) [XI, 6 (p. 404)]. Der dezidierten Kritik Ogoreks [*R. Ogorek*, in: *De l'Esprit des légendes* oder wie gewissermaßen aus dem Nichts eine Interpretationslehre wurde, RJ 2 (1983), S. 277 ff.] ist der hier neu herausgearbeitete Aspekt der intermediären Gewalten hinzuzufügen.

³⁶ B. Falk, Montesquieu, in: H. Rausch (Hrsg.), Politische Denker II, 6. Aufl., 1981, S. 44; M. Rostock, Die Lehre von der Gewaltenteilung in der politischen Theorie von John Locke, 1974, S. 128; K. Weigand, Einleitung zur Reclamübersetzung Vom Geist der Gesetze, 1965, S. 50 ff.

³⁷ XI, 6 (p. 398).

³⁸ Zit. in: J. Mavidal/E. Laurent, Archives Parlementaires de 1787 à 1860, Recueil Complet des Débats Législatifs & Politiques des Chambres Françaises, T. II: États Généraux - Suite des Cahiers des Sénéchaussées et Bailliages, 1868 ND 1969, p. 31.

Richter mit derjenigen nach Abschaffung der Kommissionen und Evokationen³⁹. Ebenso formuliert das *Cahier des Doléances de l'ordre du clergé de la province d'Angoumois* die Forderung, keinen Bürger seinem natürlichen Richtern zu entziehen, aus dem Gegensatz zu Justizkommissionen heraus⁴⁰.

Die den Formulierungen der *remontrances* und der *cahiers des doléances* eigene Begrifflichkeit des natürlichen Richters (*juge naturel*)⁴¹ oder der natürlichen Zuständigkeitsordnung (*ordre naturel des juridictions*)⁴² läßt die ständische Idee einer übergesetzlichen Gerechtigkeit natürlichen Rechts (*droit*) anklingen. Damit offenbaren ihre Forderungen nach dem natürlichen Richter den objektiven Schutzinhalt im Sinne der Verpflichtung der höchsten Staatsgewalt auf die Staatsgrundgesetze (*lois fondamentales*)⁴³. Eine Interpretation des natürlichen Richters in der Sprache der *remontrances* oder der *cahiers* als individualschützendes Menschenrecht ist daher ausgeschlossen.

Zudem ist das Prinzip der Gewaltenteilung 1787 inhaltlich noch nicht geklärt⁴⁴. Montesquieu hat die Verteilung der Gewalt auf die verschiedenen Träger Krone, Adel, Bürgertum gefordert, nicht aber eine funktionelle Gewaltentrennung⁴⁵. Jean-Jacques Rousseau folgert in *Du Contrat Social ou Principe du Droit Politique* (1762) aus der Unteilbarkeit der Volkssouveränität die Unteilbarkeit der Staatsgewalt⁴⁶. Bei der in den *Lettres écrites de la Montagne* (1764) beschriebenen Ausübung der Staatsgewalt hält Rousseau die Trennung

³⁹ «D'après la constitution, aucun citoyen ne pouvant être enlevé à ses juges naturels, l'usage des commissions extraordinaires et des évocations, sera entièrement aboli» (wie Fn. 38, hier p. 34).

⁴⁰ «Qu'aucun citoyen,...., ne puisse être destitué que par ses juges naturels.» (wie Fn. 38, hier p. 3).

⁴¹ Parlement de Paris, Urteil vom 19.3.1766, zit. in: Flammermont/Tourneux (Fn. 27), hier p. 562 f; Remontrances sur le Grand Conseil vom 19.-20. 3. 1768 (Ebd., p. 865); Cahier des Doléances de l'ordre du clergé de la province d'Angoumois, zit. in: Mavidal/Laurent (Fn. 38), p. 3.

⁴² Remontrances sur un arrêt du conseil cassant un arrêt de la Grand'Chambre vom 25.7.1731, zit. in: Flammermont (Fn. 24), p. 244; Remontrances sur l'arrêt du Conseil du 30 Juillet évoquant l'appel comme d'abus interjeté contre une ordonnance de l'Archevêque de Paris vom 3.9.1731 (Ebd., p. 274).

⁴³ Grandes Remontrances sur les Refus de Sacrement vom 9.4.1753, zit. in: Flammermont (Fn. 24), p. 568. Vgl. auch Remontrances sur le Grand Conseil vom 19.-20. 3. 1768, zit. in: Flammermont/Tourneux (Fn. 27), p. 896; Arrêté du parlement, les pairs y séant, concernant les édits projetés, du 3 mai 1788, zit. in: Jourdan/Décruy/Isambert (Fn. 10), T. XXVIII (1827), p. 533.

⁴⁴ Th. Tsatsos, Zur Geschichte und Kritik der Lehre von der Gewaltenteilung, 1968, S. 40.

⁴⁵ Seif (Fn. 32), 149 ff. Dort auch zu den Unterschieden zwischen Montesquieu und Locke, der weder in den *Matériaux pour l'Esprit des Lois* noch in den *Extraits de Mes pensées* als Quelle für den *De l'Esprit des Lois* genannt wird.

⁴⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social ou Principe du Droit Politique*, II, 2: «Par la même raison que la souveraineté est inaliénable, elle est indivisible. Car la volonté est générale, ou elle ne l'est pas; elle est celle du corps du peuple, ou seulement d'une partie.» (Œuvres complètes, R. Derathé (ed.), Pléiade-Edition, T. III (1964), p. 369). Dazu auch F. Neumann, Die Herrschaft des Gesetzes, 1980, S. 149 ff. Widersprüchlich jedoch Rousseau, III, 7 (p. 414): «Le Gouvernement simple est le meilleur en soi, par cela seul qu'il est simple. Mais quand la Puissance exécutive ne dépend pas assez de la législative, c'est-à-dire, quand il y a plus de rapport du Prince au Souverain que du Peuple au Prince, il faut remédier à ce défaut de proportion en divisant le Gouvernement; car alors toutes ses parties n'ont pas moins d'autorité sur les sujets, et leur division les rend toutes ensemble moins fortes contre le Souverain».

der Justiz von der Regierung für notwendig⁴⁷, nicht aber die Trennung von Legislative und Exekutive⁴⁸. Auch der Entwurf eines repräsentativen Regierungsmodells in den *Vues sur les moyens d'exécution dont les représentants de la France pourront disposer en 1789* (1788) des Emmanuel Joseph Sieyes steht auf der Grundlage der Rousseauschen «*volonté générale unitaire, imprescriptible, possédée par la nation, déléguée et exercée par ses représentants*»⁴⁹. Dementsprechend ist die Gewaltenteilung auch keine Forderung in Sieyes' *Préliminaire de la Constitution: Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen* vom 20./21.7.1789⁵⁰. Die Aufteilung politischer Macht in den rechtssetzenden, den ausführenden und den rechtsprechenden Funktionsbereich hat sich zuerst in der amerikanischen Revolution herausgebildet⁵¹. Jean Barbeyrac's Kommentierungen seiner Pufendorf-Übersetzung *Le Droit de la nature et des gens* (1706) mit Locke-Zitaten⁵² wurden in den nordamerikanischen Kolonien gelesen und erst über den transatlantischen Umweg im revolutionären Frankreich wahrgenommen⁵³. Die französischen Revolutionäre formulieren die Gewaltenteilung in Art. 16 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26.8.1789⁵⁴ nicht

⁴⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Lettres écrites de la Montagne*, second partie, VII. Lettre: «D'abord l'union de deux choses par-tout ailleurs incompatibles; savoir, l'administration des affaires de l'Etat et l'exercice suprême de la justice sur les biens, la vie et l'honneur des Citoyens» [Œuvres complètes, J.-D. Candaux (ed.), Pléiade-Edition, T. III (1964), p. 832].

⁴⁸ J.-J. ROUSSEAU, VII. Lettre: «D'abord la puissance Législative et la puissance exécutive qui constituent la souveraineté n'en sont pas distinctes.» (wie Fn. 47, p. 815). Rousseau hat Lockes Treatises gekannt und behauptet im VI. Brief der *Lettres écrites de la Montagne*, der der Verteidigung des Contract Social gewidmet ist, seine Übereinstimmung mit ihm (wie Fn. 47, p. 812).

⁴⁹ E. J. SIEYES, *Vues sur les moyens d'exécution, dont les Représentants de la France pourront disposer en 1789*, in: *Écrits politiques*, R. Zapperi (ed.), 1985, p. 54; E. Schmitt/R. Reichardt (Hrsg.), *Politische Schriften 1788-1790*, 2. Aufl. 1981, S. 28.

⁵⁰ Zit. in: F. Furet/R. Halévi, *Orateurs de la Révolution française*, vol. I: *Les Constituants*, 1989, p. 1016 ff.

⁵¹ Sec. 5 der Virginia Bill of Rights vom 12.6.1776, zit. in: *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the United States*, P. Poore (ed.), Part II, 1878, p. 1909; Art. IV der Constitution of North Carolina vom 18.12.1776, Ebd. II, p. 1409; Art. I der Constitution of Georgia vom 5.2.1777, *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the United States*, P. Poore (ed.), Part I, 1878, p. 378; Art. VI Constitution of Maryland vom 11.11.1776, Ebd. I, p. 818; Art. 37 Constitution of New Hampshire vom 5.9.1792, Ebd. II, p. 1297. Vgl. auch die Trennung zwischen Legislative (Art. I), Exekutive (Art. II) und Judikative (Art. III) in der amerikanischen Verfassung vom 28.9.1787 (Annahme durch den Verfassungskonvent) bzw vom 21.6.1788 (erforderliche Ratifikationsmehrheit) (Ebd. I, p. 13 ff.).

⁵² J. BARBEYRAC, *Le Droit de la nature et des gens*, traduit de Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, Amsterdam 1706. R. Hutchinson, *Locke in France 1688-1734, Studies on Voltaire and the eighteenth century*, vol. 290 (1991), p. 49 ff.

⁵³ Hutchinson (Fn. 52), p. 73.

⁵⁴ «Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution» [zit. in: F.-A. Hélie (ed.), *Les Constitutions de la France, ouvrage contenant outre les constitutions, les principales lois relatives au culte, à la magistrature, aux élections, à la liberté de la presse, de réunion et d'association, à l'organisation des départements et des communes, avec un commentaire*, 1. fasc, 1875, p. 32].

als institutionelle Trennung, sondern – ganz in Montesquieus Diktion⁵⁵ – als Bedingung für das Bestehen der politischen Freiheit⁵⁶.

Prägend für die Entwicklung französischer Forderungen nach dem gesetzlichen Richter ist die Kontinuität konstitutioneller Formulierungen nach 1789 mit vorrevolutionären ständischen Positionen, die sich in der Wiederholung des begrifflichen Gegensatzes und in der Terminologie des *juge naturel* in der *Loi sur l'organisation judiciaire vom 16-24 August 1790* und der *Charte constitutionnelle* vom 4.6.1814 niederschlägt⁵⁷. So ist im erstgenannten Gesetz von 1790⁵⁸ der *juge naturel* bloßer Gegenbegriff zu Justizkommissionen, und die Garantie des *juge naturel* in Art. 62 der *Charte constitutionnelle* vom 4.6.1814⁵⁹ steht im Zusammenhang mit dem Verbot der Kommissionen und Ausnahmegerichte in Art. 63 S. 1⁶⁰. Die Garantie des natürlichen Richters in Art. 62 der *Charte constitutionnelle* vom 4.6.1814 resultiert demnach gerade nicht aus der Gewaltenteilung. Vielmehr hindert die konstitutionelle Beschränkung der monarchischen Souveränität⁶¹ in Artt. 62, 63 die königliche Prerogative lediglich, Gerichte ad hoc nach Belieben zu errichten.

Erst die auf Volkssouveränität gegründeten Formulierungen in § 204 Tit. VIII der Direktorialverfassung vom 23.9.1795⁶², in Artt. 17 S. 2, 18 Senatsverfassung vom 6.4.1814⁶³, in Art. 53 *Charte Constitutionnelle* vom 7.8.1830⁶⁴ und

⁵⁵ Ursprüngliche Fassung der Überschrift von XI, 6: «Des principes de la liberté politique, comment on les trouve dans la constitution d'Angleterre.» [Dossiers de l'Esprit des Lois, XI, 6 (p. 1036)].

⁵⁶ So auch Böckenförde (Fn. 32), p. 47. Vgl. dazu auch D. Willoweit/U. Seif, Europäische Verfassungsgeschichte, 2003, S. XIX.

⁵⁷ Weder die Konsularverfassung vom 13.12.1799 (zit. in: Hélie (Fn. 54), 3. fasc, 1878, p. 582 ff.) noch die Senatskonsulta Napoleons vom 4.8.1802 und 18.3.1804 [zit. in: L. Tripier (ed.), Constitutions qui ont régi la France depuis 1789 jusqu'à l'élection de M. Grévy comme Président de la République, 2^e ed., 1879, p. 189 ff. bzw. p. 203 ff.] haben relevante Garantien formuliert.

⁵⁸ Titre II, Art. 17 Loi sur l'organisation judiciaire des 16-24 août 1790: L'ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé et les justiciables ne pourront être distraits de leurs juges naturels: par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui seront déterminées par la loi [zit. in: Hélie (Fn. 54), 1. fasc, p. 147].

⁵⁹ Nul ne pourra être distrait de ses juges naturels. [zit. in: Hélie (Fn. 54), 3. fasc, p. 889].

⁶⁰ Il ne pourra en conséquence être créé de commissions et tribunaux extraordinaires. [zit. in: Hélie (Fn. 54), 3. fasc, p. 889].

⁶¹ Art. 57 der Charte constitutionnelle folgt dem monarchischen Prinzip: Toute justice émane du Roi; elle s'administre en son nom par des juges qu'il nomme et qu'il institue [zit. in: Hélie (Fn. 54), 3. fasc, p. 889]. Quelle der Justizgewalt ist daher nicht ein in der Nationalversammlung repräsentierter Wille eines souveränen Volkes.

⁶² Nul ne peut être distrait des juges, que la loi leur assigne, par aucune commission, ni par d'autres attributions et évocations que celles, qui sont déterminées par une loi antérieure [Constitution du 5 fructidor an III (22.8.1795) de la République, en vertu de l'acceptation du peuple, le 1er vendémiaire an IV (23.9.1795), zit. in: Hélie (Fn. 54), 2. fasc, 1876, p. 453].

⁶³ Art. 17 S. 2: Nul ne peut être distrait de ses juges naturels. Art. 18: Les cours et tribunaux ordinaires actuellement existans sont maintenus; leur nombre ne pourra être diminué ou augmenté qu'en vertu d'une loi... Les commissions et les tribunaux extraordinaires sont supprimés et ne pourront être rétablis [zit. in: Hélie (Fn. 54), 3. fasc, p. 881].

⁶⁴ Nul ne pourra être distrait de ses juges naturels [zit. in: Hélie (Fn. 54), 4. fasc, 1879, p. 990].

in Chap II, Art. 4 *Constitution de la République Française* vom 4.11.1848⁶⁵ formulieren die Forderungen nach dem gesetzlichen Richter als Garantie des gleichen Richters⁶⁶. Diese Schutzrichtung gilt in der heutigen französischen Verfassung für das ungeschriebene Verfassungsrecht auf den gesetzlichen Richter (*le droit fondamental au juge naturel*) als Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes, der Gleichheit vor dem Gesetz (*égalité devant la loi*)⁶⁷ gem .Art. 6 Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26.8.1789 i.V.m. der Präambel der Verfassung der V. Republik vom 4.10.1958⁶⁸. Auch auf die Garantien in den republikanischen französischen Verfassungen haben Gewaltenteilungsmodelle des 17. oder des 18. Jahrhunderts keinen Einfluß. Vielmehr ist der Gedanke der Gleichheit vor dem Gesetz vorrangig. Dafür spricht die Unterscheidung der relevanten Garantien von den für die Trennung von Exekutive und Justiz einschlägigen Normierungen⁶⁹. Auch der Wortlaut des «*juge naturel*» deutet in den republikanischen Verfassungen den Bezug auf die bürgerliche Gleichheit an.

IV. ENTWICKLUNG ENGLISCHER FORMULIERUNGENZ

Grundlegend für die englische Gerichtsverfassung ist die im 12. Jahrhundert erreichte Zentralisation der Justiz, welche durch die Adaption angelsächsischer Einrichtungen nach der normannischen Eroberung 1066 ermöglicht wird. Symbol der Zentralisierung ist das *common law*⁷⁰, das als gemeines Recht die örtlichen Gewohnheiten verdrängt.

⁶⁵ Nul ne sera distrait de ses juges naturels. - Il ne pourra être créé de commissions ni de tribunaux extraordinaires, à quelque titre et sous quelque dénomination que ce soit [zit. in: Hélie (Fn. 54), 4. fasc, 1879, p. 1104].

⁶⁶ In der nicht in Kraft getretenen Konventsverfassung vom 24.6.1793 fehlt eine Garantie des gleichen Richters [zit. in: Hélie (Fn. 54), 1. fasc, p. 376 ff.]. Die Constitution vom 14.1.1852 enthält keine Formulierung der Garantie des gesetzlichen Richters [zit. in: Hélie (Fn. 54), 4. fasc, p. 1167, 1168]. Weder der Senatus-consulte fixant la constitution de l'empire vom 21.5.1870 noch die Verfassung vom 21.5.1870 enthalten eine Garantie des gesetzlichen Richters. Die Staatsgrundgesetze der III. Republik vom 24./25.2.1875 [Loi constitutionnelle du 24 février 1875, sur l'organisation du Sénat (Collection du Bulletin des Lois, 12^o série, X, n^o 3952, p. 164); Loi constitutionnelle du 25 février 1875, relative à l'organisation des pouvoirs publics (Collection du Bulletin des Lois, 12^o série, X, n^o 3953, p. 165)] enthalten keine Garantie, ebensowenig die Verfassung vom 13.10.1946 der IV. Republik (1946-1958).

⁶⁷ Übersetzung «Gleichheit vor dem Gesetz» arg. Art. 6 S. 3, S. 4 a.E. Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte 1789: La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux. [zit. in: Hélie (Fn. 54), 1. fasc, p. 31].

⁶⁸ Die geltende französische Verfassung von 1958 verweist in ihrer Präambel auf die Erklärung von Menschen- und Bürgerrechten 1789 und auf die Präambel der Verfassung von 1946. Die Verfassung von 1946 verweist ihrerseits in der Präambel nicht nur auf die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte 1789, sondern auch auf die von den Gesetzen der Republik anerkannten Grundprinzipien (principes fondamentaux reconnus par les lois de la République).

⁶⁹ Z.B. Art. 3 des Chap. V der Verfassung vom 3.9.1791, zit. in: Hélie (Fn. 54), 1. fasc, p. 288. § 203 Tit VIII der Direktorialverfassung vom 23.9.1795, zit. in: Hélie (Fn. 54), 2. fasc, p. 453.

⁷⁰ Die Bezeichnung *common law* beschreibt hier das Richterrecht der Königsgerichte Court of King's Bench, Court of Common Pleas, Court of Exchequer im Unterschied zur

Durch die Zentralisierung ab initio stehen der absolutistischen Justizhoheit der Stuarts (1603-1714) keine dezentralen ständischen Selbstverwaltungsrechte entgegen. Eine der französischen Verfassungsgeschichte vergleichbare Konfliktlage zwischen ständischer Selbstverwaltung der Justiz und monarchischem Zentralismus ist für die englische Entwicklung von vornherein ausgeschlossen. Die Justizhoheit (*prerogative*) der englischen Monarchen kann in die zentralen *common law*-Gerichte, den *Court of King's Bench*, den *Court of Common Pleas* und den *Court of Exchequer*, nicht eingreifen. Vielmehr richtet sich die unmittelbare Ausübung der Justizhoheit in der Sternkammer (*Star Chamber*)⁷¹, der Hohen Kommission (*Court of High Commission*)⁷² und im Kanzleigericht (*Court of Chancery*)⁷³ auf das Ungenügen des aktionenrechtlichen Strengrechts⁷⁴. In diesen außerordentlichen Gerichten (*prerogative courts*) übt der Monarch die Gerichtsbarkeit durch politisch abhängige Beauftragte nach Ermessen aus⁷⁵. Darin liegt eine Parallele zum Kommissar des französischen *Ancien Régime*.

Im Kampf gegen die 1641 abgeschafften *Star Chamber*⁷⁶ und *Court of High Commission*⁷⁷ formuliert die *common law*-Opposition gegen den Stuart-Absolutismus sowohl in den *writs of prohibition*⁷⁸ gegen *Star Chamber* und *High Commission* als auch in den Präjudizien *Prohibitions del Roy* (1607)⁷⁹, *The Case of Proclamations* (1611)⁸⁰ und *The Case of the Five Knights* (1627)⁸¹ den Vorrang des Rechts (*common law*) vor der monarchischen Prerogative

billigkeitsrechtlichen Rechtsprechung (*equity*) der Kanzleigerichte *Court of Chancery*, *Appeal Court of Chancery* und zu den Gesetzen (*statutes*) des Parlaments.

⁷¹ Das Gericht der *Star Chamber* verselbständigte sich unter den Tudors (1485-1603) aus den Gerichtssitzungen des Kronrates.

⁷² Das um 1570 zum *Court of High Commission* institutionalisierte Kommissionswesen kirchlicher Kommissionen sicherte die anglikanische Reformation (*Act of Supremacy* 1534 (26 Henry VIII, c. 1), bestätigt durch den *Act of Supremacy* 1559 (1 Eliz. I, c.1.).

⁷³ Aus der Delegation der Ausübung der Justizhoheit auf den Lord Chancellor geht der *Court of Chancery* hervor.

⁷⁴ Zum aktionenrechtlichen Charakter des *common law* statt vieler: *F. Pollock/F.W. Maitland, The History of English Law before the Time of Eduard I.*, 2nd edition, vol. II, 1952, p. 558.

⁷⁵ Vgl. die Auftragsurkunden (*letters patent*), zit. in: G. W. Prothero (ed.), *Select Statutes and other Constitutional Documents illustrative of the reigns of Elizabeth and James I*, 4th edition, 1913, p. 424 f.; C. Stephenson/F. G. Marcham (ed.), *Sources of English Constitutional History: A selection of documents from A.D. 600 to the present*, 1937, Nr. 84, p. 384 ff.).

⁷⁶ The Act for the Abolition of the Court of Star Chamber vom 5.7.1641 (17 Car. I c.10), zit. in: S. R. Gardiner (ed.), *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution 1625-1660*, 3rd ed., 1906, Nr. 34, p. 179 ff.

⁷⁷ The Act for the Abolition of the Court of High Commission vom 5.7.1641 (17 Car. I. c. 11), zit. in: Gardiner (Fn. 77), Nr. 35, p. 186 ff.

⁷⁸ Vgl. für die extensive Obstruktionspraxis der *common law*-Gerichte: British Library, London Stowe MS 424, fol 158v. Als außerordentliche Rechtsmittel (*prerogative writs*) der *common law*-Gerichte sind die *writs of prohibition* prozessuale Rechtsbehelfe, die nach Ermessen auf die Kontrolle anderer Gerichte, insbesondere der Prärogativgerichte, angewendet werden.

⁷⁹ *Prohibitions del Roy* (1607 = Mich. 5 Jacobi 1) 12 Co.Rep. 64 = 77 ER 1342 per Edward Coke, C.J.

⁸⁰ *The Case of Proclamations* (1611, Mich. 8 Jac. 1) 12 Co.Rep. 74, 76 = 77 ER 1352, 1354.

⁸¹ *Darnel's Case* vom 15-28 November 1627 (auch: *the Case of the Five Knights*), zit. in: Gardiner (Fn. 77), Nr. 8, p. 57 ff.

(*royal prerogative*)⁸². Argumentative Grundlage ist der Primat des Rechts (*Supremacy of law*) nach der Cokeschen Vernunftkonzeption des *common law*.⁸³ Dieser Primat des Rechts sichert den Bestand der ordentlichen Gerichtsbarkeit durch die regelmäßige Rechtsbindung der Krone, da er den Monarchen von der persönlichen Ausübung der Justizhoheit ausschließt⁸⁴, abgesehen vom billigkeitsrechtlichen Korrekturbedarf im *Court of Chancery*. Die auf dem Vorrang des Rechts (*common law*) beruhende Unabhängigkeit der *common law*-Gerichte beruht nicht auf der Institutionalisierung einer Rechtsgewährung, sondern auf dem allgemeinen Konsens seit Vorzeiten (*concept of immortality, immortal custom*)⁸⁵. Daher erfaßt die Schutzrichtung der *rule of law* nicht die Gewährung bestimmter Gerichte für die Rechtssuchenden seitens des Monarchen, sondern die Rechtsbindung der Prerogative, nicht eigenmächtig außerordentliche Gerichte (*prerogative courts*) zu schaffen.

Der Primat des Rechts und die Rechtsbindung der Prerogative sind Ausdruck der staatstragenden Balance zwischen der Prerogative und den im *common law* garantierten Rechten der Untertanen⁸⁶. Den Balance-Gedanken verkörpern das Parlament⁸⁷ und damit auch das Parlamentsgesetz⁸⁸. Als oberstes *common law*-Gericht beansprucht das Parlament die oberste Interpretationsgewalt für die Balance zwischen freiheitssynonymen *common law* und der monarchischen Prerogative⁸⁹. Diese Gerichtskonzeption des Parlaments ist grundlegend für den 1689 durchgesetzten Souveränitätsanspruch des Parlaments, da der Monarch gegen Gesetzesbeschlüsse, nicht aber gegen Urteile sein Veto einlegen konnte⁹⁰.

⁸² Art. III The Act for the Abolition of the Court of Star Chamber vom 5.7.1641, zit. in: Gardiner (Fn. 77), 180.

⁸³ Prohibitions del Roy (1607 = Mich. 5 Jacobi 1) 12 Co.Rep. 64 = 77 ER 1343 per Edward Coke, C.J.

⁸⁴ Prohibitions del Roy (1607 = Mich. 5 Jacobi 1) 12 Co.Rep. 64 = 77 ER 1342 per Edward Coke, C.J.

⁸⁵ Vgl. *Chr. St. German*, Dialogue between a Doctor of Divinity and a student of the common law of England, ed. by T. F. T. Plucknett/J. L. Barton, 1974, p. 45; *Coke*, The First Part of the Institutes of the Laws of England: A Commentary upon Littleton, vol. I, 2nd book, 15th edition by Ch. Butler/F. Hargrave, 1794, 97b.

⁸⁶ Vgl. *Francis Bacon*: «The King's Sovereignty and the Liberty of Parliament... do not cross or destroy the one the other, but they strengthen and maintain the one the other.» (J. Spedding/R. L. Ellis/D. D. Heath, The works of Francis Bacon, vol. V: Philosophical works, 1861, p. 177).

⁸⁷ Sogar Sir John Davies, als Kronanwalt in Irland glühender Verfechter der königlichen Prerogative, beschreibt das Zusammenwirken der Vertreter im Parlament mit Bildern musikalischer Harmonie (Two Speeches by Sir John Davies before the Lords Deputy of Ireland, 1613, Sir Thomas Clarke and Lord Alvanley's MSS Lincoln's Inn London, 6).

⁸⁸ Die Konzeption des Parlamentsgesetzes als Vertrag zwischen Monarch und Untertanen liegt nahe. «Every law is a Contract between the king and the people; and therefore to be kept» (*J. Selden*, Table Talk, ed. Frederick Pollock, 1927, p. 102). Die Gesellschaftsvertragstheorien von Hobbes (1588-1679) und Locke (1632-1704) stehen in dieser Tradition.

⁸⁹ Declaration of the Houses in Defence of the Militia Ordinance v. 6.6.1642, zit. in: Gardiner (Fn. 77), Nr. 54, p. 254, 255 f. Vgl. auch The Votes of the Houses for Raising an Army v. 12.7.1642, Ebd., Nr. 56, p. 261.

⁹⁰ «for that, by the constitution and policy of this kingdom, the King by his Proclamation cannot declare the law contrary to the judgement and resolution of any of the inferior courts of

Die in der Souveränität des Parlaments institutionalisierte Entscheidung über das öffentliche Wohl nach einem übergeordneten Recht anstatt nach dem Herrscherwillen unterscheidet Lockes Gerechtigkeitsnaturrecht vom voluntaristischen Naturrecht Hobbes'.

Im Gegensatz zu dem im *common law* verkörperten Primat des Rechts nihiliert Hobbes den Unterschied zwischen Recht und Prerogative durch Negierung des Rechtes vor und außerhalb des Staates⁹¹. Die Menschen schließen aus Todesfurcht einen Gesellschaftsvertrag mit dem Inhalt, daß jeder mit jedem anderen sich verpflichtet, dem Willen des einen, dem er sich unterworfen hat, keinen Widerstand zu leisten⁹². Der zwischen den Individuen geschlossene Gesellschaftsvertrag zugunsten des Souveräns beinhaltet die bedingungslose Unterwerfung unter den souveränen Herrscher; die Gesetze des Souveräns treten an die Stelle der Naturgesetze, ihr Geltungsgrund ist die Autorität des Herrschers: Gesetz ist für Hobbes nicht eine Gerechtigkeitsnorm, sondern Befehl dessen, der die höchste Gewalt hat und dadurch die künftigen Handlungen der Staatsangehörigen bestimmen will⁹³.

Für Lockes Unterscheidung der Legislative und Exekutive ist der Widerstreit zwischen freiheitssicherndem *common law*⁹⁴ und ermessensgewährender Prerogative grundlegend: «*Where the Legislative and Executive Power are in distinct hands, (as they are in all moderated Monarchies, and well-framed Governments) there the good of the Society requires, that several things should be left to the discretion of him, that has the Executive Power*»⁹⁵. Soweit die von

justice, much less against the High Court of Parliament» (Declaration of the Houses in Defence of the Militia Ordinance vom 6.6.1642, zit. in: Gardiner, Nr. 54, p. 254, 255 f). So geht die klassische Kommentierung der Parlamentssoveränität in Blackstones Commentaries on the Laws of England [W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England, vol. 1 (Of the Rights of Persons), 1765 ND 1979, Introduction, chap. II: Of the Parliament, p. 156] von Cokes Definition der obersten Gerichtsbarkeit des High Court of Parliament aus: «Of the power and jurisdiction of the parliament, for making of laws in proceeding by bill, it is so transcendent and absolute, as it cannot be confined either for causes or persons within any bounds. Of this court it is truly said: Si antiquitatem spectes, est vetustissima, si dignitatem, est honoratissima, si jurisdictionem, est capacissima» [E. Coke, The Fourth Part of the Institutes of the Laws of England concerning the jurisdiction of Courts, in: E. and R. Brooke (ed.), The institutes of the law of England, second to fourth parts, 1797, Part IV, p. 36].

⁹¹ TH. HOBBS, Leviathan or, The Matter, Form, and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil, in: W. Molesworth (ed.), The English Works of Thomas Hobbes, vol. III, 1839 ND 1962, Part II, cap. 26 (of civil laws), p. 256 f.: «and therefore it is not that juris prudentia, or wisdom of subordinate judges; but the reason of this our artificial man the commonwealth, and his command, that maketh law».

⁹² TH. HOBBS, De cive, cap. V, 11 (De cive, The Latin version entitled in the first edition Elementorum philosophiae sectio tertia de cive and in later editions Elementa Philosophica de Cive, in: Opera philosophica quae Latine scripsit, Omnia in unum corpus nunc primum collecta, studio et labore Gulielmi Molesworth, vol. II, 1839 Reprint 1961, p. 70).

⁹³ HOBBS (Fn. 97), De cive, cap. VI, IX (p. 140).

⁹⁴ Hier schließt Recht (common law) auch das Gesetzesrecht der Legislative ein und bezeichnet das gesamte englische Rechtssystem im Unterschied zu den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen (civil law).

⁹⁵ J. LOCKE, The second treatise of government: an essay concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government, ed. by P. Laslett, 1963, chap. XIV (of prerogative), § 159 (p. 392).

der Legislative erlassenen Gesetze keine Regelung enthalten, obliegt die Entscheidung der monarchischen Exekutive nach Ermessen⁹⁶. Diese exekutive Entscheidungsgewalt nach Ermessen entspricht der monarchischen Prerogative⁹⁷. Die Ermessenentscheidung der Prerogative hat sich am öffentlichen Wohl (*publick good; common wealth*) zu orientieren⁹⁸. Das Staatswohl ergibt sich aus einem a priori bestehenden obersten, übergesetzlichen Naturgesetz (*a Law antecedent and paramount to all positive Laws of men*⁹⁹; *Fundamental Law of Nature and Government*¹⁰⁰), das alle Staatsgewalt bindet, das Selbsterhaltungstreben des einzelnen, seine Freiheit sowie seinen Besitz zu achten¹⁰¹. Damit entspricht Lockes allgemeines Naturrecht dem im *common law* verkörperten Primat des Rechts¹⁰², den die *Bill of Rights* 1689 als Herrschaft des Rechts (*rule of law*) formuliert hat¹⁰³. Die Entscheidungskompetenz des Parlaments über das öffentliche Wohl charakterisiert die Parlamentsouveränität (*soverignty of Parliament*)¹⁰⁴, die 1688/1689 gegenüber dem monarchischen Absolutismus gefordert wird.

Die in der Gewaltenteilungskonzeption des *Second Treatise of Government* (1689) formulierte Verpflichtung der Prerogative auf ein übergesetzliches Fundamentalgesetz beschreibt die in der *Glorious Revolution* 1688/89 errungene Herrschaft des Rechts (*rule of law*) und die Parlamentsouveränität (*soverignty of Parliament*), nach denen ein ordentliches englisches Gericht (*ordinary court*) nur auf Gewohnheit (*common law*) oder auf Parlamentsgesetz (*statute*) beruhen kann. Die Striktheit und Regelbindung des *common law* garantiert die sachliche Unabhängigkeit der *common law*-Gerichte. Damit hat Lockes Gewaltenteilungslehre auf die englische Bestandsgarantie für die ordentlichen Gerichte Einfluß, auch wenn der *Second Treatise of Government* die Judikative nicht als gesonderte Gewalt behandelt¹⁰⁵.

V. ENTWICKLUNG DEUTSCHER FORMULIERUNGEN

Die Entwicklung deutscher Formulierungen des Rechts auf den gesetzlichen Richter beginnt mit der landesherrlichen Emanzipation vom Reichsver-

⁹⁶ LOCKE, second treatise, Chap. XIV (Of Prerogative), § 159 (p. 392).

⁹⁷ LOCKE, second treatise, Chap. XIV (Of Prerogative), §§ 159, 160 (p. 393).

⁹⁸ LOCKE, second treatise, Chap. XIV (Of Prerogative), § 166 (p. 396).

⁹⁹ LOCKE, second treatise, Chap. XIV (Of Prerogative), § 168 (p. 397 f).

¹⁰⁰ LOCKE, second treatise, Chap. XIV (Of Prerogative), § 159 (p. 392).

¹⁰¹ LOCKE, second treatise, Chap. XIV (Of Prerogative), § 168 (p. 397). Vgl. auch *M. Rostock*,

Die Lehre von der Gewaltenteilung in der politischen Theorie von John Locke (1974), S. 108 f.

¹⁰² So auch *J. H. Franklin*, John Locke and the Theory of Sovereignty, 1978, p. 17 f.

¹⁰³ Bill of Rights I 2. Abschnitt Nrn. 1-3 (1 Gul. & Mar. Sess. 2 c 2, zit. in: Statutes at Large of England and of Great-Britain, Vol. III, 1811, p. 275, 276).

¹⁰⁴ Art. XI Bill of Rights (1 Gul. & Mar. Sess 2 c 2 (Fn. 108), p. 278).

¹⁰⁵ LOCKE, Second treatise, chap. IV (of prerogative). Über die nötige unabhängige Stellung der Richter äußert sich Locke: »indifferent and upright judges, who are to decide controversies by those laws» (Second treatise, § 131).

band nach dem Westfälischen Frieden. Der Ausbau der Territorialstaaten geht einher mit dem Bündnis zwischen Aufklärung und landesherrlichem Absolutismus im 17. und 18. Jahrhundert. Aufgeklärt-absolutistische Formulierungen des Rechts auf den gesetzlichen Richter¹⁰⁶ beinhalten keine konstitutionelle Beschränkung der landesherrlichen Justizhoheit. Denn im *ius publicum universale* des aufgeklärten Absolutismus gehört die Justizgewalt zu den besonderen Hoheitsrechten des Regenten¹⁰⁷, d.h. zu den «mit der obersten Gewalt unzertrennlich verbundenen Rechten»¹⁰⁸. Diese Konzentration der Hoheitsrechte im Begriff der «obersten Gewalt» erstaunt, wenn man bedenkt, daß 1718 die erste deutsche Übersetzung von Lockes *Second Treatise of Government* (1689) erschienen ist und 1753 *Montesquieus L'esprit des Lois* (1748) in die deutsche Sprache übertragen wurde. War die deutsche Staatsrechtslehre des 18. Jahrhunderts von den Ideen der Aufteilung staatlicher Gewalt unbeeinflusst?

Bis in die zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts taucht Lockes *Treatise* nicht in den einschlägigen Juristischen Nachschlagewerken auf: Weder Lipenius noch Struve erwähnen Locke in ihren juristischen Bibliographien¹⁰⁹. Nur Johann Friedrich von Pfeiffer hat im fünften Band seines Nachschlagewerkes über zeitgenössische Politik- und Staatswissenschaftler Lockes *Treatise* ausführlich besprochen¹¹⁰.

Der Rechtslehrer Ephraim Gerhardt zitiert Lockes Abhandlung in seiner 1712 in Jena erschienenen *Delineatio juris naturalis*¹¹¹. Die erste gründliche Auseinandersetzung mit dem *Second Treatise* findet sich in der 1719 erschienenen Streitschrift Gottlieb Samuel Treuers zur «Disquisitio politica vom absoluten Fürsten-Recht», eines Wilhelm Frey Herrn von Schrödern¹¹². Ein weiteres Mal sind die *Treatises* beim Thomasius-Schüler Nicolaus Gundling im *Discours über das Natur- und Völkerrecht* von 1734 vermerkt, mit dem pauschalen Hinweis auf «ein unvergleichliches Buch und in politicis gut zu gebrauchen»¹¹³. Auch in

¹⁰⁶ Z.B. § 79 Einleitung ALR 1794 (H. Hattenhauer/G. Bernert (Hrsg.)), 2. Aufl., 1994, S. 59).

¹⁰⁷ G. ACHENWALL, Die Staatsklugheit nach ihren ersten Grundsätzen, 3. Aufl., 1774, S. 26; H. G. SCHEIDEMANTEL, Das allgemeine Staatsrecht überhaupt und nach der Regierungsreform, 1775 ND 1979, S. 95 ff., 145 ff.

¹⁰⁸ E. F. KLEIN, Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft nebst einer Geschichte derselben, 1797, S. 255; Vgl. auch F. G. von Hertlein, Juridisch-Politischer Versuch über die Wesentlichen Rechte der Majestät, nach den Grundsätzen des allgemeinen Staatsrechts, 1787, S. 12.

¹⁰⁹ B. STRUVE, Bibliotheca Iuris Selecta, 8. Aufl., 1756 ND 1970; M. LIPENIUS, Bibliotheca Realis Juridica, Band I und II, 1757 ND 1970. In dem Ergänzungsband (Bd. III, Supplementa Ac Emendationes 1, 1775 ND 1970) ist Locke erwähnt.

¹¹⁰ J. F. VON PFEIFFER, Berichtigungen berühmter Staats-, Finanz-, Policei-, Cameral-, Commerz- und ökonomischer Schriften dieses Jahrhunderts, 1781-1784, Bd. V, S. 406-433.

¹¹¹ E. GERHARDT, Delineatio juris naturalis, 1712, zit. nach D. Klippel, Die Theorie der Freiheitsrechte am Ende des 18. Jahrhunderts, 1976, S. 88 Fn. 79.

¹¹² G. S. TREUER, Wilhelm Frey Herrn von Schrödern «Disquisitio politica vom absoluten Fürsten-Recht» mit nöthigen Anmerkungen versehen, welche derselben gefährliche Irrthümer deutlich entdecken und solches praetendirende Recht gründlich untersuchen, 1719. Über Treuers Anmerkungen U. Wilhelm, Der deutsche Frühliberalismus, Von den Anfängen bis 1789, 1995, S. 44 ff.

¹¹³ N. GUNDLING, Discours über das Natur- und Völkerrecht, 1734, angeheftet an idem, Discours über die Politic, 1733, cap. VII §§ 12, 13, 105; cap. XXVIII §§ 1-15 (385 FN).

den Naturrechts-Lehrbüchern und –Systemen des 18. Jahrhunderts finden sich keine Spuren von Lockes *Second Treatise*: Christian Thomasius erwähnt die Lockesche Abhandlung über die Regierung weder in seinen *Fundamenta Juris Naturae et Gentium* (1705)¹¹⁴ noch in seiner *Historia Juris Naturalis* (1719)¹¹⁵. Auch für Christian Wolff läßt sich keine Locke-Rezeption nachweisen, weder in seinem Briefwechsel mit Leibniz 1690-1698¹¹⁶ noch in den staatsrechtlichen Teilen des *Jus naturae methodo scientifico pertractum* (1740-48)¹¹⁷ oder in den *Institutiones juris naturae et gentium* (1750)¹¹⁸. Diese Reihe läßt sich fortsetzen mit Heineccius' *Grundlagen des Natur- und Völkerrechts* (1737)¹¹⁹, mit Hufelands *Lehrsätze des Naturrechts* (1790)¹²⁰ und mit Martinis *Lehrbegriff des Naturrechts zum Gebrauch in den öffentlichen Vorlesungen in den k.u.k. Staaten* (1799)¹²¹, die den *Second Treatise* nicht erwähnen.

Die Verarbeitung der Staatstheorie Lockes ist in Deutschland bis zum Ende des 18. Jahrhunderts unterblieben¹²².

Für Montesquieu ist das Bild nur auf den ersten Blick ein anderes: Montesquieu wird in der Literatur des 18. Jahrhunderts durchaus genannt¹²³. Seine Idee einer Gewaltenverteilung ist in der deutschen Staatsphilosophie nach 1750 auch bekannt, nicht aber populär. Der Nationalökonom Johann Heinrich Gottlob von Justi bemerkt in seiner 1760 erschienenen Abhandlung von *Natur und Wesen der Staaten als die Quelle aller Regierungswissenschaften und Gesetz*, daß es für die Völker «allemaal rathsamer und sicherer ist, wenn sie

¹¹⁴ CHR. THOMASIUS, *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*, 4. Aufl. 1718 ND 1963, lib III, cap. 5 §§ 10-11, 276 f erwähnt Grotius, Pufendorf und Huber, nicht aber Locke.

¹¹⁵ CHR. THOMASIUS, *Historia Juris Naturalis*, 1719, cap. VI §§ IX-XI, S. 80-84 erwähnt nur Hobbes, Aubry und Cumberland, nicht aber Locke.

¹¹⁶ Z.B. Brief vom 4.4.1705, in: C. I. Gerhardt (Hrsg.), *Briefwechsel zwischen Leibniz und Christian Wolff*, 1860 ND 1963, S. 23; Brief vom 15.10.1705, Ebd., S. 40.

¹¹⁷ CHR. WOLFF, *Jus Naturae*, Hrsg. von M. Thomannus, P. VIII, 1748 ND 1968, § 66, S. 41; § 69 f, S. 43 f; § 102, S. 70; §§ 10, 13, S. 8, 10 erwähnt nur Hobbes, Grotius, Huber und Aristoteles.

¹¹⁸ CHR. WOLFF, *Institutiones Juris Naturae et Gentium*, Pars III, 1750 ND 1969, Sect II, §§ 972-1087, S. 597 - 679.

¹¹⁹ J. G. HEINECCIUS, *Grundlagen des Natur- und Völkerrechts*, übersetzt von P. Mortzfeld, 1994, cap. I § 15, S. 32 setzt sich nur mit Lockes Erkenntnistheorie auseinander.

¹²⁰ G. HUFELAND, *Lehrsätze des Naturrechts*, 1790 ND 1973.

¹²¹ K. A. VON MARTINI, *Lehrbegriff des Naturrechts zum Gebrauch in den öffentlichen Vorlesungen in den k.u.k. Staaten*, 1799 ND 1970.

¹²² So auch Klippel, *Freiheit* (Fn. 111), S. 88; *ders.*, *Naturrecht als politische Theorie. Zur politischen Bedeutung des deutschen Naturrechts im 18. und 19. Jahrhundert*, in: H. E. Bödeker/U. Herrmann (Hrsg.), *Aufklärung als Politisierung-Politisierung als Aufklärung*, 1987, S. 267.

¹²³ H. FENSKE, Art. »Gewaltenteilung«, in: O. Brunner/W. Conze/R. Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe, Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 2, 1975, S. 923, 935; R. Vierhaus, *Montesquieu in Deutschland*, in: E.-W. Böckenförde (Hrsg.), *Collegium Philosophicum, Festschrift für Joachim Ritter*, 1965, S. 403 ff. Dazu jüngst H. Mohnhaupt, *Zu Einfluß, Wirkung und Funktion von deutschen Übersetzungen französischer Schriften in Deutschland: Bodin, Montesquieu und Sieyes*, in: J.-F. Kervégan/H. Mohnhaupt, *Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeptionen von Recht und Philosophie in Deutschland und Frankreich*, 2001, S. 1, 27 ff.

Niemand eine uneingeschränkte oberste Gewalt anvertrauen, das ist, wenn sie nicht alle Zweige und Theile der obersten Gewalt in einerley Hände geben»¹²⁴. Vielmehr sollten «die verschiedenen Theile der obersten Gewalt in ein gerechtes Verhältniß und Gleichgewicht mit einander gesetzt werden»¹²⁵. Im gleichen Jahr plädiert der Schweizer Physiokrat Isaak Iselin in seinem *Versuch über die Gesetzgebung* (1760) dafür «die Gewalt... so viel möglich... zu vertheilen und zu mässigen, daß auch der Wille dieselbe zu mißbrauchen, von dem Vermögen dazu entblößt sey»¹²⁶. Beide Stimmen drücken jedoch den wirtschaftspolitischen Blickwinkel des Nationalökonom Johann Heinrich Gottlob von Justi und des Physiokraten Isaak Iselin aus: Träger des politischen Gemeinwesens ist nicht mehr der Staat, sondern die Vielzahl der den Staat bildenden gesellschaftlichen Gliederungen, deren ökonomischer Zustand individuelle und allgemeine Glückseligkeit grundlegt.

Die meisten Staatsrechtler des 18. Jahrhunderts jedoch lehnen den Gedanken der Teilbarkeit der obersten Staatsgewalt ab. Der Regent vereinigt in seiner Person alle Staatsgewalt (*plenitudo potestatis*): das Majestätsrecht der Gesetzgebung, der Gerichtsbarkeit und der Regierung. Weder die erkennbare aristotelische Dreiteilung¹²⁷ in beratende (gesetzgebende), exekutive und richterliche Tätigkeit noch die Ausübung durch unterschiedliche Staatsbedienstete bedeutet eine Teilung der drei selbständigen Gewalten: «*Neque ipsi [principes] legislatoriam potestatem antiquis temporibus satis cognoverunt nec a potestate iudiciali illam sat distinxerunt*»¹²⁸, vernehmen wir Johann August Reichardt in seiner *Jenaer Disseration* von 1769. Außerdem würde - nach der Ansicht von Heinrich Gottlieb Scheidemantel - die Wohlfahrt des Staats unter der Gewaltenteilung leiden, denn «einer würde des andern Absicht vereiteln, seine Macht entkräften»¹²⁹. Noch 1824 ist die Gewaltenteilungslehre für Johann Christoph Freiherr von Aretin ein «papierener Imperativ»¹³⁰.

¹²⁴ J. H. G. VON JUSTI, Die Natur und das Wesen der Staaten, als die Grundwissenschaft der Staatskunst, der Policy, und aller Regierungswissenschaften, desgleichen als die Quelle aller Gesetze, 1760, S. 97. Träger eines politischen Gemeinwesens ist bei Justi nicht mehr der Staat, verkörpert im monarchischen Souverän, sondern die Vielzahl der den Staat bildenden gesellschaftlichen Gliederungen. Dazu auch L. Pahlow, Justiz und Verwaltung, Zur Theorie der Gewaltenteilung im 18. und 19. Jahrhundert, 2000, S. 58.

¹²⁵ VON JUSTI (Fn. 134), S. 154.

¹²⁶ I. Iselin, Versuch über die Gesetzgebung, 1760, ND 1978, S. 25 f. Vgl. Pahlow (Fn. 124), S. 58.

¹²⁷ ARISTOTELES, Politik, IV. Buch, Nr. 14, 1297b41-1298a3, dtv-Klassik, 6. Aufl., 1986, S. 157. Dazu auch Tsatsos (Fn. 44), S. 11, 13 ff. Zur staatlichen Strukturierung der absolutistischen Herrschaftsgewalt in die drei Gewalten bei den rationalistisch-atomistischen Staatskonstruktoren des 17. Jahrhunderts, vgl. K. Kluxen, Die Herkunft der Lehre von der Gewaltentrennung, in: J. Engel/H. M. Klinkenberg (Hrsg.), Kallen-Festschrift, 1957, S. 219 ff.

¹²⁸ J. A. REICHARDT, Selecta de iure statuum provincialium concurrente circa legislatoriam potestatem, quae praeside..., submittet Christoph Christianus Ludovicus Hoenninger, 1769, S. 15.

¹²⁹ H. G. SCHEIDEMANTEL, Das Staatsrecht nach der Vernunft und den Sitten der vornehmsten Völker betrachtet, Bd. 1, 1770, S. 161.

¹³⁰ J. CHR. FREIHERR VON ARETIN, Wie darf man in den deutschen Bundesstaaten über politische Gegenstände schreiben?, 1824, S. 93.

Auch Vertreter des deutschen Idealismus setzen sich für die einheitliche Staatsgewalt ein. In Fichtes *Grundlagen des Naturrechts und Prinzipien der Wissenschaftslehre* (1796) umfaßt die exekutive Gewalt sowohl die richterliche als auch die ausübende Gewalt im engeren Sinn¹³¹, und die Unterscheidung zwischen legislativer und exekutiver Gewalt ist für Fichte «untunlich»¹³². Im *System der Rechtslehre* (1812) lehnt Fichte die Gewaltenteilung als «künstliche Verfassung» ab¹³³. Auch in Hegels *Grundlinien der Philosophie des Rechts, Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (1821) wird die Gewaltenteilung abgelehnt¹³⁴. Noch im *System der Sittlichkeit, Schriften zur Politik und Rechtsphilosophie* (1802/1803) hatte sich Hegel mit Montesquiueus Gewaltengliederung auseinandergesetzt¹³⁵. Auch für den Hegel-Schüler Eduard Gans ist die Staatsgewalt ungeteilt¹³⁶.

Der Eingriff des Monarchen in die Rechtspflege durch eigene Entscheidung eines Rechtsfalls oder Vorgaben für das entscheidende Gericht ist eine *sententia ex plenitudine potestatis*, also ein Machtspruch. Davon wird der Rechtsspruch als Gerichtsentscheidung im Rahmen eines justizförmigen Verfahrens unterschieden. Diese Gegenüberstellung Machtspruch-Rechtsspruch in der ab 1750 einsetzenden Machtspruchkritik geht nicht von einer wirklichen Trennung von Regierungsgewalt und Justizhoheit aus. «Der Grund des Rechts, Macht-Sprüche zu erteilen, wird aus der plenitudine potestatis, das ist, aus der Macht-Vollkommenheit derer Regenten hergeleitet»¹³⁷, formuliert Johann Jacob Moser 1750 in seiner *Abhandlung von Kayserlichen Macht-Sprüchen In Rechts- Staats- und Gemischten Sachen*. Auch David Georg Struben geht 1761 in den *Nebenstunden, 13. Abhandlung: Von Regierungs- und Justizsachen*, von der Vereinigung der Gewalten beim Monarchen aus¹³⁸. Mit dieser Prämisse stimmt auch Philipp Joseph Pandin de Jariges in seinen *Réflexions philosophiques et historiques, d'un jurisconsulte, adressées à son ami à Turin sur l'ordre de la procedure, et sur les décisions arbitraires et immédiates du Souverain* (1765) überein¹³⁹. Gleichlautende Formulierungen finden sich bei Johannes Ulrich von Cramer in

¹³¹ J. G. FICHTE, *Grundlagen des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, 2. Aufl., 1960, S. 159.

¹³² FICHTE (Fn. 131), S. 16.

¹³³ FICHTE, *System der Rechtslehre*, in: I. H. von Fichte (Hrsg.), *Sämtliche Werke*, Bd. 2, 1845, S. 631 f.

¹³⁴ G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, mit Hegels eigenhändigen Randbemerkungen, Hrsg. von J. Hoffmeister, 4. Aufl., 1955, §§ 272, 273, 275, 287. Vgl. dazu L. Siep, *Hegels Theorie der Gewaltenteilung*, in: H.-Chr. Lucas/O. Pögeler (Hrsg.), *Hegels Rechtsphilosophie im Zusammenhang der europäischen Verfassungsgeschichte*, 1986, S. 387 ff.

¹³⁵ HEGEL, *System der Sittlichkeit*, Unveränd. ND aus «*Schriften zur Politik und Rechtsphilosophie*», Hrsg. von G. Lasson, 1967, S. 489.

¹³⁶ E. GANS, *Vermischte Schriften*, Bd. I, 1834, § 7.

¹³⁷ J. J. MOSER, *Abhandlung von Kayserlichen Macht-Sprüchen In Rechts- Staats- und Gemischten Sachen*, 1750, § 5, S. 8 f.

¹³⁸ D. G. STRUBEN, *Nebenstunden, Dritter Theil*, 1761, 13. Abhandlung: *Von Regierungs- und Justizsachen*, S. 43, 51, 68.

¹³⁹ PH. J., PANDIN DE JARIGES, *Réflexions philosophiques et historiques, d'un jurisconsulte, adressées à son ami à Turin sur l'ordre de la procedure, et sur les décisions arbitraires et immédiates du Souverain*, 1765, S. 21.

seinem *Systema Processus Imperii seu Superiorum Augustissimorum Tribunalium* (1768)¹⁴⁰ und bei Wigulæus Freyherr von Kreittmayr in seinem *Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayrischen Staatsrechtes* (1770)¹⁴¹. Die Trennung der Regierungs- und Justizsachen läßt nach Jacob Gottlieb Siebers' *Abhandlung von der Macht der Reichsstände und Gerichtsherrn Selbst Recht zu sprechen* (1773) die Machtvollkommenheit des Landesherrn unberührt, eine Rechtssache selbst durch Machtspruch zu entscheiden¹⁴².

Die Übertragung der Rechtsprechung auf rechtsgelehrte Richter sondert die Justizhoheit nicht aus der einheitlichen landesherrlichen Majestät auf unabhängige Verfassungsorgane aus¹⁴³. Die verschiedenen Hoheitsrechte können durch unterschiedliche Staatsbedienstete ausgeübt werden, dies bedeute aber noch nicht Trennung der Hoheitsrechte von der höchsten Gewalt¹⁴⁴. Ausgehend von der einheitlichen monarchischen Staatsgewalt sind die Richter «Gehülffen der Regierung»¹⁴⁵, «welche von dem Staate mit einem Theile der vollziehenden Gewalt bekleidet»¹⁴⁶ sind. Anstelle der ordentlichen Richter ist der Landesherr aufgrund seiner Justizhoheit zum Machtspruch berechtigt, «so oft es das öffentliche Wohl erheischt»¹⁴⁷, «als es utilitas vel necessitas publica erfordert»¹⁴⁸, «necesse est»¹⁴⁹, in «justa causa»¹⁵⁰, wenn die allgemeine Wohlfarth... Gefahr läuft»¹⁵¹, zur «Erhaltung des Wohls des Staates»¹⁵², «wenn der Fall von der Art ist, daß durch Verwaltung einer unpartheiischen Justiz der

¹⁴⁰ J. U. FREIHERR VON CRAMER, *Systema Processus Imperii seu Superiorum Augustissimorum Tribunalium*, 1768, Sectio I tit I (De origine ac constitutione generali supremorum imperii tribunalium), § 10, S. 4.

¹⁴¹ W. FREIHERR VON KREITTMAYR, *Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayrischen Staatsrechtes*, Erster Theil: Von dem allgemeinen Staatsrechte, 2. Aufl., 1789, S. 20 f.

¹⁴² J. G. SIEBERS, *Abhandlung von der Macht der Reichsstände und Gerichtsherrn Selbst Recht zu sprechen*, 1773, S. 18 (§ 24), S. 27 (§ 32).

¹⁴³ SIEBERS (Fn. 142), S. 9 f: «§ 13. Es mag nun ein freyer Wille oder eine Nothwendigkeit seyn, das Gericht durch andere verwalten zu lassen; so findet man eben darinn den Unterschied der Gerichtsbarkeit und deren Ausübung, des Gerichtsherrn und dessen, so sie Nahmens seiner ausübet. Jener bleibt allemal der Herr des Gerichts und der Gerichtsbarkeit».

¹⁴⁴ SCHEIDEMANTEL (Fn. 129), Bd. 1, S. 157.

¹⁴⁵ N. TH. VON GÖNNER, *Commentar über das Königl. baierische Gesetz vom 22. Juli 1819*, 1820, S. LV. Vgl. auch Ph. J. Siebenpfeiffer, *Gerichtsverfassung, Die Gerichtsverfassung des Rheinkreises*, in: Rheinbayern, Bd. 1, 1830, S. 48 ff.

¹⁴⁶ W. H. PUCHTA, *Über die Grenzen des Richteramtes in bürgerlichen Rechtssachen*, 1819, S. 10.

¹⁴⁷ R. MAURENBRECHER, *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, 1837, § 189 (Besondere Anwendungen der vollziehenden Gewalt), A. Von der richterlichen Gewalt der deutschen Regenten, S. 337.

¹⁴⁸ VON KREITTMAYR (Fn. 141), S. 20 f.

¹⁴⁹ JOHANN STEPHAN PÜTTER, *Elementa Iuris Germanici Privati Hodierni in usum auditorum*, 1748, § 814, S. 258.

¹⁵⁰ VON CRAMER (Fn. 140), S. 4.

¹⁵¹ SIEBERS (Fn. 142), S. 49.

¹⁵² K. F. HÄBERLIN, *Handbuch des Teutschen Staatsrechts nach dem System des Herrn Geheimen Justizrath Pütter*, Zweyter Band, Neue Auflage, 1794, Siebentes Buch: Von Regierungsrechten, die auf besondere bestimmte Zwecke gerichtet sind, und zwar erstlich von den innern und wesentlichen, Erstes Kapitel: Von der richterlichen Gewalt, § 300, S. 479.

Staat der größten Gefahr ausgesetzt würde»¹⁵³, «des gemeinen Bestens halber (*necessitas rei publicae; utilitas publica*)»¹⁵⁴. Das Staatswohl obliegt nicht der alleinigen Entscheidungsgewalt des Landesherrn, sondern der mit den Landständen gemeinsamen Beurteilung¹⁵⁵. Dies ergibt sich aus dem Vorrang des vernunftbestimmten Normzwecks vor dem Herrscherwillen, der auch die ab 1750 geläufige Unterscheidung zwischen Rechtspruch und Machtspruch begründet. Der politische Wille des Landesherrn ist für Regierungssachen maßgeblich¹⁵⁶, der vernunftbestimmte Normzweck für Justizsachen¹⁵⁷.

Daher begründen die genannten Autoren ihre Machtspruchkritik auch nicht mit der Notwendigkeit der Gewaltenteilung gegen Machtmißbrauch, sondern vielmehr mit der Belastung des Monarchen durch die Regierungsgeschäfte¹⁵⁸ oder mit dem Mangel an «juristischer Fachkenntnis», «Kaltblütigkeit» und «Zeit»¹⁵⁹. Bei Betroffenheit von landesherrlichen Interessen erregt der Machtspruch den Verdacht der Parteilichkeit¹⁶⁰ oder macht den Landesherrn zum Richter in eigener Sache¹⁶¹. Überdies würden die Untertanen nicht gleichbehandelt, wenn des einen Rechtssache vom Landesherrn selbst, des anderen Anliegen aber von den ordentlichen Gerichten entschieden wird. So ist für Jacob Gottlieb Siebers... «des Herrn Wille, daß der Beklagte oder der Kläger in der Kürze zu seinem Rechte gelange... auch keine Ursache, warum der eine oder der andere vor so vielen hunderten und tausenden den Vorzug habe»¹⁶². Fehlerhafte Immediateingaben der Supplikanten¹⁶³ oder fehlerhafte juristische Prüfungen¹⁶⁴ können zur materiellrechtlichen Ungerechtigkeit eines Machtspruchs führen¹⁶⁵.

Trotz Koinzidenz des Erscheinens von Montesquieus Geist der Gesetze 1748 und der 1750 einsetzenden Machtspruchkritik läßt sich demnach keine Rezeption der Gewaltenteilung Montesquieus nachweisen. Erkennbar ist allenfalls das Interesse am Thema der Verschiedenheit von Regierungs- und Justizsachen¹⁶⁶, angeregt durch die eifrig zitierten montesquieuschen Textvor-

¹⁵³ HÄBERLIN (Fn. 152), § 300, S. 477.

¹⁵⁴ D. G. STRUBEN, *Rechtliche Bedenken, Vierter Theil, 1772*, 49. Bedenken, S. 113; *ders.*, *Nebenstunden* (Fn. 138) § 4, S. 50 (Gesetze), S. 53 (Verfügungen).

¹⁵⁵ STRUBEN, *Nebenstunden* (Fn. 138), S. 69.

¹⁵⁶ STRUBEN, *Gründlicher Unterricht von Regierungs- und Justizsachen; worin untersucht wird: Welche Geschäfte ihrer Natur und Eigenschaften nach vor die Regierungs- oder Justiz-Collegia gehören, beigeheftet bei den rechtliche Bedenken, Fünfter Theil, 1788*, S. 23: «pro prudenti imperantium arbitrio».

¹⁵⁷ SIEBERS (Fn. 142), S. 4 f: «Jene mißt... nach Wohlfarth des Staats und der Unterthanen... diese... nach den Gesetzen und deren Verstande ab.»

¹⁵⁸ W. H. PUCHTA, *Die Landgerichte in Bayern und ihre Reform, 1834*, S. 96 ff.

¹⁵⁹ N. TH. VON GÖNNER, *Handbuch des deutschen gemeinen Processes, Teil I, 2. Aufl., 1804*, S. 9 f; *ders.*, *Deutsches Staatsrecht, 1804*, S. 474 f.

¹⁶⁰ SIEBERS (Fn. 142), S. 13.

¹⁶¹ SIEBERS (Fn. 142), S. 42 ff.

¹⁶² SIEBERS (Fn. 142), S. 10 ff.

¹⁶³ PANDIN DE JARIGES (Fn. 139), S. 20 ff..

¹⁶⁴ PANDIN DE JARIGES (Fn. 139), S. 22.

¹⁶⁵ PANDIN DE JARIGES (Fn. 139), S. 21.

¹⁶⁶ SIEBERS (Fn. 142), S. 4 f: «§ 7 Die Geschäfte der Regierung und die Geschäfte der Gerichtsbarkeit sind mächtig von einander unterschieden».

lagen aus dem VI. Buch 5. und 6. Kapitel *De L'Esprit des Lois* (1748)¹⁶⁷. Außer bei Jacob Gottlieb Siebers und David Georg Struben finden sich Zitate auch noch bei Karl Friedrich Häberlin¹⁶⁸.

Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit diesen Passagen aus dem Geist der Gesetze gegen die unmittelbare Ausübung der Justizhoheit durch den Herrscher selbst (VI. Buch 5. Kapitel) oder durch Regierungsmitglieder (VI. Buch 6. Kapitel)¹⁶⁹ findet jedoch nicht statt. Montesquieus Gedanke der Vermittlung der Justizhoheit durch ordentliche Justizbeamte wird von Jacob Gottlieb Siebers und Karl Friedrich Häberlin nicht aufgegriffen. David Georg Struben paraphrasiert zwar in der *Abhandlung Von Regierungs-und Justizsachen* aus den *Nebenstunden* die Montesquieusche Textvorlage in VI 5 und XI 6¹⁷⁰, distanziert sich aber ausdrücklich von jeder Einschränkung der monarchischen Justizhoheit: «In Teutschland hat jedoch weder zu ältern noch zu neuern Zeiten es der Freyheit Abbruch gethan, daß mit den Fürsten, und denjenigen, welche sie in Regierungs-Sachen zu Rath zogen, die Gerichts-Höfe vielfältig besetzt worden»¹⁷¹. Und Johann Jacob Moser bezeichnet die Relevanz von Montesquieus Gedanken der Gewaltenteilung für das Verbot von Machtsprüchen explizit als «null und nichtig»¹⁷².

Im ALR 1794 findet die Staatslehre des 18. Jahrhunderts Eingang in das geschriebene Verfassungsrecht. Die auf ständischen Druck aufgenommene Selbstverpflichtung des aufgeklärt absolutistischen Herrschers, den Untertanen «die durch die Gesetze angewiesenen Gerichte» (§ 79 Einleitung ALR 1794) nicht zu entziehen, wird aus Zweckmäßigkeitgründen zur Durchsetzung der Staatsräson gewährt¹⁷³. Eine Einschränkung der monarchischen Hoheitsrechte

¹⁶⁷ «§ 29. Der Herr von Montesquieu in seinem in vielem Betracht vortrefflichen Buche de l'esprit des lois hält es in monarchischen Staaten vor nothwendig, daß der Monarch und sein Geheimer Staatsrath mit der Entscheidung einzelner Fälle sich nicht abgeben, sondern selbige lediglich den zur Verwaltung der Justiz gesetzten Collegien überlassen müsse. Ja er behauptet, daß eine Monarchie aufhöre, es zu seyn, wenn solches geschähe. Ich will seine Worte aus dem 6ten und 7ten Capitel des sechsten Buchs selbst hersetzen.» [Es folgt das Montesquieu-Zitat aus VI, 5, nicht wie von Siebers irrtümlich angegeben aus VI, 6] (SIEBERS (Fn. 142), S. 23 f). Mit VI, 6 belegt Siebers die Verschiedenheit von Regierung (Minister) und Gerichtsbarkeit (Richter) (Ebd., S. 24).

¹⁶⁸ HÄBERLIN (Fn. 152), § 261, S. 302 f: «Der scharfsinnige Montesquieu sagt in seinem Buche über den Geist der Gesetze: in den despotischen Staaten darf der Fürst richten, nicht so in monarchischen: sonst würde die Verfassung zerstöret, die Form der gerichtlichen Entscheidung aufgehoben, die Gemüther aber mit bleichender Furcht erfüllt werden».

¹⁶⁹ MONTESQUIEU, wie oben Fn. 33.

¹⁷⁰ STRUBEN (wie Fn. 138, S. 44) paraphrasiert VI 5 und XI 6 De L'Esprit des Lois: «eine solche Vereinigung könne mit der Freyheit nicht bestehen; die rechtliche Entscheidungen würden gar leicht willkürlich, mithin ließe das Leben, die Freyheit und Güter der Unterthanen Gefahr, wenn diejenigen, welche die höchste Gewalt in Händen haben, sich auf den Richter-Stuhl setzten. Eben deswegen sey in den mehresten Europäischen Königreichen die Regierungs-Form nicht despotisch, weil man in selbigen die Rechts-Händel durch Unterthanen erörtern ließe. Ein Fürst müsse Richter bestellen, nicht aber selbst richten».

¹⁷¹ STRUBEN (Fn. 138), S. 44.

¹⁷² MOSER (Fn. 137), § 9 aE, S. 15.

¹⁷³ Vgl. A. SCHWENNICK, Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794, 1993, S. 353.

durch Gewaltenteilung lag den Redaktoren fern, wie die Kritik der Gewaltenteilung in den Kronprinzenvorträgen des Carl Gottlieb Svarez belegt¹⁷⁴.

Auch die Schutzrichtung der frühkonstitutionellen Formulierungen, wie z.B. in Tit. V, § 4 der Constitution für das Königreich Bayern vom 1.5.1808 oder § 2 Nassau-Patent vom 2.9.1814¹⁷⁵, ergibt sich aus ihrer Struktur als Gewährleistungen kraft monarchischer Machtvollkommenheit. Die frühkonstitutionelle Selbstbindung durch Verfassungsoktroi steht in der Tradition der Orientierung des aufgeklärten Monarchen am Recht, dem vernunftbestimmten Normzweck.

Gemeinsam ist den aufgeklärt absolutistischen und frühkonstitutionellen Formulierungen die Eigenart staatlich verliehener Rechtspositionen. Sie beinhalten daher keine vorstaatlichen Freiheitsrechte, sondern die Selbstbindung des Monarchen, den Rechtsuchenden nicht willkürlich die Zuständigkeiten in der aufzubauenden einheitlichen staatlichen Gerichtsorganisation zu entziehen, ohne freilich die Willkürgrenze für hoheitliche Eingriffe zu bestimmen. Damit erweisen sich die frühkonstitutionellen Garantien gegen die Justizwillkür des Metternichschen Systems als wirkungslos.

Unter dem Eindruck der polizeistaatlichen Repressalien der Restauration entwirft das von der Kantschen Philosophie beeinflusste liberale Schrifttum die rechtsstaatliche Konzeption der Garantie des gesetzlichen Richters. Diese rechtsstaatliche Formulierung des Rechts auf den gesetzlichen Richter beruht auf der Gewaltenteilungskonzeption des 19. Jahrhunderts.

Anders als die Konzentration der Hoheitsrechte im Majestäts-Begriff der aufgeklärt-absolutistischen Staatslehre wurden gegen Ende des 18. Jahrhunderts im Allgemeinen Staatsrecht «Gewaltenteilung» und «Gewaltentrennung» als herrschaftsbeschränkende Modelle intensiv diskutiert¹⁷⁶. Mit dem Hinweis auf die Gefahr des Machtmißbrauches geben die Staatsrechtler ab 1790 den Begriff der uneingeschränkten «obersten Gewalt» auf: «[Die] Einherrschaft [ist] die gefährlichste, wenn sie unumschränkt [ist]» vernehmen wir August Ludwig Schlözer in seinem 1793 erschienenen *Allgemeines StatsRecht und StatsVerfassungslere*.

Die theoretische Begründung der notwendigen Beschränkung staatlicher Gewalt liefert Immanuel Kant in seinen Abhandlungen *Über den Gemeinspruch*:

¹⁷⁴ C. G. SVAREZ, Über den Einfluß der Gesetzgebung in der Aufklärung (1789), in: H. Conrad/G. Kleinheyer (Hrsg.), Vorträge über Recht und Staat, 1960, S. 469, 474. Vergleichbar ist Ernst Ferdinand Kleins Vertrauen in den monarchischen Absolutismus (*E. F. Klein, Freyheit und Eigentum*, abgehandelt in 8 Gesprächen über die Beschlüsse der französischen Nationalversammlung, 1790, S. 164).

¹⁷⁵ Tit V, § 4 Constitution für das Königreich Bayern 1.5.1808: Der König kann... vielweniger eine Partei ihrem gesetzlichen Richter entziehen. (zit. in: K. H. L. Pölit, Die Constitutionen der europäischen Staaten seit den letzten 25 Jahren, Zweiter Theil, 1817, S. 140 f); § 2 Nassau-Patent vom 2.9.1814:..., auch daß keiner Unserer Unterthanen jemals seinem gewöhnlichen Gerichtsstande, und durch die Gesetze vorher bestimmten ordentlichen Richter, durch außerordentliche Maasregeln, entzogen werde. (Ebd., S. 300).

¹⁷⁶ Zur fehlenden begrifflichen Unterscheidung zwischen Gewaltentrennung und -teilung vgl. *Fenske* (Fn. 123), S. 942.

Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (1793), Zum ewigen Frieden (1795) und vor allem in den *Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre*, dem ersten Teil der *Metaphysik der Sitten* (1797/98). Nach dem kantianischen Kerngedanken der Selbstzweckhaftigkeit des Menschen als vernunftbegabtes, mit freiem Willen ausgestattetes Wesen¹⁷⁷ ist es kein Freiheitsverzicht, sondern ein Willensakt, den vorstaatlichen Naturzustand zu überwinden und gegenseitig in den der praktischen Vernunft entsprechenden rechtlichen Zustand zu treten. Erst mit diesem Ansatz können Menschenrechte als unveräußerliche und unverzichtbare Rechte begriffen werden. Die a priori-Vernunftgegebenheit der Menschenrechte im bürgerlichen Rechtsstaat¹⁷⁸ läßt nur eine begrenzte Staatsgewalt zu¹⁷⁹. Ein absoluter Herrschaftsanspruch ist mit den vernunftgegebenen Menschenrechten nicht vereinbar, sondern «Despotism»¹⁸⁰.

Der «Republikanism» als Kants Umschreibung des bürgerlichen Rechtsstaates¹⁸¹ ist «das Staatsprinzip der Absonderung der ausführenden Gewalt (der Regierung) von der gesetzgebenden;»¹⁸² Träger der Legislative ist für Kant das Volk als Souverän¹⁸³. Dem Regenten verbleibt die Exekutive¹⁸⁴. Diese ist der gesetzgebenden Gewalt untergeordnet¹⁸⁵, denn so Kant wörtlich «der Despotism ist das der eigenmächtigen Vollziehung des Staats von Gesetzen, die er selbst gegeben hat, mithin der öffentliche Wille, sofern er von dem Regenten als sein Privatwille gehandhabt wird»¹⁸⁶. Die richterliche Gewalt trennt Kant von der exekutiven und von der legislativen Gewalt¹⁸⁷.

Diese kantianische Gewaltenteilungslehre findet sich bei zahlreichen Autoren der jüngeren Naturrechtsschule. Teilweise werden lediglich gesetzgebende und vollziehende Gewalt unterschieden, überwiegend jedoch setzt sich im nachkantianischen Schrifttum die Gewaltentrias durch¹⁸⁸. Konrad Stang

¹⁷⁷ I. KANT, Einleitung in die *Metaphysik der Sitten*, IV (Vorbegriffe zur *Metaphysik der Sitten*), Gesamtausgabe Cassirer, Bd. VII, 1922, S. 21 ff.

¹⁷⁸ KANT, Zum ewigen Frieden, Zweiter Abschnitt, Erster Definitivartikel zum ewigen Frieden: Die bürgerliche Verfassung in jedem Staate soll republikanisch sein, Gesamtausgabe Cassirer Bd. VI, 1923, S. 425-513 (434).

¹⁷⁹ KANT, Zum ewigen Frieden (Fn. 178), S. 437.

¹⁸⁰ KANT, Zum ewigen Frieden (Fn. 178), S. 437.

¹⁸¹ KANT, Zum ewigen Frieden (Fn. 178), S. 434.

¹⁸² KANT, Zum ewigen Frieden (Fn. 178), S. 437.

¹⁸³ «Die gesetzgebende Gewalt kann nur dem vereinigten Willen des Volkes zukommen.» (*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Zweiter Teil: Das öffentliche Recht, Erster Abschnitt: Das Staatsrecht, § 46, Gesamtausgabe Cassirer Bd. VII, 1922, S. 120). Vgl. auch Über den Gemeinspruch, II. Abschnitt (Vom Verhältnis der Theorie zur Praxis im Staatsrecht, Gegen Hobbes), Gesamtausgabe Cassirer Bd. VI, 1923, S. 378.

¹⁸⁴ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (Fn. 183), § 49, S. 123: «Die Regierung, die zugleich gesetzgebend wäre, würde despotisch zu nennen sein.»

¹⁸⁵ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (Fn. 183), § 49, S. 123: «Der Beherrscher des Volks (der Gesetzgeber) kann also nicht zugleich der Regent sein, denn dieser steht unter dem Gesetz und wird durch dasselbe folglich von einem anderen, dem Souverän, verpflichtet.»

¹⁸⁶ KANT, Zum ewigen Frieden. wie Fn. 178, S. 437.

¹⁸⁷ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (Fn. 183), § 49, S. 124.

¹⁸⁸ PAHLOW (Fn. 124), S. 301 mwN.

bekräftigt 1798 in seiner *Darstellung der reinen Rechtslehre von Kant* den Vorrang der Legislative: «Der Regent kann nur dem Gesetz gemäß zwingen; er steht also unter dem Gesetze, und wird durch dasselbe, mithin von einer andern Person, nämlich dem Gesetzgeber, verpflichtet»¹⁸⁹.

Die Gefahr willkürlicher Machtausübung wird übereinstimmend als Motiv für die Gewaltenteilungsforderungen angeführt. Die kantianischen Kategorien des «Despotismus» bei Gewalteneinheit und des «Republikanismus» bei Gewaltenteilung werden nach 1793 zu gängigen Topoi in der allgemeinen Staatslehre. So bezeichnet Georg Samuel Albert Mellin in seiner 1796 erschienenen *Grundlegung zur Metaphysik der Rechte oder der positiven Gesetzgebung* eine Verfassung als «despotisch», in welcher derjenige, der «die Gesetze giebt, sie auch vollstreckt», denn «so kann er sie nach seinen Naturtrieben... geben, die Gesetze können also Werkzeuge seiner rechtswidrigen Begehungen seyn, und sein Privatwille wird statt des Willens aller herrschen»¹⁹⁰. Ist dagegen in einem Staat «die Gesetzgebende Gewalt von der Regierung abgesondert», dann herrscht «Republikanismus»¹⁹¹. Gleichlautende Formulierungen finden sich in Johann Benjamin Erhards *Prüfung der Alleinherrschaft nach moralischen Prinzipien* (1793)¹⁹², in Johann Adam Bergks *Theorie der Gesetzgebung* (1802)¹⁹³, in Karl Heinrich Ludwig Pölitz' *Staatslehre für denkende Geschäftsmänner* (1808)¹⁹⁴ und in Friedrich Ancillons Abhandlung *Ueber Souveränität und Staats-Verfassungen* (1815)¹⁹⁵.

Die Anerkennung der Gewaltenteilungsidee im allgemeinen Staatsrecht des 19. Jahrhunderts ist durch den Wandel des Staatszwecks begünstigt. An die Stelle der aufgeklärt-absolutistischen Gemeinwohldoktrin tritt der liberale Staatszweck der bürgerlichen Freiheit: Aus der Selbstzweckhaftigkeit des Individuums folgt die natürliche Freiheit des Menschen, die die Staatsgewalt nicht verleihen, sondern nur anerkennen kann. Diese setzt der Staatsgewalt unüberschreitbare Grenzen durch den Abwehranspruch, im individuellen Freiheitsraum unbehelligt zu bleiben.

Durch die Theorie der Gewaltenteilung wird nach den Worten von Johann Joseph Roßbach die persönliche Freiheit vor staatlicher Übermacht geschützt: «Es versteht sich darum von selbst, daß, wenn alle drei Gewalten in einer Person... vereinigt wären, dieß alle Freiheit untergraben würde»¹⁹⁶. Der liberale

¹⁸⁹ K. STANG, *Darstellung der reinen Rechtslehre von Kant zur Berichtigung der vorzüglichsten Mißverständnisse derselben*, 1798, S. 99.

¹⁹⁰ G. S. A. MELLIN, *Grundlegung zur Metaphysik der Rechte und der positiven Gesetzgebung*, Ein Versuch über die ersten Gründe des Naturrechts, 1796, ND 1969, S. 111.

¹⁹¹ Mellin (Fn. 190), S. 110.

¹⁹² J. B. ERHARD, *Prüfung der Alleinherrschaft nach moralischen Prinzipien* in: *Der neue Teutsche Merkur*, 1793, Bd. 3, S. 363 f, 366.

¹⁹³ J. A. BERGK, *Die Theorie der Gesetzgebung*, 1802, S. 165, 170.

¹⁹⁴ K. H. L. PÖLITZ, *Die Staatslehre für denkende Geschäftsmänner, Kammeralisten und gebildete Leser*, Bd. 1, 1808, S. 95.

¹⁹⁵ F. ANCILLON, *Ueber Souveränität und Staats-Verfassungen*, Ein Versuch zur Berichtigung einiger politischer Grundbegriffe, S. 32.

¹⁹⁶ J. J. ROßBACH, *Die Lebens-Elemente der Staaten*, 1844, S. 96. Vgl. auch *Klippel*, *Freiheit* (Fn. 111), S. 153 f.

Staatszweck verlangt aus der Sicht von Karl Heinrich Ludwig Pölitz «die Trennung dieser... Gewalten in Hinsicht auf das Personale, dem sie anvertraut sind»¹⁹⁷. Rechtssicherheit läßt sich für Pölitz nicht ohne Gewaltenteilung erreichen, da diese «Trennung... das sicherste Princip des Rechts im Staate» verkörpert¹⁹⁸.

Diese liberalen Zielfunktionen der Gewaltenteilungsidee bleiben auch dann noch Bestandteile der liberalen politischen Theorie im 19. Jahrhundert, als das liberale Gewaltenteilungsverständnis in der Restaurationsepoche 1815/1820 den Ausgleich mit dem monarchischen Prinzip suchen muß. Der Kantianer Feuerbach entwickelt in seiner 1830 anonym in Nürnberg veröffentlichten Schrift *Kann die Gerichtsverfassung eines constitutionellen Staates durch bloße Verordnungen rechtsgültig geändert werden?* auf dem Boden des liberal-konstitutionellen Kompromisses zwischen monarchischem Prinzip und Volksvertretung den gerichtsverfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt¹⁹⁹. Dieser Gesetzesvorbehalt setzt nach Feuerbachs Argumentation der Justizhoheit klare Grenzen²⁰⁰. Stellte man die Justizverfassung in das Belieben des Regenten, hätte dieser die Justiz samt ihrer Verfassung in seiner Gewalt²⁰¹. Der Verzicht des Monarchen auf Kabinettsjustiz allein sei nicht ausreichend²⁰², sondern nur die gesetzliche Regelung der Gerichtsverfassung²⁰³. Der gerichtsverfassungsrechtliche Gesetzesvorbehalt sichere Freiheit und Eigentum der Staatsbürger: «Schlechte Gerichtsverfassung und schlechte Justiz, schlechte Justiz und Gefährdung oder Verkümmern allen Rechts, der Freiheit aller Personen wie ihres Eigenthums, stehen sonach in unzertrennlicher Wechselbeziehung»²⁰⁴. Damit ist mit dem von Feuerbach für die Gerichtsverfassung ausgearbeiteten freiheitsschützenden Gesetzesvorbehalt die Konzeption der Garantie des gesetzlichen Richters als subjektives Abwehrrecht erreicht. Dies zeigt sich auch bei den weiteren Bearbeitungen der rechtsstaatlichen Formulierungen des gesetzlichen Richters. So erörtert Johann Ludwig Klüber das Recht auf den gesetzlichen Richter unter der Rubrik der gleichen staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten aller Staatsangehörigen außerhalb des Kapitels über die Justizhoheit und bestätigt damit den Bedeutungswandel von einer Gewährleistung kraft Justizhoheit zum subjektiven Recht²⁰⁵. Auch für Heinrich Albert Zachariä garantiert nur die konstitutionelle Einschränkung der Jus-

¹⁹⁷ Pölitz, Staatslehre (Fn. 194), S. 95.

¹⁹⁸ Pölitz, Staatslehre (Fn. 194), S. 96.

¹⁹⁹ P. J. A. VON FEUERBACH, *Kann die Gerichtsverfassung eines constitutionellen Staates durch bloße Verordnungen rechtsgültig geändert werden*, in: Anselms von Feuerbach *Kleine Schriften vermischten Inhalts*, 1833, S. 178-228.

²⁰⁰ VON FEUERBACH (Fn. 199), S. 188.

²⁰¹ VON FEUERBACH (Fn. 199), S. 188.

²⁰² VON FEUERBACH (Fn. 199), S. 189.

²⁰³ VON FEUERBACH (Fn. 199), S. 191.

²⁰⁴ VON FEUERBACH (Fn. 199), S. 203 ff.

²⁰⁵ J. L. KLÜBER, *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten*, 2. Abtheilung enthaltend das Staatsrecht Teutscher Bundesstaaten, 2. Aufl., 1822, § 194, S. 411; 3. Aufl., 1831, § 259, S. 339; 4. Aufl., 1840, S. 367 f.

tizhoheit die Selbständigkeit der Gerichte²⁰⁶. Burkhard Wilhelm Pfeiffer fordert ebenfalls den gerichtsverfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt²⁰⁷, und Carl Joseph Anton Mittermair artikuliert die gesetzliche Bestimmung der Gerichtsorganisation als zentrale liberale Forderung²⁰⁸.

Die Verfassungsbewegung in einzelnen Staaten des Deutschen Bundes nach der französischen Julirevolution 1830 haben diese im liberalen Schrifttum ausgearbeitete Konzeption der Garantie des gesetzlichen Richters als subjektives Abwehrrecht noch nicht rezipiert. Erst im parteiübergreifenden Konsens der Paulskirchenversammlung setzt sich die im gerichtsverfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt formulierte rechtsstaatliche Konzeption der Garantie des gesetzlichen Richters durch²⁰⁹. Als Art. X § 175²¹⁰ geht sie in die Reichsverfassung vom 28.3.1849 ein und prägt die späteren Verfassungsbestimmungen in Art. 105 der Reichsverfassung vom 11.8.1919²¹¹ und in Art. 101 Abs 1 S 2 Bonner GG vom 23.5.1949. An die Stelle der aufgeklärt-absolutistischen oder frühkonstitutionellen Zusage kraft monarchischer Machtvollkommenheit tritt ein verfassungsrechtlich verbürgtes Freiheitsrecht, das nicht von der Staatsgewalt verliehen, sondern von dieser als vorstaatliches Recht anerkannt wird. Die Selbstbindung der Justizhoheit im aufgeklärten Absolutismus und Frühkonstitutionalismus wird 1848/49 verdrängt von der konstitutionellen Beschränkung der Justizhoheit durch den gerichtsverfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt, der mit dem Gerichtsverfassungsgesetz 1877 näher ausgestaltet wird.

VI. HISTORISCHER VERGLEICH ANHAND DER SCHUTZRICHTUNGEN

1. *Gemeinsame Schutzrichtung gegen Eingriffe in die Justiz durch ad hoc-Einsetzungen bestimmter Richter* Vergleicht man die Entwicklungen der

²⁰⁶ H. A. ZACHARIÄ, Deutsches Staats- und Bundesrecht, Zweiter Theil: Das Regierungsrecht der Bundesstaaten und das Bundesrecht, 1842, § 148, S. 201 ff.

²⁰⁷ B. W. PFEIFFER, Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, Mit Erkenntnissen des Oberappellationsgerichts zu Cassel, Bd. 3, 1831, S. 274 f.

²⁰⁸ C. J. A. MITTERMAIER, Organisation der Gerichte, in: C. von Rotteck/C. Welcker (Hrsg.), Das Staatslexikon, Encyclopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände. In Verbindung mit vielen der angesehensten Publicisten Deutschlands, Bd. 10, 2. Aufl., 1848, S. 166.

²⁰⁹ Vgl. Wigard (Hrsg), Stenographischer Bericht Nationalversammlung, Erster Band, 33. Sitzung (am 3.7.1848), S. 729, 731; Zweiter Band, 54. Sitzung (am 3.8.1848), S. 1352, 1364.

²¹⁰ Die richterliche Gewalt wird selbständig von den Gerichten geübt. Cabinets- und Ministerialjustiz ist unstatthaft. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Ausnahmegerichte sollen nie stattfinden (zit. in: E. R. Huber (Hrsg), Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte, Bd 1: Deutsche Verfassungsdokumente 1803-1850, 3. Aufl, 1978, S. 394).

²¹¹ Ausnahmegerichte sind unstatthaft. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Die gesetzlichen Bestimmungen über Kriegsgerichte und Standgerichte werden hiervon nicht berührt. Die militärischen Ehrengerichte sind aufgehoben [zit. in: G. Dürig/W. Rudolf (Hrsg.), Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte vornehmlich für den Studiengebrauch, 3. Aufl. 1996, S. 200].

Formulierungen anhand ihrer Schutzrichtungen, scheidet die Gewaltenteilung als gemeinsamer Ursprung der einzelstaatlichen Garantien des gesetzlichen Richters von vornherein aus. Als gemeinsames Motiv ist vielmehr der begriffliche Gegensatz zwischen ordentlichem Justizamt bzw. *common law*-Zuständigkeit und außerordentlichem Auftrag erkennbar. Die Orientierung der *justice retenue* des französischen Monarchen am Recht, der Vorrang des *common law* vor der Prärogative und die Verpflichtung der Justizhoheit deutscher Monarchen auf das Recht sind die in den untersuchten Rechtsordnungen übereinstimmende Grundlage für die Antonymie. Auch die Begründungen für diese Grundlagen stimmen überein.

a. *Begründung französischer Formulierungen* Die Orientierung der Justizhoheit (*justice retenue*) am Recht (*droit*) entspringt der Argumentation der französischen Rechtswissenschaft des 16. Jahrhunderts, die das Wesen der Souveränität in der ausschließlichen Unterwerfung einer obersten Gewalt nur unter göttliches und natürliches Recht sieht. Daraus leitet sich die Verpflichtung der Souveränität auf die die übergesetzliche Gerechtigkeit (*aequitas, équité*) natürlichen Rechts verkörpernden staatstragenden Grundgesetze (*lois fondamentales*) ab. Die Unterscheidung zwischen dem Willen des Souveräns, den er als Gesetz (*loi*) befehlen kann, und der Gerechtigkeit des natürlichen und göttlichen Rechts (*droit*) ist der argumentative Schlüssel zur Kritik an den Kommissionen des absolutistischen französischen Monarchen. Ein von der Gerechtigkeitsidee natürlichen und göttlichen Rechts losgelöster Wille des Souveräns wird verworfen²¹². Die Zuständigkeitsordnung der Justizämter steht damit nicht zur willkürlichen Disposition des Souveräns kraft Justizhoheit.

Die Legitimation der Zuständigkeitshierarchie mit der der monarchischen Justizhoheit übergeordneten Gerechtigkeitsidee natürlichen Rechts (*un ordre qui a été établi par la nature même*) schlägt sich in der Terminologie der französischen Formulierungen nieder. Der zuständige Richter heißt der natürliche Richter (*juge naturel*). Auch die Beschwerden des *Parlement de Paris* verteidigen die ordentlichen Zuständigkeiten gegen das monarchische Kommissionswesen als natürliche Ordnung (*l'ordre naturel des juridictions*)²¹³ oder als unwandelbare Ordnung (*un ordre invariable dans l'administration de la justice*)²¹⁴. Die von Montesquieu als Hüter (*dépôt de lois*) der Fundamentalgesetze (*lois fondamentales*) beschriebenen *parlements* verkörpern die Überordnung der Fundamentalgesetze über den Herrscherwillen²¹⁵. Die ständischen Beschwerdehefte (*cahiers des doléances*) formulieren ihre Reformforderungen nach dem natürlichen Richter (*juge naturel*) ebenfalls als Ausdruck der Gerechtigkeitsidee des natürlichen Rechts²¹⁶. Dieses Argumentationsmuster geht in

²¹² BODIN (Fn. 11), I, 8 (S. 155): «mais il y a bien difference entre le droit & la loy: l'un n'emporte rien que l'équité, la loy emporte commandement: car la loy n'est autre chose que le commandement du souuevrain, usant de sa puissance.»

²¹³ Vgl. oben Fn. 42.

²¹⁴ Vgl. oben Fn. 43.

²¹⁵ II, 4 (S. 247, 249).

²¹⁶ Vgl. oben Fn. 40.

die Formulierung der nachrevolutionären *Loi sur l'organisation judiciaire des 16-24 août 1790* ein²¹⁷.

b. *Begründung englischer Formulierungen* Den Vorrang des Rechts (*common law*) vor der Prerogative (*royal prerogative*) begründet die Vernunftkonzeption des *common law* im 17. Jahrhundert, wie sie in *Cokes Reports* und in seinen *Institutes of the Laws of England* entwickelt werden und die Argumente gegen die Ausnahmegerichte (*prerogative courts*) in den Präjudizien *Prohibitions del Roy*, *The Case of Proclamations* und *The Case of the Five Knights* beherrschen. Die Vernünftigkeit des *common law* ist in seiner Eigenschaft als von alters her allgemeine Gewohnheit (*general immortal custom*) grundgelegt. Die im *common law* verkörperte richterliche Vernunft (*artificial reason*) ist der menschlichen Vernunft (*natural reason*) des Monarchen überlegen²¹⁸. Die Vernunftkonzeption unterwirft die monarchische Justizhoheit dem *common law*, in dem für die als Eigenmacht nichtrichterlicher Vernunft erscheinende Prerogative kein Raum ist. Die Argumentation in *the Case of Proclamations* verneint jede monarchische Prerogative, die nicht vom *common law* gewährt ist²¹⁹. Damit ist die unmittelbare Ausübung der monarchischen Justizhoheit durch weisungsabhängige Beauftragte in den außerordentlichen Gerichten (*prerogative courts*) der *Star Chamber* und des *Court of High Commission* ausgeschlossen²²⁰. Ausüben kann die Krone die Justizhoheit in der ordentlichen Gerichtsbarkeit der *common law*-Gerichte. Die Vernunftkonzeption des *common law* setzt sich in der Idee des übergesetzlichen Naturrechts Lockes fort. Das allgemeine Naturgesetz (*Law antecedent and paramount to all positive Laws of men*)²²¹ bindet alle Staatsgewalt. Wegen der Verpflichtung der Prerogative auf ein übergesetzliches Fundamentalgesetz (*Fundamental Law of Nature and Government*)²²² kann der Monarch das öffentliche Wohl nicht nach eigenem Willen entscheiden, sondern muß sich der obersten Entscheidungskompetenz des Parlaments unterordnen.

c. *Begründung deutscher Formulierungen* Die Verpflichtung der Justizhoheit auf das Recht ergibt sich in der deutschen Entwicklung maßgeblich aus der Unterordnung des Herrscherwillens unter den vernunftbestimmten Normzweck im aufgeklärten Absolutismus. Der politische Wille des Landesherrn ist für Regierungssachen maßgeblich²²³, der vernunftbestimmte Normzweck für Justizsachen²²⁴. Aus dem Vorrang des vernunftbestimmten Normzwecks vor dem Willen des Regenten ergibt sich der Unterschied zwischen Rechtspruch und Machtspruch, der gegen landesherrliche Kommissionen und Evokationen

²¹⁷ Titre II, Art. 17, *Loi sur l'organisation judiciaire des 16-24 août 1790* (Fn. 58).

²¹⁸ Vgl. oben Fn. 83.

²¹⁹ *The Case of Proclamations* (1611, Mich. 8 Jac. 1) 12 Co.Rep. 74, 76 = 77 ER 1352, 1354: «Also it was resolved, that the King hath no prerogative, but that which the law of the land allows him.»

²²⁰ Vgl. oben Fn. 84.

²²¹ Vgl. oben Fn. 99.

²²² Vgl. oben Fn. 100.

²²³ Vgl. oben Fn. 156.

²²⁴ Vgl. oben Fn. 157.

artikuliert wird. Das Staatswohl obliegt aufgrund der Unterordnung des Herrscherwillens unter den vernunftbestimmten Normzweck nicht der alleinigen Entscheidungsgewalt des Landesherrn, sondern der mit den Landständen gemeinsamen Beurteilung²²⁵.

2. Gemeinsame europäische Verfassungstradition der Garantie des gesetzlichen Richters

a. *Inhalt.* Der historische Vergleich anhand der Schutzrichtungen ständischer und konstitutioneller oder auf Volkssouveränität gegründeter Formulierungen in der Geschichte Frankreichs anhand der Schutzrichtung der *rule of law* und des Prinzips der Parlamentsouveränität in der Geschichte Englands und anhand der Schutzrichtung aufgeklärt-absolutistischer, frühkonstitutioneller und rechtsstaatlicher Formulierungen in der Geschichte Deutschlands ergibt eine gemeinsame Verfassungstradition im gerichtsexternen Bereich: Die Errichtung eines Gerichts bedarf eines Gesetzes. Die gegen Kommissare der monarchischen Exekutive herausgebildete gemeinsame gerichtsexterne Schutzrichtung soll die Einflußnahme auf das Prozeßergebnis durch Einsetzung bestimmter Richter verhindern. Übereinstimmende historische Grundlage der Forderungen nach dem gesetzlichen Richter ist die Orientierung der Justizhoheit (*justice retenue*) am Recht (*droit*), der Vorrang des Rechts (*common law*) vor der Prämrogative (*royal prerogative*) und die Verpflichtung der Justizhoheit deutscher Monarchen auf das Recht: Ohne diese Unterscheidung zwischen Recht und Justizhoheit (*droit et justice retenue; common law and royal prerogative*) ist der Gegensatz zwischen ordentlichem Gericht und Ausnahmegericht nicht denkbar.

b. *Funktionsähnlichkeit zwischen den kontinentaleuropäischen Garantien und der englischen Formulierungslücke.* Die Unterschiede der französischen, deutschen und englischen Entwicklungen stehen der Annahme einer gemeinsamen Schutzrichtung nicht entgegen. Der Vergleich anhand der Schutzrichtungen ermöglicht auch die Erkenntnis einer Funktionsähnlichkeit zwischen den kontinentaleuropäischen Formulierungen der Garantie des gesetzlichen Richters und der englischen Formulierungslücke. Neben dem Verbot der Kommissionen und Ausnahmegerichte in der Bill of Rights 1689²²⁶ finden sich jedoch keine Formulierungen einer positiven Garantie des gesetzlichen Richters. Weder das dargestellte englische Gewohnheitsrecht (*common law*) noch die Parlamentsgesetze (*acts of Parliament*) enthalten eine Verfassungsgarantie des gesetzlichen Richters. Die *common law*-Regelbindung des als *pars pro toto* für das ganze Gericht entscheidenden Richters macht die Formulierung einer Garantie des gesetzlichen Richters überflüssig²²⁷. Aus der Perspektive des Vergleichs anhand der Schutzrichtungen erscheint die Regelbindung des *common law* mangels Spruchkörpergliederung englischer Rechtsprechungsgorgane

²²⁵ Vgl. oben Fn. 155.

²²⁶ Vgl. oben Fn. 103.

²²⁷ A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of Constitution*, Reprint 8th edition, 1982, p. 202 f.

funktionsäquivalent mit dem kontinentaleuropäischen Gesetzesvorbehalt für die Zuständigkeit einzelner Spruchkörper. Die Schutzrichtung der *rule of law* und des Prinzips der *sovereignty of Parliament* stimmt mit der Schutzrichtung der kontinentaleuropäischen Formulierungen darin überein, daß sie monarchische Prerogative an der eigenmächtigen Schaffung außerordentlicher Gerichte (*prerogative courts*) hindert und für die Errichtung eines neuen Gerichts ein Parlamentsgesetz (*statute*) erfordert.

c. *Grenzen der gemeinsamen europäischen Verfassungsstradition durch ihren nicht-rechtsstaatlichen Ursprung.* Nicht die Gewaltenteilung, sondern die Unterscheidung zwischen Recht und Justizhoheit ist Grundlage des europäischen Konsenses gegen Ausnahmegerichte. Damit kann nicht mit Hinweis auf das Gewaltenteilungserfordernis die Garantie des gesetzlichen Richters auf den gerichtlichen Bereich der Geschäftsverteilung und der Spruchkörperbesetzung ausgedehnt werden. Hier bleibt es bei den nationalen Unterschieden. Die deutsche Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG wird im gerichtlichen Bereich extensiv ausgelegt, der Spruchkörper und der für die jeweilige Streitsache zur Entscheidung oder zur Mitwirkung an der Entscheidung berufene Richter ist abstrakt generell im voraus zu bestimmen. Die Überziehung des Schutzbereiches bei der Besetzung überbesetzter Spruchkörper durch das Bundesverfassungsgericht, indem «die einzelne Sache blindlings aufgrund allgemeiner, vorab festgelegter Merkmale an den entscheidenden Richter gelangt»²²⁸, ist mit Blick auf den hier gezeigten nicht-rechtsstaatlichen Ursprung der Garantie des gesetzlichen Richters korrekturbedürftig. Nicht jeder, sondern nur ein willkürlicher Verstoß gegen das Vorausbestimmungserfordernis der Geschäftsverteilung und Spruchkörperbesetzung sollte die Verletzung des grundrechtsgleichen Rechts auf den gesetzlichen Richter begründen²²⁹. Auch die französische Verfassungsgarantie kennt diese Willkürgrenze für die Vorausbestimmung sowohl des erkennenden Gerichts als auch der mitwirkenden Richter. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die gerichtliche Organisation lassen im Rahmen der gerichtlichen Organisationshoheit für den reibungslosen gerichtlichen Geschäftsgang Ermessensspielräume zu, die auf die Willkürgrenze überprüfbar bleiben (*Art. 213-8, Art. R. 311-23, Art. R 311-27, Art. 761-16, Art. 761-24 Code de l'Organisation Judiciaire*). In der englischen Gerichtsorganisation fehlen ständige Spruchkörper. Weder die Besetzungen der Richtergremien (*benches*) noch die Geschäftsverteilung (*allocation of cases*) sind abstrakt generell geregelt. Die Frage nach einem bestimmten zur Entscheidung berufenen Richter wird nicht gestellt, da jeder Richter *pars pro toto* für das ganze Gericht entscheidet. Die gerichtlichen Ermes-

²²⁸ Plenarbeschuß vom 8.4.1997, BVerfGE 95, 322, 329, Nr. C I 3. a.E. Die historischen Ausblicke in den Gründen (Nr. C II 1, S. 333 f.) reichen nur bis 1877 zurück. Vgl. auch den Beschuß des Bundesgerichtshofs vom 29.9.1999, NJW 2000, 3692 ff.

²²⁹ Vgl. dazu SEIF [Fn 2], S. 310 ff., 324 ff.; dies., Historische Bemerkungen zur Rolle des Richters in Deutschland und England, in: Festschrift für Hans-Joachim Musielak, 2004, 536, 555. A.A. T. Roth, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, 2000, S. 192 ff.; ders., Bespr. BGH Beschuß vom 29.9.1999, NJW 2000, 3692 ff.

sensspielräume korrelieren mit der besonderen Vertrauensstellung der englischen Richter.

Auch der in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK zum Ausdruck kommende europäische Konsens zur Schutzfunktion eines durch Gesetz im voraus errichteten Gerichts beruht nicht auf dem Gewaltenteilungsprinzip, sondern schließt an der hier erarbeiteten gemeinsamen Grundlage in der Orientierung der Justizhoheit am Recht an²³⁰. Dementsprechend gehört der gerichtsinterne Bereich auch nicht zum Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK²³¹.

VII. SCHLUß

Der historische Vergleich anhand der Schutzrichtungen ergibt eine gemeinsame europäische Verfassungstradition der Garantie des gesetzlichen Richters. Die Regelbindung des *common law* bzw der kontinentaleuropäische gerichtsverfassungsrechtliche Gesetzesvorbehalt schützen gegen die Beeinflussung des Prozeßausgangs durch ad hoc-Einsetzung bestimmter Richter. Die verfahrensrechtliche Korrektheit korreliert mit der inhaltlichen Richtigkeit der Entscheidung, und darin klingt wieder die kanonistische Komplementarität verfahrensrechtlicher (*iustitia ex ordine*) und inhaltlicher (*iustitia ex animo*) Gerechtigkeit an.

Auftakt zum vorliegenden Beitrag war der 10. Gesang des Purgatorio der *Divina Commedia*²³². Der Abschluß mit Dantes Monarchia schlägt den weiten Bogen einer gemeinsamen Gerechtigkeitsvorstellung, die Recht und Justizhoheit unterscheidet und so die Garantie des gesetzlichen Richters weit vor rechtsstaatlichen Gewaltenteilungskonzeptionen formt. In seiner Ansprache zur Eröffnung der ersten Sitzung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften am 10.12.1952 zitiert der erste Präsident Massimo Pilotti aus Dantes Monarchia: «Et ubicunque potest esse litigium, ibi debet esse iudicium»²³³.

ULRIKE SEIF

²³⁰ EGMR 8.7.1986 (Lithgow u.a. v. Großbritannien) 102-A, 13; Eccles/McPhillips/McShane v. Irland vom 9.12.1988, DR 59, 212; EGMR 23.10.1991 (Muyldermans v. Belgien) 214-A, at 14.

²³¹ EKMR Entscheidung über die Zulässigkeit der Beschwerde (8692/79) *Piersack./Belgien* vom 15.7.1980, DR 20, 209, 225 a.E.

²³² Vgl. oben Fn 1.

²³³ Liber I, X, 1, Studienausgabe Reclam, S. 85.