

Robby Fichte

Zur Entwicklungsgeschichte des öffentlich-rechtlichen Vertrages
anhand der Begründung des Militärdienstverhältnisses 1650-1914

Das hier vorgestellte Dissertationsprojekt entsteht unter der Betreuung von Herrn Prof. Dr. Mathias Schmoeckel vom Institut für Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte und wird gefördert mit Mitteln der individuellen Graduiertenförderung der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn.

Mit einem Hinweis auf den engen Zusammenhang zwischen der Herausbildung des frühmodernen Staates absolutistischer Prägung und dem Aufbau stehender Heere lässt sich kaum noch Beachtung wegen besonderer Originalität gewinnen.¹ Dennoch sind viele Aspekte dieses Prozesses noch ungeklärt. Die zunehmende Entfaltung militärischer Macht zwischen Westfälischem Frieden und Erstem Weltkrieg wurde nicht zuletzt durch die Errichtung einer – oftmals nur zu diesem Zweck geschaffenen – immer differenzierteren Verwaltung

¹ Schon vor 20 Jahren eine Binsenweisheit genannt von Hans Schmidt, Staat und Armee im Zeitalter des „miles perpetuus“, in: Staatsverfassung und Heeresverfassung in der europäischen Geschichte der frühen Neuzeit, hrsg. von Johannes Kunisch, Berlin 1986, S. 214.

ermöglicht. Diese brachte im Laufe einer jahrhundertelangen Entwicklung verschiedene rechtliche Handlungsformen hervor, wozu neben dem Verwaltungsakt vor allem der öffentlich-rechtliche Vertrag gehört. Bis zu dessen Anerkennung durch den Gesetzgeber in den siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts gehörte er wohl zu den umstrittensten Handlungsformen der Verwaltung in Deutschland.² Der Streit entzündete sich ursprünglich an der rechtlichen Natur des Beamtenverhältnisses und reicht in seinen Ursprüngen bis zur Ausbildung des frühmodernen Staates im 17. Jahrhundert zurück.³ In ebendiese Zeit fällt auch die Entstehung und Anerkennung des öffentlichen Rechts.⁴ Die historische juristische Diskussion wurde vornehmlich um die Begründung des Beamtenverhältnisses durch Vertrag oder einseitigen Hoheitsakt geführt. Ausgangspunkt war dabei die Frage nach der einseitigen willkürlichen Auflösbarkeit dieses Verhältnisses durch den Landesherrn. Der grundsätzliche Streit wurde bis in die Weimarer Zeit hinein – wenngleich unter stark veränderten Vorzeichen – weitergeführt. Bereits eine oberflächliche Betrachtung der historischen Lebenssachverhalte offenbart, dass sich eine juristische Diskussion um die Rechtsverhältnisse der Soldaten weniger den Wunsch des Einzelnen, im Dienste des Staates verbleiben zu können, zum Ausgangspunkt gewählt haben würde, als das Interesse des Staates, eine (vertragliche) Verpflichtung zum Eintritt einzelner in den Soldatenstand und Verbleib in demselben zu begründen. Eben diese diametrale Ausgangsposition hat einen bisher gänzlich unbeachteten juristischen Streit entfacht, der wenigstens ein Jahrhundert lang andauerte.

Daher erscheint es reizvoll, die Entwicklungsgeschichte des öffentlich-rechtlichen Vertrages als eines Vertrages zwischen Staat und Bürger⁵ anhand der Begründung des Militärdienstverhältnisses nachzuvollziehen. Unter letzterem soll hier dasjenige Rechtsverhältnis zwischen dem Kriegsherrn – also dem Staat bzw. dem Fürsten in seiner Eigenschaft als Träger der Militärhoheit – und dem einzelnen Soldaten, das diesen zur Leistung militärischer Dienste verpflichtet, verstanden werden. Ziel der Arbeit soll es somit sein, zu ergründen, inwieweit die rechtliche Behandlung des Militärdienstverhältnisses zur Herausbildung der Figur des öffentlich-rechtlichen Vertrages beige-

² Den Diskussionsverlauf zusammenfassend Worachet Pakeerut, Die Entwicklung der Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrages, Berlin 2000.

³ Immer noch grundlegend Hermann Rehm, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht historisch-dogmatisch dargestellt, in: (Hirth's) Annalen des Deutschen Reichs, 1884, S. 565 ff., 1885, S. 65 ff.

⁴ Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1, Reichspublizistik und Policeywissenschaft: 1600-1800, München 1988, S. 48 f., 141 f.

⁵ Sog. subordinationsrechtlicher Vertrag.

tragen hat. Dazu wurde die Arbeit in drei Zeitabschnitte gegliedert, deren erster den Zeitraum vom Westfälischen Frieden bis zum Untergang des Alten Reiches umfasst, während zweiter und dritter Abschnitt ihren jeweiligen Endpunkt in der Gründung des Norddeutschen Bundes bzw. dem Ausbruch des Ersten Weltkrieges finden. In den jeweiligen Abschnitten sollen folgende Einzelfragen geklärt werden:

1. Lag nach Auffassung der Zeitgenossen ein Vertragsverhältnis vor?
2. Fanden sich in diesem Rechtsverhältnis möglicherweise öffentlich-rechtliche Elemente?
3. Wurden diese Elemente oder gar das gesamte Rechtsverhältnis dogmatisch der Sphäre des öffentlichen Rechts zugeordnet?
4. Wurde hierdurch ein eigenständiger Beitrag zur Gesamtdiskussion um den öffentlich-rechtlichen Vertrag geleistet?

Die Arbeit versteht sich demnach als ein Beitrag zur Dogmengeschichte, der auf dem Boden einer bestimmten rechtlichen Fragestellung eine Lücke in der Erforschung der Geschichte eines Rechtsinstituts schließen möchte. Darüber hinaus ist sie aber auch ein Beitrag zur (neuen) Militärgeschichte, da verschiedene zu beantwortende Vorfragen bisher ungeklärt bzw. m. E. unzutreffend beantwortet worden sind. Gerade der hier interessierende rechtliche Verpflichtungsgrund des einzelnen Soldaten hat unter spezifisch juristischem Blickwinkel kaum Beachtung gefunden.⁶ Dies gilt gerade auch für die Zeit des Absolutismus, so dass die rechtlichen Bedingungen der Soldatenwerbung im 17. und 18. Jahrhundert nunmehr einen Schwerpunkt der Arbeit ausmachen, während die eher dogmatische Diskussion um das Rechtsinstitut des öffentlich-rechtlichen Vertrages die beiden späteren Abschnitte dominiert.

Zu den Untersuchungen des fertiggestellten ersten Abschnitts soll hier einiges näher ausgeführt werden. Bekanntermaßen war wesentliches Strukturmerkmal der nach dem Dreißigjährigen Kriege aufkommenden stehenden Heere deren Aufbringung durch Werbung. Die soweit unter Historikern bestehende Einigkeit erweist sich bei näherem Hinsehen als Trugbild. Das gilt insbesondere, wenn die Anwerbung der großen Masse der gemeinen Soldaten in den Blick genommen wird. Zwar wird allgemein davon ausgegangen, in früheren Zeiten seien die Landsknechte durch Vertrag verpflichtet wor-

⁶ Lediglich die Arbeiten von Rainer Frhr. von Rosenberg, Soldatenwerbung und militärisches Durchzugsrecht im Zeitalter des Absolutismus, Berlin 1973, und Stephan Ramb, Öffentliche Dienste im Kriegswesen des landesfürstlichen Territorialstaates, Marburg 1979, liegen vor.

den,⁷ wobei der werbende Oberst als der Vertragspartner anzusehen gewesen sei.⁸ Sehr unterschiedliche Antworten werden jedoch für die Zeit des Absolutismus angeboten.⁹ Zudem wird das Verständnis der rechtlichen Hintergründe der Werbungen im späten 17. und im 18. Jahrhundert durch die hergebrachte Dreiteilung – freiwillige Anwerbung, gewaltsame Zwangswerbung, Rekrutierung aus dem Lande¹⁰ – eher erschwert als erleichtert. Aus der äußeren Erscheinung werden unzulässigerweise Rückschlüsse auf zeitgenössische Rechtsanschauungen gezogen.¹¹ So ist es wenig verwunderlich, dass die Rechtsnatur des jeweiligen Verpflichtungsakts sehr unterschiedlich bewertet, bisweilen der Werbung gar der Charakter eines Rechtsakts ganz abgesprochen und ausschließlich der eines ökonomischen Vorgangs zugebilligt wird.¹² Erstaunlicherweise liegt die rechtliche Konstruktion der Soldatenwerbung mit ihren unterschiedlichen Erschei-

⁷ Conrad Bornhak, *Preußische Staats- und Rechtsgeschichte*, Berlin 1903, S. 112; Hans Helfritz, *Geschichte der Preußischen Heeresverwaltung*, Berlin 1938, S. 35; Ernst Rudolf Huber, *Heer und Staat in der deutschen Geschichte*, Hamburg 1938, S. 63; Gerhard Papke, *Von der Miliz zum Stehenden Heer. Wehrwesen im Absolutismus*, in: *Deutsche Militärgeschichte in sechs Bänden 1648-1939*, hrsg. vom Militärgeschichtlichen Forschungsamt, Bd. I, München 1983, S. 211; Fritz Redlich, *The german military enterpriser and his work force*, Vol. I, Wiesbaden 1964, S. 120 f.; v. Rosenberg (Anm. 6), S. 82; Richard Schröder und Eberhard Frhr. von Künßberg, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 6. Aufl., Berlin und Leipzig 1922, S. 945.

⁸ Hermann Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. II Neuzeit bis 1806, 2. Aufl., Karlsruhe 1966, S. 265, 267; Helfritz (Anm. 7), S. 2; Huber (Anm. 7), S. 63, 81; Bernhard R. Kroener, in: *Grundzüge der deutschen Militärgeschichte*, hrsg. von Karl-Volker Neugebauer, Bd. 1, Freiburg i. Br. 1993, S. 24; Siegfried Pelz, *Die preussischen und reichsdeutschen Kriegsartikel*, Jur. Diss., Hamburg 1979, S. 57; Redlich, Vol. I (Anm. 7), S. 121, 135, 233; v. Rosenberg (Anm. 6), S. 82, 88; Schröder/ v. Künßberg (Anm. 7), S. 945; Rainer Wohlfeil, *Das Heerwesen im Übergang vom Ritter- zum Söldnerheer*, in: *Staatsverfassung und Heeresverfassung in der europäischen Geschichte der frühen Neuzeit*, hrsg. von Johannes Kunisch, Berlin 1986, S. 116, 124; anders aber Siegfried Fiedler, in: *Grundzüge der deutschen Militärgeschichte*, hrsg. von Karl-Volker Neugebauer, Bd. 1, Freiburg i. Br. 1993, S. 48.

⁹ Dafür, dass nun der Kriegsherr der Vertragspartner sei Conrad (Anm. 8), S. 265; Huber (Anm. 7), S. 85; Curt Jany, *Geschichte der Königlich Preußischen Armee bis zum Jahre 1807*, Bd. I, Berlin 1928, S. 148; Ralf Pröve, *Zum Verhältnis von Militär und Gesellschaft im Spiegel gewaltsamer Rekrutierungen (1648-1789)*, in: *Zeitschrift für Historische Forschung*, 22 (1995), S. 192; ders., *Stehendes Heer und städtische Gesellschaft im 18. Jahrhundert: Göttingen und seine Militärbevölkerung 1713-1756*, Oldenburg 1995, S. 1; Fritz Redlich, *The german military enterpriser and his work force*, Vol. II, Wiesbaden 1965, S. 112.; Schröder/ v. Künßberg (Anm. 7), S. 945; dagegen halten den Regiments- bzw. Kompaniechef für den Vertragspartner Christopher Duffy, *Friedrich der Große und seine Armee*, Stuttgart 1978, S. 40; Papke (Anm. 7), S. 274; Pelz (Anm. 8), S. 57; Michael Sikora, *Disziplin und Desertion: Strukturprobleme militärischer Organisation im 18. Jahrhundert*, Berlin 1996, S. 193.

¹⁰ Redlich, Vol. II (Anm. 9), S. 171.

¹¹ Eklatant Fiedler (Anm. 8), S. 48.

¹² So ausdrücklich Papke (Anm. 7), S. 213.

nungsformen noch immer im Dunkeln.¹³ Dafür können im Wesentlichen zwei Gründe benannt werden. Zum einen wird – besonders vor dem Hintergrund gewaltsamer Werbungen – der absolutistische Staat, wenn auch unausgesprochen, mit dem Stigma eines Unrechtsstaates versehen, so dass sich die Suche nach Rechtsformen zwangsläufig als eine Suche nach rechtlichen Deckmänteln und damit als fragwürdig darstellen muss. Zum anderen bedient man sich auch in rechtshistorischen Arbeiten fast ausschließlich normativer Quellen.¹⁴ Dieser Ansatz erweist sich aber deshalb als verfehlt, weil der absolutistische Staat nicht mit dem Gesetzesstaat des 19. und 20. Jahrhunderts gleichgesetzt werden kann. Wie gerade die zahlreichen Mandate wegen der Deserteure und der gewaltsamen Werbungen bezeugen, war Gesetzgebung eher reaktiv und beabsichtigte nicht eine Kodifizierung einzelner Rechtsbereiche, an der sich die Juristen dann abarbeiten konnten.¹⁵ Solche Tendenzen sind erst im späten 18. Jahrhundert zu erkennen. Das bedeutet wiederum nicht, dass es keine rechtlichen Vorstellungen über die verschiedenen Formen der Werbung gegeben hätte. In den anderthalb Jahrhunderten zwischen Westfälischem Frieden und dem Ende des Heiligen Römischen Reichs sind zahlreiche juristische Schriften erschienen, die sich mit den Rechtsverhältnissen der Soldaten befassen, aber weitgehend unbeachtet geblieben sind.¹⁶ Vornehmlich auf dieser Quellengrundlage wurden die Rechtsakte, die zur Begründung militärischer Dienstverhältnisse führten, untersucht. Ergänzend wurden handschriftliche Dokumente, wie Briefe oder Offizierspatente aus den Beständen des Geheimen Staatsarchivs Preussischer Kulturbesitz ausgewertet.

Gerade in Einzelfragen traten manch neue Erkenntnisse zu Tage. Ob bspw. die Zahlung von Handgeld notwendige Bedingung für das Zustandekommen des Werbecontracts war¹⁷ oder zum wenigsten als konkludente Annahmeerklärung des Geworbenen gewertet wurde,¹⁸ ist zumindest zweifelhaft und von den Zeitgenossen mit ganz unterschiedlichen Ergebnissen beantwortet worden. Auch die Bedeutung der Musterungen muss im Hinblick auf ihre Rolle im Rechtssystem des absolutistischen Fürstenstaates, welche ihr die Zeitgenossen

¹³ Bezogen auf die gewaltsame Werbung ebenso Pröve, Militär (Anm. 9), S. 197.

¹⁴ So in den Arbeiten von Ramb (Anm. 6) und v. Rosenberg (Anm. 6).

¹⁵ Anderes gilt jedoch für das in den Kriegsartikeln niedergelegte militärische Strafrecht.

¹⁶ Eine Ausnahme stellt insoweit die Arbeit von Sikora (Anm. 9) dar.

¹⁷ Max Lehmann, Werbung, Wehrpflicht und Beurlaubung im Heere Friedrich Wilhelms I., in: Historische Aufsätze und Reden, hrsg. von dems., Leipzig 1911, S. 145; v. Rosenberg (Anm. 6), S. 87, 89, 91.

¹⁸ Redlich, Vol. I (Anm. 7), S. 275; Sikora (Anm. 9), S. 217; wohl auch Pröve, Militär (Anm. 9), S. 212.

zumaßen, neu bewertet werden. Die seit Jahrzehnten gängige Theorie vom sog. Unterwerfungsvertrag¹⁹ gründet sich nicht zuletzt auf die These, dass eine gerichtliche Überprüfung von Verstößen gegen den Werbecontract ausgeschlossen gewesen sei.²⁰ Übersehen wird dabei jedoch die Doppelrolle des Fürsten als Kriegs- und Gerichtsherrn. In einer Zeit, in der Gewaltentrennung noch politische Theorie war, konnte es nicht als Widerspruch oder Nachteil erscheinen, wenn Klagen über nicht eingehaltene Werbeverträge nicht bei den ordentlichen Gerichten, sondern bei den Musterkommissaren anzubringen waren. Jede Entscheidung erging ohnehin im Namen des Fürsten. Die dennoch nicht zu ignorierenden Schwächen des Rechtsschutzes in den absolutistischen Heeren sind dabei an den damaligen (zivilen) Verhältnissen zu messen und damit zu relativieren. In einer anderen Frage ist man in der Forschung zu der Auffassung gelangt, die Artikelbriefe hätten in ihrer späteren Form der Kriegsartikel spätestens nach 1650 ihren Vertragscharakter verloren und seien zu einseitig staatlich gesetztem Recht geworden.²¹ Wenn dem aber so gewesen sein sollte, müssen sich daran auch rechtliche Folgerungen über die Bedeutung des auf die Kriegsartikel abgelegten Eides anschließen. Letzterem wurde unbestrittenermaßen von den damaligen militärischen Autoritäten besonderer Wert beigemessen. Daraus ist der Schluss gezogen worden, der Eid sei auch im Zeitalter des Absolutismus für die Anwerbung eines Soldaten konstitutiv gewesen²² und habe diesen erst dem Kriegsrecht unterworfen.²³ Dieser Auffassung ist, wie sich anhand der Untersuchung zeitgenössischer Quellen unzweideutig nachweisen lässt, zu Recht widersprochen worden.²⁴

Diese schlaglichtartige Übersicht wäre unschwer fortzusetzen. Namentlich im Bereich gewaltsamer Werbungen und militärischer Dienstpflichten sind die Ansichten damaliger Rechtsgelehrter geeig-

¹⁹ Der Begriff wurde geprägt von Helfritz (Anm. 7), S. 35; Huber (Anm. 7), S. 63, Fn. 4; v. Rosenberg (Anm. 6), S. 88 f.; Sikora (Anm. 9), S. 218, Fn. 26.

²⁰ Helfritz, (Anm. 7), S. 35; v. Rosenberg (Anm. 6), S. 89; Sikora (Anm. 9), S. 193; auch Papke (Anm. 7), S. 210.

²¹ Conrad (Anm. 8), S. 267; Peter Dade, Fahneneid und Feierliches Gelöbniß, Jur. Diss., Kiel 1970, S. 22; Papke (Anm. 7), S. 276; Schröder/ v. Künßberg (Anm. 7), S. 946; Redlich, Vol. I (Anm. 7), S. 121, 477; Pelz (Anm. 8), S. 63 f., bezeichnet die Kriegsartikel gar als Militärgrundgesetz des absolutistischen Staates; anderer Auffassung ist Bornhak (Anm. 7), S. 112, der meint, trotz einseitiger staatlicher Festsetzung seien die Kriegsartikel gerade keine Rechtsordnung, sondern Bestandteil des Dienstvertrages gewesen.

²² Pröve, Militär (Anm. 9), S. 203; ders., Stehendes Heer (Anm. 9), S. 36.

²³ Pröve, Militär (Anm. 9), S. 203; ders., Stehendes Heer (Anm. 9), S. 36; v. Rosenberg (Anm. 6), S. 87.

²⁴ Sikora (Anm. 9), S. 217 f.; Redlich, Vol. I (Anm. 7), S. 273, findet Anzeichen für die Geltung des Kriegsrechts vor Ablegung des Eides bereits im Dreißigjährigen Krieg.

net, bisherige Erkenntnisse zu modifizieren und zu ergänzen. Auch die ursprünglich durch verschiedene Rechtshistoriker vor den Weltkriegen aufgestellte apodiktische These, die Dienstverhältnisse der Soldaten seien ihrer Rechtsnatur nach staatsrechtlich geworden,²⁵ lässt sich weder für das 19. Jahrhundert und noch weniger für frühere Zeiten in dieser Form aufrechterhalten. Gleiches gilt aber auch für die jüngere Ansicht, nach der eine Verpflichtung aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages bestanden habe.²⁶ Gerade solche Fragen zu klären ist Aufgabe der hier vorgestellten Arbeit.

²⁵ Bornhak (Anm. 7), S. 111 f.; Helfritz (Anm. 7), S. 25, 35; Huber (Anm. 7), S. 63; Schröder/ v. Künßberg (Anm. 7), S. 945; in jüngerer Zeit Pröve, Militär (Anm. 9), S. 192.

²⁶ Papke (Anm. 7), S. 274.