

## Unverkäufliche Leseprobe



**Michael Stolleis**  
**Geschichte des öffentlichen Rechts**  
**in Deutschland**  
Gesamtwerk in vier Bänden

Gebunden, im Schuber  
ISBN: 978-3-406-63388-1

Weitere Informationen finden Sie hier:  
<http://www.chbeck.de/9835422>

## Rückblick

Der vorliegende Versuch, die Wissenschaftsgeschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland zu schreiben, endet mit der «Wiedervereinigung» von 1990, auch wenn diese Zeitgrenze in den letzten Abschnitten gelegentlich überschritten und auch neuere Literatur zitiert wurde. Da das Vorhaben mich insgesamt rund fünfundzwanzig Jahre, teils in Haupt-, teils – und überwiegend – in Nebenstunden beschäftigt hat, liegt es nahe, noch einmal zurückzublicken, eine Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse zu versuchen und zu fragen, wie sich die Lage der Forschung in diesem Zeitraum verschoben hat.

Zunächst also der Rückblick. Die letzten Motive, sich auf ein Buchprojekt mit unscharfen Konturen einzulassen, sind dem Schreibenden selbst wohl am meisten verborgen. Aber manches ist offenkundig und kann mitgeteilt werden. Mein biographischer und wissenschaftlicher Ausgangspunkt war ein doppeltes Interesse – an der Rechtsgeschichte und am öffentlichen Recht. Meine ersten wissenschaftlichen Versuche hatte ich im Münchner Seminar von STEN GAGNÉR (1921–2000) unternommen. Seine bezwingende Persönlichkeit, seine Liberalität und sein Interesse an Fragen der rechtshistorischen Methodik waren es wohl, die mich dauerhaft an die Rechtsgeschichte fesselten<sup>355</sup>. Als Assistent bei AXEL FREIHERRN VON CAMPENHAUSEN gewann ich erste Einblicke in das Kirchen- und Staatskirchenrecht, HANS F. ZACHER vermittelte mir etwas von der Komplexität und der gesellschaftspolitischen Faszination des Sozialrechts. Allen dreien bin ich in je eigener Weise verpflichtet und dankbar. In Frankfurt, wo ich seit dem Wintersemester 1974/75 öffentliches Recht lehrte, kam der freundschaftliche Kontakt zu NOTKER HAMMERSTEIN hinzu, der wiederum zu PAUL RAABE an die Herzog August Bibliothek in Wolfenbüttel führte. Dieser unerschöpflichen Bibliothek verfällt man unweigerlich, wenn man sich für die Ideengeschichte der Frühen Neuzeit interessiert. Der erste Band meiner «Geschichte» wurde im Wesentlichen dort geschrieben.

Seit 1967 begleitete mich die zweite Auflage von FRANZ WIEACKERS «Privatrechtsgeschichte der Neuzeit». Die Beobachtung, dass die Rechtsgeschichte in Deutschland ganz überwiegend aus der Optik des Privatrechts gesehen wird, ja dass die Fakultäten nur Rechtshistoriker zu akzeptieren pflegen, die auch Privatrecht lehren, führte auf ein prinzipielles Defizit, speziell für die Zeit vom 16. bis zum 18. Jahrhundert, die wir Frühe Neuzeit nennen. Die Geschichten des Gemeinen Rechts jener Zeit<sup>356</sup> und des Kirchenrechts<sup>357</sup> sowie die Deutsche Verfassungsgeschichte<sup>358</sup> erschienen weit besser erforscht als jene des öffentlichen Rechts. Zwar gab es zahlreiche Lehrbücher der Verfassungs-

<sup>355</sup> J. Rückert, Zum wissenschaftlichen Werk von Sten Gagnér, in: S. Gagnér, Abhandlungen zur europäischen Rechtsgeschichte, hrsg. v. J. Rückert, M. Stolleis und M. Kriechbaum, Goldbach 2004, 759–786; M. Stolleis, Sten Gagnér (1921–2000), ein großer Lehrer der europäischen Rechtsgeschichte, in: Quaderni Fiorentini 29 (2000), Florenz 2001, 560–569.

<sup>356</sup> H. Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. I:

Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), München 1985; Bd. II: 19. Jahrhundert, München 1989.

<sup>357</sup> Chr. Link, Kirchliche Rechtsgeschichte, 2. Aufl. München 2010.

<sup>358</sup> D. Willoweit, Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands, 6. Aufl. München 2009.

geschichte, und seit 1983 war auch eine «Deutsche Verwaltungsgeschichte» in fünf Bänden entstanden<sup>359</sup>. Gänzlich vernachlässigt war jedoch eine Wissenschaftsgeschichte des öffentlichen Rechts, eine moderne Geschichte der Literatur des «ius publicum», welche die akademischen Diskurse über alle Phänomene öffentlicher Herrschaft in Politik, Mentalität und Sozialgeschichte der jeweiligen Zeit einzubetten suchte. Dabei sollte zweierlei vermieden werden: zum einen die bekannte «Gipfelwanderung» der Ideengeschichte, welche die «kleineren» Autoren beiseitelässt und nur Ausschnitte aus einem fiktiven Gespräch der Berühmtheiten bietet, ohne Kontakt zu ihrem sozialen und politischen Kontext – zum anderen eine Fortschrittsgeschichte, die mit den verräterischen Worten «schon» und «noch» arbeitete und eine verdeckte und offene Zielperspektive auf die eigene Gegenwart einnahm. Tendenziell werden bei dieser Arbeitsweise alle Autoren zu «Vorläufern» oder «Nachzüglern». Wie eine solche Geschichte aber geschrieben werden müsse, um die genannten Klippen zu vermeiden, war dem unerfahrenen Autor nicht wirklich klar. Sein Brief an die Volkswagen-Stiftung, in dem er 1985 um Bewilligung eines Forschungsjahres bat, sprach die naive Absicht aus, eine solche Darstellung «in einem Band und in einem Jahr» zu schreiben. Nun sind rund 25 Jahre und vier Bände daraus geworden<sup>360</sup>.

Unabhängig von persönlichen Lernprozessen und beruflichen Pflichten liegt die lange Dauer des Vorhabens auch am Stoff selbst. Die Textmasse, die von 1600 an unter dem Titel «ius publicum» ans Licht trat, war kaum erschlossen<sup>361</sup>. Rasch geriet man als Leser in unübersichtliches Terrain. Es gab die kommentierenden und systematisierenden Texte zur Reichsverfassung und zum «ius publicum» der einzelnen Territorien, dazu «Policyordnungen» in unbekannter Anzahl und eine im 18. Jahrhundert entstehende «Policywissenschaft». Letztere war gerade 1966 durch die Habilitationsschrift von HANS MAIER neu entdeckt worden<sup>362</sup>. Die Schriften zum Naturrecht des 17. und 18. Jahrhunderts, speziell zum «ius publicum universale», gehörten ebenso dazu wie diejenigen zum Völkerrecht. Da das frühe «ius publicum» bis etwa zur Mitte des 17. Jahr-

<sup>359</sup> K. G. A. Jeserich – H. Pohl – G.-Chr. v. Unruh (Hg.), DVG, Bd. I–V, Stuttgart 1983–1987, und Registerband 1988.

<sup>360</sup> Als eine mich erheiternde Parallele verweise ich auf H.-U. Wehler, Deutsche Gesellschaftsgeschichte. Fünfter Band, München 2008, 420: «Der Rückblick auf die Arbeit an einem Projekt, das mich unterbrochen von nicht wenigen anderen Aufgaben, 25 Jahre lang vorrangig beschäftigt hat, erfordert zunächst das Eingeständnis, dass ich am Anfang (1981/82) frohen Mutes war, in einem einzigen, wahrscheinlich ziemlich umfangreichen Band einmal zu demonstrieren, wie eine deutsche Gesellschaftsgeschichte des 19. und 20. Jahrhunderts aussehen könnte.» Auch der finnische Rechtshistoriker Lars Björne (Turku), der 2007 den vierten Band seiner «nordischen Rechtswissenschaftsgeschichte» abschloss, schrieb im Vorwort zu: Patrioter och Institutionalist. Den nordiska rättsvetenskabens historia, Del I, Stockholm 1995: «ursprungligen hade jag tänkt mig att publicera hela framställningen i ett band».

<sup>361</sup> Hilfreich waren die von Dieter Wyduckel erarbeitete und von H. U. Scupin und U. Scheuner herausgegebene «Althusius-Bibliographie», 2 Bde., Berlin 1973; H. Gross, Empire and Sovereignty. A History of the Public Law Literature in the Holy Roman Empire 1599–1804, Chicago 1974; D. Wyduckel, Ius publicum. Grundlagen und Entwicklung des öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft, Berlin 1984. – Zwischen meinem 2. (1992) und 3. Band (1999) erschien M. Friedrich, Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, Berlin 1997, auf dessen Vorwort und die Einschätzung S. 5 verwiesen sei.

<sup>362</sup> H. Maier, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, Neuwied 1966, 3. Aufl. München 1986, unverändert in: H. Maier, Gesammelte Schriften, Bd. IV, München 2009, m. Nachwort von M. Stolleis. Im autobiographischen Rückblick H. Maier, Böse Jahre, gute Jahre. Ein Leben 1931 ff., München 2011, 89 ff.

hunderts noch eng mit dem Fach «Politik» verbunden war, mussten auch die «Politiken» jener Zeit einbezogen werden, ebenso die Fürstenspiegel und die Hausväterliteratur oder Werke wie VEIT LUDWIG VON SECKENDORFFS «Teutscher Fürsten-Stat» (1656) und «Christen-Stat» (1685). Daneben stand die Masse juristischer Qualifikationsarbeiten, die sog. «dissertationes» und «disputationes», die bis heute erst ansatzweise erschlossen sind<sup>363</sup>. Alles in allem ergab sich daraus der bekannte barocke Bücherberg, der von einem Einzelnen nicht zu übersteigen, sondern nur zu «untertunneln» war. Ein wichtiger Leitfaden war dabei JOHANN STEPHAN PÜTTERS «Litteratur des Teutschen Staatsrechts» (1776–1783). Ähnlich hilfreich waren für die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts die drei Bände von ROBERT VON MOHL «Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften» (1855–1858). Für die zweite Hälfte des 19. und für das 20. Jahrhundert bestand das Problem jedoch nicht mehr in der Auffindung selten gewordener Titel, sondern in der nun wieder ins Unübersichtbare wachsenden Masse der Monographien, Kommentare, Lehrbücher und Zeitschriften. An eine zuverlässige Nachweisung aller jeweils einschlägigen Äußerungen zu jeder denkbaren Frage des öffentlichen Rechts war nun längst nicht mehr zu denken, vor allem nicht für die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg. Die Aussagen sollten belegt sein, aber die Darstellung durfte auch nicht in einer Bibliographie versinken<sup>364</sup>. So viel zum Bücherberg, der, wohlgemerkt, nicht nur Meisterwerke, sondern überwiegend Durchschnittliches und Triviales sowie speziell in der Kommentar- und Lehrbuchliteratur auch unendliche Redundanzen und die für die Orientierung unentbehrliche «herrschende Meinung» (h. M.) enthält.

Auch die Frage nach dem eigentlichen Beginn der Disziplin erwies sich als schwierig. Wenn der Akzent auf der Wissenschaftsgeschichte liegen sollte, dann kam es darauf an, den Punkt zu bestimmen, an dem sich «ius publicum» als eigenständige (Universitäts-) Disziplin zu bilden begann. Das bedeutete, auf erste Vorlesungen und Bücher über «ius publicum» oder über verwandte Gegenstände zu achten. Dass es seit der Antike eine Unterscheidung zwischen «ius publicum» und «ius privatum» gegeben und sie in der mittelalterlichen Jurisprudenz ihre Kommentierung erfahren hatte, war natürlich bekannt. Aber ebenso unbestreitbar war die Tatsache, dass weder die antiken noch die mittelalterlichen Juristen das öffentliche Recht separat gelehrt hatten. Die Vorstellung einer anerkannten oder gar apriorischen Zweiteilung des gesamten Rechts gab es offenbar nicht. So kann man wohl mit Hilfe moderner Kategorien die «Anfänge des öffentlichen Rechts» in der Zeit der Stauer beschreiben und eine gewisse Sphärentrennung von privat und öffentlich konstatieren<sup>365</sup>, kann gleichwohl aber einräumen, dass der Beginn der wissenschaftlichen Behandlung eines eigenständigen «ius publicum» in der Krise der Reichsverfassung im späten 16. Jahrhundert zu suchen ist. Tatsächlich entstanden damals erste Kompilationen einschlägiger Zitate des römischen Rechts, dann Vorlesungen «ex iure publico» unter Verwendung verfassungsrechtlicher Quellen des Heiligen Römischen Reichs. Um 1620 setzte sich das Fach durch und wurde an den Universitäten aufgenom-

<sup>363</sup> Der Katalog der rd. 90.000 Stück umfassenden Sammlung des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte kann online eingesehen werden: [www.rg.mpg.de](http://www.rg.mpg.de)

<sup>364</sup> H. Schneider, Bibliographie zum öffentlichen Recht in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. München – Berlin 1964.

<sup>365</sup> G. Dilcher – D. Quaglioni (Hg.), Die Anfänge des öffentlichen Rechts. Gesetzgebung im Zeitalter Friedrich Barbarossas und das Gelehrte Recht, Bologna – Berlin 2007; dies. (Hg.), Die Anfänge des öffentlichen Rechts, 2. Von Friedrich Barbarossa zu Friedrich II., Bologna – Berlin 2008.

men, etwa parallel zum Strafrecht, zum Lehnrecht, zum einheimischen «ius patrium» und – seit der Mitte des 17. Jahrhunderts – zum neuen Fach des Naturrechts. Im 18. Jahrhundert breitete sich das «ius publicum» dann weiter aus, es entstanden zahlreiche Lehrbücher, Sammlungen von Texten zur Reichsverfassung, gipfelnd in JOHANN STEPHAN PÜTTERS systematischen Werken einerseits, in JOHANN JAKOB MOSERS gewaltigen Darstellungen «Teutsches Staats-Recht» (1737–1754) und «Neues Teutsches Staatsrecht» (1766–1775) andererseits. 1806 wurde dieser publizistische Bücherberg mit dem Ende des Reichs im Wesentlichen zum rein historischen Material, wirkte aber methodisch und in der Ausbildung dogmatischer Figuren weit in das 19. Jahrhundert fort.

Damit waren Anfang und Ende des ersten Bandes der Darstellung festgelegt – ein auf lange Traditionen zurückweisender Beginn «um 1600»<sup>366</sup> und ein äußerlich abruptes Ende 1806. Auch der zweite Band erhielt klare zeitliche Konturen durch den (etwas zurückversetzten) Beginn mit 1800 einerseits und dem Ausbruch des Ersten Weltkriegs andererseits. Der August 1914 war nicht nur für die Wahrnehmung der Zeitgenossen die fundamentale Zäsur, das Ende der «guten alten Zeit», sondern auch wissenschaftsgeschichtlich ein bedeutsamerer Einschnitt als das Jahr 1918<sup>367</sup>. Der im Krieg einsetzende Dirigismus des Kriegsverwaltungsrechts war ein neues, auf Entwicklungen des 20. Jahrhunderts vorausweisendes Element. So lagen auch die Zeitgrenzen des dritten Bandes fest: Vom August 1914 bis zum 8. Mai 1945. Der vierte Band schließlich, der mit dem Zusammenbruch des NS-Regimes einsetzt, endet nun mit der «Wiedervereinigung», diesem für die Deutschen in jeder Hinsicht epochalen Ereignis. Auch für das öffentliche Recht beginnt mit dem Einigungsvertrag, mit der Neuordnung der Universitäten in der ehemaligen DDR und der völkerrechtlichen Umorientierung jener Jahre eine neue Zeitrechnung.

Die Darstellung folgte also im Wesentlichen den Wendepunkten der äußeren Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte. Dennoch sollte sie nicht als deren intellektuelle Untermauerung verstanden werden. Eine Geschichte der Kommunikation über «öffentliches Recht» akzeptiert den äußeren Rahmen der Ereignisse, aber der Diskurs der Öffentlichrechtler formt auch die Wahrnehmung der Ereignisse. Dass der Gedanke der Tat vorausgehe wie der Blitz dem Donner, ist ebenso geläufig wie der umgekehrte Satz, dass die besten Interpretationen dem Ereignis nachzueifeln pflegen. Worte sind auch Taten, sagte der späte WITTGENSTEIN nebenbei<sup>368</sup>. Gewiss, aber weder lässt sich die Geschichte aus den Büchern der Meisterdenker ableiten, noch eilen die Autoren nur der Geschichte hinterher, um sie zu interpretieren. Für beides gibt es Beispiele, aber die Beispiele ergeben keine feste Regel. Wer sich auf einen Grenzgang zwischen Realgeschichte und Geistesgeschichte einlässt, muss damit rechnen, dass ihm am Ende die Unterscheidung beider Gebiete fragwürdig wird. Ereignisse lösen Gedanken aus, und Gedanken können Ereignisse vorbereiten, ja sie sind schon in gewisser Weise selbst Ereignis, wenn sie hinreichend verbreitet werden und andere Köpfe erreichen<sup>369</sup>. Gesucht wurde also eine Wissenschaftsgeschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, die engen Kontakt mit Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte hielt, aber auch bereit war,

<sup>366</sup> Ebenso Friedrich (Anm. 361) 24 ff.

<sup>367</sup> D. Fromkin, Europas letzter Sommer. Die scheinbar friedlichen Wochen vor dem Ersten Weltkrieg, München 2005.

<sup>368</sup> L. Wittgenstein, Philosophische Unter-

suchungen, 546 (Ausgabe von Joachim Schulte, Frankfurt 2001).

<sup>369</sup> M. Stolleis, Rechtsgeschichte schreiben. Rekonstruktion, Erzählung, Fiktion?, Basel 2008.

dem Denken und Schreiben über «öffentliche Herrschaft» eine gewisse Teilautonomie zuzugestehen.

### 1. Ein «*Ius Commune Publicum*»

Die Entwicklung einer Disziplin, die sich über vierhundert Jahre erstreckt, sich an etwa 40–50 latein- und deutschsprachigen Universitäten abspielt und in engstem Kontakt mit allen europäischen Ländern stand und steht, ist im Überblick nur mit stark verallgemeinernden Kategorien zu beschreiben.

Die «Geburt» einer eigenständigen Disziplin des öffentlichen Rechts (*ius publicum*) im Rahmen der Juristischen Fakultäten der Frühen Neuzeit hängt sichtlich mit der Krise der Reichsverfassung ab etwa 1580 und dem politisch verhängnisvollen Religionskonflikt zusammen. Die scholastische Behandlung des mittelalterlichen römischen Rechts deckte für die hier auszubildenden Juristen der frühen Neuzeit nicht mehr alle Bedürfnisse ab. Der Humanismus hatte die intellektuellen Voraussetzungen für eine historisierende Textkritik geschaffen. Der Calvinismus erwies sich als Kreuzungspunkt von Humanismus und Jurisprudenz<sup>370</sup>. Durch die Lektüre von Tacitus' «*Germania*» beflügelt, entstand im Zuge der frühneuzeitlichen Nationbildung eine erste Welle des «Reichspatriotismus»<sup>371</sup>. Die Reformation mit ihrem «antirömischen Affekt» kam hinzu. Der Augsburger Religionsfriede von 1555 machte den Protestanten deutlich, dass das römische Recht auf die aktuellen Probleme nicht mehr antwortete, dass es also galt, sich auf die «deutschen» Verfassungsdokumente zu besinnen, um eine neutralisierende Argumentation zwischen den Konfessionen möglich zu machen. Die Hinwendung zur Interpretation konkreter Texte lag ohnehin in der Richtung der protestantischen Wort- und Predigtkultur. Umgekehrt sah die katholische Seite keinen Grund, von den Formeln kaiserlicher Machtvollkommenheit im römischen Recht abzugehen. Ihre Universitäten, durchgehend der Studienordnung der Jesuiten von 1599 folgend, legten auf die Pflege des (weltlichen) Rechts kaum Gewicht<sup>372</sup>.

Von dieser konfessionell bedingten Differenz abgesehen, unterschied sich die deutsche juristische Buchproduktion nicht prinzipiell von derjenigen anderer Länder<sup>373</sup>. Diese Produktion war insgesamt außerordentlich reich. Die europäischen protestantischen Universitäten produzierten eine Fülle von Lehrbüchern und Monographien,

<sup>370</sup> Grundlegend nun *Chr. Stroh*, Calvinismus und Recht. Weltanschaulich-konfessionelle Aspekte im Werk reformierter Juristen in der Frühen Neuzeit, Tübingen 2008.

<sup>371</sup> *E.-L. Etter*, Tacitus in der Geistesgeschichte des 16. und 17. Jahrhunderts, Basel – Stuttgart 1966; *K. C. Schellhase*, Tacitus in Renaissance Political Thought, London – Chicago 1976; *M. Stolleis*, Reichspatriotismus und Reichspublizistik vom 16. bis zum 18. Jahrhundert, in: *G. Birtsch* (Hg.), Aufklärung, 1991 (sowie in: *G. Birtsch – M. Schröder* [Hg.], Patriotismus, Trier 1993, 21–28).

<sup>372</sup> *N. Hammerstein*, Aufklärung und katholisches Reich, Berlin 1977.

<sup>373</sup> Übersichten bieten jetzt die Arbeiten von

*D. Osler*, Catalogue of books printed in Spain, Portugal and the Southern and Northern Netherlands from the beginning of printing to 1800 in the Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt 2000; *ders.*, Catalogue of books printed on the continent of Europe from the beginning of printing to 1600 in the Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt 2000; *ders.*, Catalogue of books printed before 1801 in the legal historical section of the Biblioteca di Scienze Sociali dell'Università degli Studi di Firenze, Firenze 2005; *ders.*, Jurisprudence of the Baroque. A Census of Seventeenth Century Italian Legal Imprints, 3 vols., Frankfurt 2009.

aktuelle Streitfragen wurden in Gutachten kommentiert, Tausende von Kandidaten übten sich in (gedruckten) Disputationen, Licentiaten- und Doktorarbeiten. Die katholischen Universitäten trugen die scholastische Tradition des Kirchenrechts und des römischen Rechts weiter bis an das Ende des 18. Jahrhunderts. Auch bei ihnen wurde eifrig disputiert, aber es wurden nicht überall die entsprechenden Grade mit gedruckten Arbeiten erworben. Weitgehend genügten mündliche Prüfungen. Geographisch lagen die Schwerpunkte im 16. Jahrhundert in Frankreich und am Oberrhein, im 17. Jahrhundert in den Niederlanden, aber auch in Italien, Spanien und Portugal, während in England freie Schriftsteller sehr viel, die Universitäten Oxford und Cambridge aber wenig Gedrucktes produzierten. Relativ gering blieb die Produktion vor 1800 noch in den nordischen Ländern und in Polen.

Im Überblick kann man sagen, dass sich in allen genannten Ländern eine wachsende Differenz zwischen dem traditionell vermittelten «gemeinen» (römischen) Recht und dem zunehmend als Sondermaterie verstandenen «*ius publicum*» zeigte. Je nach Verfassungslage ist diese Differenz stärker oder schwächer ausgeprägt. Wo es keine politische Tendenz zur Zentralisierung der öffentlichen Herrschaft gab oder geben konnte, wuchs entsprechend das spezifische «*ius (publicum) patrium*», vor allem in Italien, in den Niederlanden und in Deutschland, die aus vielen einzelnen Herrschaften und unabhängigen Stadtrepubliken bestanden. Im Unterschied zu Italien blieb aber in Deutschland die «Reichsverfassung» bis zu ihrem Ende von 1806 ein besonders wichtiger Gegenstand juristischer Erörterungen. Die europäischen Diskurse über Souveränität und «*leges fundamentales*» (Grundgesetze), über Gesellschafts- und Herrschaftsverträge, Steuerbewilligungsrechte der Stände bzw. Parlamente, Gewaltenteilung und unverlierbare, dem Naturrecht entstammende Menschen- und Bürgerrechte lieferten insgesamt ein gedankliches Material, das sich im Laufe des 18. Jahrhunderts zu einem Kanon konstitutionellen Stoffs verdichtete.

Eine europäische Gemeinsamkeit, vielleicht die wichtigste im Vergleich mit außereuropäischen Kulturen, ist die langsam, aber unaufhaltsam voranschreitende Ablösung öffentlicher Herrschaft von ihren sakralen Grundlagen. Dieser Prozess erstreckt sich vom Hochmittelalter mit der Unterscheidung von Imperium und Sacerdotium, mit der Doppelherrschaft von Kaiser und Papst über die Reformation LUTHERS, ZWINGLIS und CALVINS, über MACHIAVELLIS Emanzipation des politischen Denkens von Moral und Religion bis in das Zeitalter der Glaubenskriege des 16. und 17. Jahrhunderts. Aus Glaubenskriegen wurden Territorialkriege, aus dem «*amor religionis*» wurde ein «*amor regionis*», spotteten die Zeitgenossen. Entsprechend verblasste die sakrale Aura des Herrscheramtes «von Gottes Gnaden», bis sie durch die Hinrichtung von Königen im England des 17. und im Frankreich des 18. Jahrhunderts ihren Todesstoß erhielt. Dass sich mit NAPOLEON ein «*homo novus*» selbst krönte und dabei die Geistlichkeit zu Chargen eines Medienschauspiels degradierte, war das Ende des Gottesgnadentums, ungeachtet mancher Ausläufer im 19. Jahrhundert, in denen eine Resakralisierung des «monarchischen Prinzips» versucht wurde. Die rechtlichen Debatten, die diesen langgestreckten Vorgang der Säkularisierung begleiteten, waren gewiss Reflexe auf die Machtverschiebungen zwischen geistlichen und weltlichen Mächten, aber sie waren auch produktiver Teil des Prozesses. Indem Juristen neue Begründungen öffentlicher Herrschaft «ohne Gott» vortrugen und ihre Zeitgenossen überzeugten, gehörten sie selbst zu den Akteuren. So bildete sich eine historische Sequenz von Sätzen zu der Frage, auf welcher Basis legitime Herrschaft beruhe: auf Gottes Willen (1), auf Abstammung aus könig-

licher Familie (2), auf der Macht des Souveräns kraft Befehlsgewalt (3), auf Legitimation durch Herrschaftsvertrag (4) oder durch Wahlen nach den Regeln einer Verfassung (5)<sup>374</sup>. Am Ende war die Bindung an eine transzendente Instanz, die den Herrscher stützte, an die er aber auch gebunden war, fast verschwunden. Die Präambeln vieler Verfassungen rufen noch heute Gott an und stellen das weltliche Werk unter seinen Namen, aber dieser Gott ist – wie im Deismus der Aufklärung des 18. Jahrhunderts – ein abstraktes, überkonfessionelles Wesen geworden, dem alle monotheistischen Weltreligionen zugeordnet werden können und aus Gründen der Toleranz auch zugeordnet werden müssen<sup>375</sup>. Noch heute werden in einigen Ländern Könige und Königinnen in Gottesdiensten nach traditionellem Ritus gekrönt, noch heute gibt es in Gottesdiensten die Fürbitten «für solche, die politische Verantwortung tragen»<sup>376</sup>, aber die geistliche und die weltliche Sphäre sind doch unwiderruflich auseinandergetreten. Sie beziehen sich aufeinander in europaweit wechselnden Konstellationen und respektieren einander<sup>377</sup>, aber insgesamt ist es die Entscheidung des Individuums geworden, wie es sich zu den letzten Fragen seiner Existenz verhält. Das Verfassungsrecht aller europäischen Staaten schützt es dabei durch Gewährung von Glaubensfreiheit im Rahmen des «ordre public». Erst in den letzten Jahrzehnten erlebt eine westliche säkularisierte Gesellschaft die partielle Durchdringung mit dem Islam, der, von ganz anderen historischen und kulturellen Voraussetzungen ausgehend, sich nicht ohne innere und äußere Spannungen einfügt, ja sich nicht einfügen kann, ohne seine Identität wenigstens partiell zu verändern.

Versucht man auf dieser Basis jene Elemente zu benennen, die zu einer säkularisierten, rationalen und auf das Individuum als letzte Instanz hinauslaufenden Ordnung führen, dann handelt es sich um die folgenden, die als Grundlagen eines «ius commune publicum europaeum» gelten können.

Vom 16. bis zum 18. Jahrhundert entfaltete sich in ganz Europa das neuzeitliche Natur- und Völkerrecht («ius naturale», «ius gentium europaeum»). Es bediente sich seiner antiken und mittelalterlichen Quellen, begleitete die Entstehung des modernen Staates der Frühen Neuzeit als rationale, für alle Gemeinwesen passende Rechtstheorie und ließ aus dem Naturrecht ein spezielles «ius publicum universale» entstehen. Es bot nun die Möglichkeit, eine Konstruktion der Herrschaftsverhältnisse im Innern eines Staates zu liefern (vor allem durch die Erfindung des fiktiven Herrschafts- und Unterwerfungsvertrags), Rechte und Pflichten der Individuen ebenso zu definieren wie diejenigen des Herrschers. Es bot aber auch die Möglichkeit, den modernen Staat, ein Rechtsgebilde mit eigenen Grenzen und eigener Souveränität, als großes Individuum zu begreifen, das mit anderen Staaten in Rechtskontakt tritt. Die Rechtsord-

<sup>374</sup> M. Stolleis, Die Legitimation von Recht und Gesetz durch Gott, Tradition, Wille, Natur, Vernunft und Verfassung, in: C. Möller u. a. (Hg.), *Ars Iuris*. FS für Okko Behrends, Göttingen 2009, 533–546.

<sup>375</sup> Siehe etwa die Beiträge in S. Kadelbach – P. Parhisi (Hg.), *Die Freiheit der Religion im europäischen Verfassungsrecht*, Baden-Baden 2007 mit den charakteristischen Titeln «Vernunftrecht und göttliche Gebote. Religion als vopolitische Quelle der Menschenrechte?», «Religiöse Toleranz als Herausforderung an den

säkularen Staat», «Religion und Emanzipation – (k)ein Widerspruch?», «Christliches Menschenbild und Gottesbezug im Verfassungsentwurf der Europäischen Union?», und «Menschenbild und Gottesbezug in einer Europäischen Verfassung».

<sup>376</sup> M. Stolleis, *Thron und Altar*, in: HRG V (1998) 202 ff.

<sup>377</sup> A. v. Campenhausen – H. de Wall, *Staatskirchenrecht*, 4. Aufl. München 2006, §§ 39, 40 mit knappen Angaben zu den staats- und volksskirchlichen Modellen sowie zu denen der Trennung.

nung im Innern und die Völkerrechtsordnung in den äußeren Beziehungen konnten nun in einer Terminologie beschrieben werden, die für alle gleich war, auch für «Christen und Heiden». Ja die These liegt nahe, dass der Siegeszug des Naturrechts wesentlich mit der «ersten Globalisierung», also der Entdeckung der Neuen Welt und der Umrundung der Erde zusammenhängt. Methodisch folgte dieses Naturrecht dem Vorbild der sich revolutionär entfaltenden Mathematik und der empirischen Naturwissenschaften, die nun ein «Naturgesetz» nach dem anderen entdeckten<sup>378</sup>. Es folgte dem mechanistischen Leitbild des absolutistischen Staates<sup>379</sup>, der die aus dem Mittelalter überkommene «Multinormativität» durch ein einheitliches Rechtssystem aus der Hand des jeweiligen Souveräns zu ersetzen suchte. Die Angehörigen unterschiedlicher Stände mit eigenen Rechten wurden Schritt für Schritt zu «gleichen» Untertanen umgeformt, die Sonderrechte und die intermediären Institutionen verschwanden. Mit der Verfassungsbewegung des 19. Jahrhunderts wurden dann die Untertanen ebenso schrittweise zu mitwirkungsberechtigten Staatsbürgern<sup>380</sup>.

Ein zweites Element liegt in der Tradition der aristotelischen Politik. Dieses Grundwerk politischen Denkens Europas ist im Mittelalter wiederentdeckt, ins Lateinische übersetzt und zum festen Element der Grundausbildung an den Universitäten gemacht worden, auch für Juristen. Die protestantischen Länder haben dies im Neo-Aristotelismus des 16. und 17. Jahrhunderts weiter intensiviert. Seit Jenseits und Diesseits in der Zwei-Reiche-Lehre auseinandergetreten waren, bedurfte das Diesseits einer weltlichen normativen Ordnung. Der längst kanonisch gewordene ARISTOTELES bot sich hierfür geradezu an. Anhand der Lektüre und der in die Hunderte gehenden Kommentierungen von ARISTOTELES' «Politik» lernte man in ganz Europa die Unterscheidung guter und schlechter Staatsformen, hörte von den Vorzügen der «gemischten» Verfassung, definierte das gute Regiment und den Staatszweck des «Gemeinwohls», erörterte die Staatskrankheiten und ihre Heilung. Bis in die Gegenwart sind die Handbücher der «Political Science» und der vergleichenden Verfassungslehren von diesem Grundmuster geprägt.

Nimmt man zu ARISTOTELES' «Politik» noch die gesamte antike Staatsliteratur, insbesondere CICERO und TACITUS, PLUTARCH, LIVIUS und POLYBIOS sowie die geringen staatsrechtlichen Bruchstücke des römischen Rechts hinzu, dann hat man die Fragen im Blick, die das europäische politisch-juristische Denken der Neuzeit beherrschten: Wie entsteht der Staat, und wie lässt er sich legitimieren, welches ist die beste Verfassung, was ist die Souveränität, und wer ist Träger der Staatsgewalt, welchen Bindungen unterliegt er, wer hat das Recht der Gesetzgebung, wer darf Steuern erheben und zu welchem Zweck? Diese Debatte war europäisch und überkonfessionell. Sie leistete, was sich für das gesamteuropäische Bewusstsein als zentral erweisen sollte: eine Verständigung über die Elementarsätze einer wissenschaftlichen Politik, über die Rechtsgrundlage legitimer weltlicher Herrschaft sowie über deren Begrenzung durch übergeordnete Normen,

<sup>378</sup> Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe. Jurisprudence, Theology, Moral and Natural Philosophy, ed. by Lorraine Daston and Michael Stolleis, Farnham – Burlington 2008.

<sup>379</sup> B. Stollberg-Rilinger, Der Staat als Maschine. Zur politischen Metaphorik des absoluten Fürstentums, Berlin 1986.

<sup>380</sup> M. Stolleis, Untertan – Bürger – Staatsbürger. Bemerkungen zur juristischen Terminologie im späten 18. Jahrhundert, in: ders., Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts, Frankfurt 1990, 299–339.

einschließlich des (höchst umstrittenen) Widerstandsrechts gegen den illegitimen Herrscher. Ohne diese gewissermaßen zur Selbstverständlichkeit gewordene Rechtsbindung der Obrigkeit wäre die Verfassungsbewegung des 18. und 19. Jahrhunderts gar nicht denkbar gewesen. Ohne die Lehre von der «res publica mixta» und ohne die Einübung des Satzes «rex regnat, sed non gubernat» seit dem 16. Jahrhundert wäre die Trennung von Regierung und Verwaltung, und damit auch die moderne Gewaltentrennungsdoktrin, nicht entstanden. Ohne die jahrhundertelange Einübung genossenschaftlicher Selbstverwaltung und ohne die Grundidee eines Gesellschaftsvertrags gäbe es keine moderne Demokratie. «Quod omnes tangit, ab omnibus approbari debetur» (Was alle angeht, muss von allen gebilligt werden) ist ein mittelalterlicher Satz. Dass das Volk die oberste Legitimationsquelle ist, wurde von MARSILIUS VON PADUA im 14. Jahrhundert formuliert und wurde im frühen 17. Jahrhundert von reformierten «Politikern» wieder aufgenommen. Auch wenn man diese Anfänge nicht anachronistisch im Sinne des modernen demokratischen Prinzips und der Volkssouveränität lesen darf, so nehmen doch hier Gedankenströme ihren Ursprung, die später, in ganz anderen Kontexten, herrschend und geschichtsmächtig werden sollten.

Ein weiterer wesentlicher und in vielen Facetten schillernder Grundgedanke ist die Verantwortlichkeit der europäischen Obrigkeiten für eine gerechte Sozialordnung. Immer wieder wurde den Herrschenden durch Fürstenspiegel, Tugendlehren, theologisch-moralische Traktate oder Kommentare zur aristotelischen Politik eingeschärft, ihre Aufgabe sei das Gemeinwohl, die «gute Ordnung» oder «gute Policey», also eine Ordnung, die nicht nur Sicherheit und formale Rechte gewährt, sondern auch einen Ausgleich zwischen Arm und Reich («pauper et potens»), Benachteiligten und Begünstigten, Hoch und Niedrig sucht<sup>381</sup>. Gleichviel, ob es als Gebot der Nächstenliebe, als Satz der praktischen Ethik oder als Kalkül der Machterhaltung begründet wurde, Schutz und Fürsorge gehörten zu den elementaren Aufgaben des Herrschers oder der entsprechenden Autoritäten europäischer Staaten. Sie wurden erfüllt durch eine Mischung von Zwang und Fürsorge, indem man ohne Bedenken repressiv intervenierte, etwa durch Ausweisung fremder Bettler oder Krimineller sowie durch Errichtung von Zucht- und Arbeitshäusern, aber auch eine Palette von Hilfsmaßnahmen kannte, für die weltliche und kirchliche Obrigkeiten aktiv waren. Dass sich in Europa ein «Sozialstaat» mit seinen Paradoxien von Verweigerung und Gewährung entwickelte, während er in anderen Weltgegenden in dieser Form hoheitlicher Umverteilung praktisch unbekannt war und ist, belegt wieder, dass wir es hier mit einem 1000-jährigen vormodernen Pflichtenkanon zu tun haben, der im Kontext der industriellen Revolution und der «sozialen Frage» noch einmal an Dynamik gewinnt und zur Ausbildung unterschiedlichster Formen der Bewältigung typischer Lebensrisiken und unvorhersehbarer Einbrüche in die Biographie führt<sup>382</sup>. Dass Fürsorge auch eine repressive und disziplinierende Kehrseite hat, wird an der These deutlich, der frühmoderne Staat habe, sozusagen nebenbei, durch seine «Policey» aus den Untertanen die fleißige und pünktliche Industriearbeiterschaft des 19. Jahrhunderts «vorgeformt». Bekämpfung des Müßiggangs, Reduzierung kirchlicher Feiertage, Durchsetzung fester Arbeitszeiten in Manufakturen, Zucht- und Arbeitshäusern, militärischer Drill in den

<sup>381</sup> Th. Simon, «Gute Policey». Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der Frühen Neuzeit, Frankfurt 2004.

<sup>382</sup> H. Maier, Historische Voraussetzungen des

Sozialstaats in Deutschland, Heidelberg 2002; M. Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, Stuttgart 2003, 13 ff.

Armeen sowie insgesamt eine allmähliche Beseitigung vormoderner genossenschaftlicher Lebensformen und ihre Ersetzung durch den direkten Zugriff des Staates seien die hierfür eingesetzten Mittel gewesen.

Zu den konkreten Elementen des konstitutionellen Diskurses, wie er sich im Medium des «*ius commune publicum*» Europas herausbildete, gehörte zunächst die Idee der Verfassung, weit verstanden als eine Grundentscheidung über den politischen «Status» in Rechtsform, entweder in grundlegenden Rechtsakten oder in einer einzigen Urkunde<sup>383</sup>. In der heute üblichen Form sind geschriebene Verfassungen seit dem ausgehenden 18. und im 19. Jahrhundert in Europa und Amerika entstanden und haben sich über die ganze Welt ausgebreitet. Es ist signifikant, dass sich diese Verfassungsbewegung parallel zu den Bestrebungen der Kodifikationen des Zivilrechts entwickelte, auch auf diese Weise die schrittweise Trennung von Staat und Gesellschaft sinnfällig machend. Seitdem galt für die zwischenmenschlichen Beziehungen das kodifizierte Zivilrecht, für das Verhältnis zwischen Bürger und Staat die ebenfalls kodifizierte Verfassung sowie das durch Verfassungsgarantien umhegte Strafrecht.

Grundidee der Verfassungen war vor 1789 die Begrenzung der Macht des Herrschers, von da an aber auch die Legitimierung der gesamten öffentlichen Ordnung. Solche Fundamental- oder Grundgesetze gab es seit dem Spätmittelalter in allen europäischen Ländern, sie regelten die Thronfolge bzw. die Königswahl, sie bestimmten das Verhältnis zu den Landständen, sie legten seit dem 15. Jahrhundert meist auch die Unteilbarkeit des Landes fest und verdrängten das dynastische Erbrecht. Mehr und mehr bildeten sich homogene Strukturen heraus. In diesem Sinne ist von einer «Verstaatlichung des dynastischen Verbandes» gesprochen worden (R. VIERHAUS). Dass die heutige deutsche Verfassung «Grundgesetz» genannt wird, war 1949 ein Ausweg, um «Verfassung» für ein vermeintliches Provisorium zu vermeiden, aber auch eine semantische Wiederaufnahme der langen Vorgeschichte der «*leges fundamentales*»<sup>384</sup>.

Europäischer ideeller Gemeinbesitz ist weiter die Vorstellung, es müsse gegenüber dem nun immer stärker werdenden und genossenschaftliche Selbstverwaltung ausräumenden modernen Staat gewisse unantastbare Bereiche geben, Zonen der Privatheit und Selbstentfaltung also, von denen sich die Staatsgewalt fernzuhalten habe. Diese Zonen werden in doppelter Weise abgegrenzt. Zum einen durch die Idee der «Selbstverwaltung», die sich im 19. Jahrhundert entwickelt hat und bestimmten gesellschaftlichen Segmenten einen begrenzten Entfaltungsraum gewährt, der Einsicht folgend, dass dadurch mehr Sachkunde und Eigenverantwortung mobilisiert werden können. Zum anderen sind es die individuellen «Freiheitsrechte», die als Menschen- und Bürgerrechte die Grenze zwischen dem Leben des Individuums und dem Zugriff des Staates markieren. Als Bürgerrechte geben sie dem Bürger, der nun «Staatsbürger» genannt wird, grundlegende Mitwirkungsrechte. Diese Rechte sind die Antwort auf religiöse Intoleranz, willkürliche Verhaftungen und Verurteilungen, Vertreibungen, Missachtung des Hausfriedens, rechtswidrige Enteignungen, Auswanderungs- und Heiratsverbote, politische Zensur der öffentlichen Kundgabe von Meinungen und auf Repression durch

<sup>383</sup> H. Mohnhaupt – D. Grimm, Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart, 2. Aufl. Berlin 2002.

<sup>384</sup> H. Mohnhaupt, Die Lehre von der «Lex Fundamentalis» und die Hausgesetzgebung euro-

päischer Dynastien, in: *ders.*, Historische Vergleichung im Bereich von Staat und Recht. Gesammelte Aufsätze, Frankfurt 2000, 1–33; *ders.*, Von den «*leges fundamentales*» zur modernen Verfassung in Europa, a. a. O. 35–72.

Versammlungs- und Vereinigungsverbote. Die langsam entstehende bürgerliche Gesellschaft suchte und fand in diesen Schutznormen ihre Entfaltungsräume gegenüber dem Absolutismus, sie bildete in ihnen ihre geistige Identität aus, lange bevor sie die Chance erhielt, diese Normen in modernen Verfassungen festzuschreiben. Aber Grundrechte für Individuen genühten nicht: Auch Minderheiten erwiesen sich als schutzbedürftig, wenn sie strukturell schwach waren und bei Abstimmungen nach «Mehrheit» ständig unterlagen. Folglich mussten verfahrensrechtliche Sicherungen erfunden werden, mit deren Hilfe Minderheiten der «Diktatur der Mehrheit» Widerstand leisten konnten. Dazu zählen etwa Vetorechte in existentiellen Fragen, Zweidrittelmehrheiten für grundlegende Änderungen, eine Spaltung des Abstimmungskörpers («itio in partes») und anderes mehr.

Heute sind es auf breiter Front die Rechtsprechung der nationalen Verfassungsgerichte, der Schutz der Menschenrechte durch den Gerichtshof in Straßburg und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in Luxemburg, die den gemeineuropäischen Grundrechtsstandard für Einzelne und für Gruppen sowie Prinzipien des europäischen Verfassungsstaats modellieren – langsam und fallbezogen gewiss, aber sie tun es.

Die Liste prinzipieller europäischer Gemeinsamkeiten, die sich insgesamt zu einem «ius commune publicum» zusammenschließen<sup>385</sup>, ist noch länger. Sie enthält vor allem auch den Gedanken, dass den Gefahren der Zentralisierung der Macht durch regionale Gewaltenteilung vorgebeugt werden könne, also durch die Idee des Föderalismus, speziell in großen Flächenstaaten. Diese Idee entspricht auf staatlicher Ebene dem Gedanken der Selbstverwaltung und dem antizentralistischen Prinzip der Subsidiarität mit dessen Maxime, dass diejenigen Aufgaben, die von der kleineren Einheit erledigt werden können, auch dort verbleiben sollen.

Das klassische europäische Mittel zur Milderung des absolutistischen Gewaltmonopols ist die Gewaltenteilung oder -trennung, moderner: Funktionstrennung, der zufolge Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung sowohl analytisch als auch praktisch unterscheidbar und unabhängig sein sollten, um Machtbalance und Kontrolle zu erreichen. Dieser Gedanke ist entweder über ein Missverständnis MONTESQUIEUS, bei der Betrachtung Englands selbst, oder über Missverständnisse seiner Exegeten zum europäischen Gemeinbesitz geworden. Eng damit zusammen hängt die Unterscheidung zwischen parlamentarischem Gesetz und administrativer Verordnung – auch sie ein Produkt der Gewaltenteilung und der gegenseitigen Kontrolle. Alle diese Erfindungen der Erfahrung und des Scharfsinns von Generationen antworten auf reale Probleme, die bei der Verteilung politischer Macht aufzutreten pflegen. Die Aufteilung größerer Staaten in Regionen oder «Länder» nimmt Rücksicht auf historische Strukturen, landsmannschaftliche Verbundenheit durch Volkskulturen, Dialekte oder geographische Besonderheiten. Die Teilung der Staatsfunktionen antwortet auf die Gefahren der Kumulation von Macht in einer Hand und setzt entsprechend auf Balance und Kontrolle.

Schließlich gehört zu den genannten Grundbausteinen die für Europa zentrale Tradition des Rechtsschutzes durch richterliche Entscheidung. Die seit dem Mittelalter in

<sup>385</sup> Siehe hierzu die vier Bände von «Handbuch Ius Publicum Europaeum», hrsg. v. A. v. Bogdandy – P. Cruz Villalón – S. Cassese – P. M. Huber, Heidelberg 2007, 2008, 2010, 2011. Das ambitionierte Unternehmen geht auf dem

festen Grundriss eines Fragenkatalogs vergleichend vor und bilanziert jeweils am Ende. Zu den ersten beiden Bänden M. Stolleis in: ZRG GA 126 (2009) 888 ff.

ganz Europa bestehenden großen Gerichtshöfe und ihr professionelles Richtertum sind vielleicht das sprechendste Beispiel für institutionelle Gemeinsamkeiten<sup>386</sup>. Das Parlement de Paris, der Große Rat von Mecheln, das englische Krongericht, der schwedische Högsta domstolen, die spanischen Königsgerichte, das Reichskammergericht in Speyer und später in Wetzlar, der Reichshofrat in Wien und viele andere bildeten die Spitzen eines unendlich vielfältigen, aber von einem einfachen Grundgedanken beherrschten Rechtsschutzes<sup>387</sup>. Dieser Grundgedanke lautet: Alle politische Gewalt ist rechtlich gebunden, sie muss «dem Rechte gemäß» handeln, Schutz gewähren, Rechtsfrieden durch bindende Entscheidungen stiften. Auf diese Weise sind Landfriedensbrüche, Fehdewesen und unerlaubte Selbsthilfe langsam zurückgedrängt worden. Der «Prozess der Zivilisation» (NORBERT ELIAS) hat auch die europäische Geschichte der Gerichtsbarkeiten geprägt. Das System ist immer dichter und sicherer geworden. Weitgehend hat sich eine Dreistufigkeit der Instanzen durchgesetzt, die Verfahrensregeln sind im Kern ähnlich, ebenso das Vollstreckungswesen. Ohne Zweifel vermittelt dieser historisch gewachsene Standard des Rechtsschutzes einen wesentlichen Teil jener Homogenisierung, die Europa als ideelle Einheit konstituiert.

Die heutigen europäischen Gesellschaften sind demnach geprägt durch jahrhundertelange Erfahrung im Umgang mit einer pragmatischen flexiblen Staatstheorie aristotelischer Herkunft sowie mit weltlichem und kirchlichem Recht aus römischrechtlicher Wurzel. Die Gesellschaften werden als «rechtlich verfasst» verstanden. Herrschaft muss sich durchweg sowohl als demokratisch wie als «rechtlich» legitimieren. Hierauf beruht die europäische Idee des Rechtsstaats – «wahrscheinlich», wie TALCOTT PARSONS gesagt hat, «die entscheidende Erfindung der Moderne». Gewiss werden die Formeln der «rule of law», des «état de droit», «estado de derecho», «stato di diritto» etc. in Nuancen unterschiedlich verstanden, aber sie haben als Kern die Bindung von Exekutive und Judikative an das demokratisch legitimierte Gesetz<sup>388</sup>. In diesem Sinn haben auch die Gründer der heutigen Europäischen Union diese als «Rechtsgemeinschaft» verstanden.

## 2. Charakteristika eines «deutschen» öffentlichen Rechts?

In diesem europäischen Kontext nehmen sich die deutschen Besonderheiten eher marginal aus. Sie beruhen zunächst auf der Tatsache der konfessionellen Teilung des Landes seit dem 16. Jahrhundert. Die protestantischen Universitäten, vor allem die lutherischen, waren vom 16. bis zum Ende des 18. Jahrhunderts in der Rechtswissenschaft und so auch im öffentlichen Recht führend. Erst in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts schlossen sich die geistlich geleiteten katholischen Universitäten langsam an. Bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts gab es deutlich unterscheidbare konfessionelle Diskurse des öffentlichen Rechts, im Religionsrecht (Staatskirchenrecht) sogar bis zum heutigen Tag.

<sup>386</sup> M. Stolleis, The Profile of the Judge in the European Tradition, in: *Trames. Journal of the Humanities and Social Sciences*, vol. 12 Nr. 2, 2008, 204–214.

<sup>387</sup> B. Diestelkamp, Oberste Gerichtsbarkeit und Zentrale Gewalt im Europa der Frühen Neuzeit, Köln – Weimar – Wien 1996; F. Battenberg – F. Ranieri (Hg.), *Geschichte der Zentraljustiz in Mitteleuropa*. FS für Bernhard Diestel-

kamp zum 65. Geburtstag, Weimar – Köln – Wien 1994.

<sup>388</sup> Auf prinzipielle Unterschiede zwischen dem kontinentaleuropäischen und amerikanischen Verständnis von Rechtsstaat weist hin Gret Haller, *Die Grenzen der Solidarität. Europa und die USA im Umgang mit Staat, Nation und Religion*, Berlin 2002, hier Ausgabe 2004, insbes. 52 ff.

Eine weitere Besonderheit der deutschen Rechtskultur ist ihre territoriale Vielfalt, Kleinräumigkeit und Provinzialität. Da es aus politischen Gründen lange weder eine moderne «Öffentlichkeit» noch eine Hauptstadt gab, weder ein starkes Bürgertum noch einflussreiche Salons oder andere intellektuelle Zentren, konzentrierte sich das geistige Leben wesentlich auf die Universitäten. Von dort kamen die Führungsschichten für Kirche und Verwaltung. Nachdem die frühmodernen Ritterakademien in Deutschland keine führende Rolle gewonnen hatten<sup>389</sup>, studierte auch der Adel zunehmend auf den Universitäten, um sich für Beamtenstellen zu qualifizieren. Die deutsche Aufklärung setzte sich über die Universitäten der einzelnen Territorien um, also über die «Landesuniversitäten». In England, in Frankreich und im Habsburgerreich gab es «gesellschaftliche Öffentlichkeiten», also eine politische Klasse mit Weltkenntnis, Stil und Reichtum, die sich in den Zentren London, Paris und Wien bewegte. Selbst wenn diese Zentren auch traditionsreiche Universitätsstädte waren (Paris, Wien), so galten sie doch in der Neuzeit primär als politische Metropolen.

Die geschilderten Ausgangsbedingungen erklären auch, dass die deutschen Reformen des frühen 19. Jahrhunderts vom akademisch gebildeten Berufsbeamtentum ausgegangen sind. Vor allem Göttingen war insoweit prägend. In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts bestimmten die «politischen Professoren», oft solche des öffentlichen Rechts, aus Süddeutschland (ROTECK, WELCKER) und aus Schleswig-Holstein (DAHLMANN, STEIN) den Verfassungsdiskurs, sie wurden in die Parlamente gewählt und waren mehrheitlich sowohl national als auch liberal eingestellt. Ebenso stark prägte das akademisch gebildete Richtertum die Praxis, und es beteiligte sich an der Verfassungsdebatte sowie am Kampf um den Nationalstaat. Radikale Stimmen kamen häufig aus dem nun unter gewandelten Bedingungen von Verfassung und Gerichtsverfassung aufsteigenden Advokatenstand.

Als die Hoffnungen des Bürgertums 1848/49 scheiterten, gingen zahlreiche Progressive in die Emigration, andere setzten – mit BISMARCK – auf Preußen und dessen «Realpolitik», engagierten sich «nationalliberal» und forderten Rechtsstaat und gerichtliche Kontrolle der Exekutive. Auch in der nun erneut beginnenden Phase eines nationalen Parlamentarismus gab es wieder «politische Professoren», die sich engagierten, häufig zusammen mit Nationalökonomen im Kontext der «sozialen Frage», aber auch in den inzwischen entstandenen Parteien. Auf diese Weise nahm das öffentliche Recht im Deutschland des 19. Jahrhunderts nicht nur an den Verschiebungen der wissenschaftlichen Leitbilder von der Romantik zum Realismus, von der «Volkgeistlehre» zum wissenschaftlichen Positivismus sowie zum Gesetzespositivismus teil, sondern es spielte auch die entscheidende Rolle als Diskussionsplattform für Verfassungsfragen, für die Herausbildung des «Rechtsstaats» und die beginnende Sozialgesetzgebung. Nach der Reichsgründung von 1871 waren die meisten Professoren des öffentlichen Rechts überzeugte Monarchisten und Anhänger BISMARCKS, öffneten sich aber auch schrittweise den Fragen des Völkerrechts und der Rechtsvergleichung. Methodisch verstanden sie sich mehr und mehr als unpolitische Interpreten und Systematiker des geltenden Rechts.

Das öffentliche Recht zwischen 1871 und 1914 war das juristische Produkt und die Stütze des Nationalstaats. Es begleitete ihn mit großer Sympathie, schuf sein neues Staats-

<sup>389</sup> N. Conrads, Ritterakademien der frühen Neuzeit. Bildung als Standesprivileg im 16. und 17. Jahrhundert, Göttingen 1982.

recht auf der Grundlage der Verfassung, sowenig diese wegen des Fehlens von Grundrechten den Idealen des Vormärz entsprechen mochte, entwarf das für eine rechtsstaatliche Verwaltung dringend gebrauchte Verwaltungsrecht, baute die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf und begann schließlich sich auch dem Völkerrecht, den internationalen Organisationen und dem Kolonialrecht zuzuwenden. Gewiss gab es Probleme, in Elsass-Lothringen und in der überwiegend polnischen Provinz Posen, weiter die Diskrepanzen des Wahlrechts im Reich und in Preußen, die bürgerlichen Sorgen vor dem Aufstieg der Arbeiterbewegung, es gab auch den Ehrgeiz, als «verspätete Nation» noch Kolonialbesitz zu erwerben und zugleich die traditionellen Industrienationen einzuholen, aber mehrheitlich war man in bürgerlichen Kreisen zufrieden und glaubte, auch für das öffentliche Recht eine lange Periode ruhiger Pflege vor sich zu haben. In diesem Klima ging selbst die Arbeiterbewegung von revolutionären zu reformerischen Positionen über.

Die allgemeine Zuversicht in eine Stabilität der Verhältnisse war trügerisch, wie man im Rückblick sieht, aber sie trug doch bis 1914. Mit den beiden Weltkriegen des 20. Jahrhunderts änderte sich alles. Die goldene Epoche des Bürgertums war zu Ende, das Zeitalter der Massen war gekommen. Die Distanzen zwischen Staat und Gesellschaft hatten unter dem Diktat des Krieges ihre Gültigkeit verloren. Der Staat dirigierte Wirtschaft und Gesellschaft, aber die Wirtschaft verdiente gut und ließ sich die Beschränkungen gefallen, die Kriegsforschung boomte, auch in der 1911 gegründeten Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft. In der Zwischenkriegszeit wurden die staatlichen Interventionen nur partiell zurückgefahren, nahmen aber schon seit den Krisenjahren von 1929 bis 1933 wieder zu. Erst recht verfolgte der Nationalsozialismus die Indienstnahme der Gesellschaft auf allen Ebenen, ließ aber das Privateigentum dort unangetastet, wo es opportun erschien. So entstand ein hybrides Gebilde aus einem allmächtig erscheinenden Staat auf privatwirtschaftlicher Grundlage.

Das diesen bekannten Vorgängen nachfolgende oder sie ordnende öffentliche Recht war nicht mehr das relativ stabile Recht der konstitutionellen Monarchie. Es war ein permanenten Änderungen unterliegendes Steuerungsmittel geworden. Es folgte wechselnden Zwecken und war entsprechend instabil. Öffentliche und private Sphäre vermischten sich auf allen Ebenen, etwa im Kommunalrecht, das immer mehr Aufgaben übernahm und private Anbieter nutzen oder Dienstleistungen in privatrechtlichen Formen erbringen musste, bei der Subventionierung von Wohnungsbau, in notleidenden Branchen, im gesamten Bereich der sozialen Sicherungssysteme, die ohne Stützung zusammenbrechen mussten, vor allem die neue Arbeitslosenversicherung von 1927. Überall setzte sich der «Leistungsstaat» durch. Immer mehr Vertragsrecht entstand. Der Staat stieg von seiner neutralen Höhe als Schiedsrichter herab und mischte sich unter die privaten Akteure. Interessengruppen, Verbände und Parteien handelten ihre Bedingungen aus und drohten ihm über den Kopf zu wachsen. Staatsrechtslehrer, die den starken Staat mit einem neutralen Beamtentum als Leitbild vor Augen hatten, sahen sein Ende kommen. In apokalyptischen Bildern wurde davon gesprochen, der Leviathan werde «geschlachtet» (CARL SCHMITT). Die politische Realität der Jahre 1929 bis 1933 schien dem recht zu geben. Dass sich Millionen Unzufriedener, Arbeitsloser, sozial Irritierter und mit antidemokratischen Parolen Aufgewachsener dem starken Mann in die Arme warfen, ist nicht verwunderlich, auch wenn es aus heutiger Kenntnis verheerende Folgen hatte. Von da an war das Rechtssystem seiner Autonomie beraubt. Es diente nur noch als Fassade, um bürgerlichen Juristen ein gutes Gewissen zu verschaffen. Der Gesetzgebungsapparat lief ohne Parlament weiter, die Ministerien arbeiteten Gesetze aus und

beschlossen im Umlaufverfahren. Bis zum März 1945 wurde das Reichsgesetzblatt ausgeliefert. Die äußere Erscheinungsform des Rechts suggerierte Normalität, trotz der Ungeheuerlichkeiten, die, vermischt mit Routinegesetzgebung, im Gesetzblatt erschienen. Die Einzelheiten der außerhalb des Rechts begangenen Demütigung, Entrechtung und Exklusion von Juden und anderen Minderheiten brauchen hier nicht wiederholt zu werden. Erst recht gilt dies für den gesamten Holocaust, die «Vernichtung der europäischen Juden» (RAUL HILBERG)<sup>390</sup>. Für das öffentliche Recht bedeutete dies alles, dass die Weimarer Verfassung schon zu Beginn der NS-Herrschaft 1933/34 in fast allen wesentlichen Punkten zerbrochen war. Eine «werdende Verfassung», die sich aus wichtigen NS-Gesetzen bilden ließ, wie manche glaubten, kam nicht zustande. Das Regime hatte an Rechtsbindungen kein Interesse. Das Verwaltungsrecht funktionierte partiell noch scheinbar normal, folgte aber auch den politischen Vorgaben und wurde in zentralen Punkten außer Kraft gesetzt. Wo es formal galt, wurde es durch Interpretation umgebogen. Der Rechtsschutz durch Verwaltungsgerichte nahm rasch ab und kam während des Kriegs fast ganz zum Erliegen. Neben dem auf diese Weise demolierten staatlichen Verfassungs- und Verwaltungsrecht erhob sich ein Terrorsystem, in dem Rechtsbindungen nicht mehr galten. ERNST FRAENKEL hat dies als «Doppelstaat» beschrieben.

Eine Wissenschaftsgeschichte des öffentlichen Rechts der Weimarer Republik und des Nationalsozialismus hat zu berichten, wie sich die Vertreter des Fachs jeweils orientierten, was sie schrieben und lehrten. Nach der Revolution von 1918/19 verhielt sich die Mehrheit der Staatsrechtslehrer zwar loyal zum positiven Recht, aber distanziert zum neuen Staat. Als Parteien- und Verbändestaat war er ihnen fremd. Inflation und Weltwirtschaftskrise sowie Spannungen zwischen Reich und Ländern erschwerten die Identifikation mit der Republik. Man suchte ihre «innere Einheit» und ihre Entscheidungsfähigkeit. Nur langsam wuchs die Einsicht, dass das ideelle Staatsbild des 19. Jahrhunderts und dessen staats- und verwaltungsrechtliche Dogmatik mit dem modernen Industriestaat in Form der demokratischen Massengesellschaft immer weniger kompatibel waren. Mit den Grundrechten und dem Gedanken einer Verfassungsgerichtsbarkeit freundete man sich an, vor allem weil man hoffte, auf diese Weise den parlamentarischen Gesetzgeber in Schranken zu halten. Dass alle diese Krisen und Adaptionenprozesse zu einem fundamentalen Methoden- und Richtungsstreit des öffentlichen Rechts führten, ist im Rückblick ohne Weiteres nachvollziehbar. In der Debatte selbst herrschte der Eindruck gegenseitigen Nichtverstehens vor. Gleichwohl gelang es angesehenen Vertretern der positivistischen Richtung im letzten Moment, eine Summe des Staatsrechts der Weimarer Republik zu ziehen<sup>391</sup>.

Die Machtübernahme der Nationalsozialisten bereitete nicht nur der Weimarer Verfassung ein rasches Ende, sondern spaltete sofort auch die Vertreter des öffentlichen Rechts. Die einen wurden ins Exil getrieben, die anderen verharrten und suchten auf Randgebiete oder scheinbar unpolitische Felder auszuweichen, wieder andere warfen sich der NS-Weltanschauung in die Arme und übernahmen zeitweise auch öffentliche Funktionen. Soweit Letztere tätig waren, vollzog sich eine Selbstzerstörung des Fachs<sup>392</sup>. Die zivilisatorischen Errungenschaften früherer Generationen (Gewaltenteilung, Grundrechte und subjektiv-

<sup>390</sup> M. Stolleis, *Comprendere l'incomprensibile: L'olocausto e la storia del diritto*, in: *Pólemos. Rivista semestrale di diritto, politica e cultura* 1/2010, 193–206.

<sup>391</sup> G. Anschütz – R. Thoma (Hg.), *Handbuch*

des Deutschen Staatsrechts, 2 Bde., Tübingen 1930, 1932.

<sup>392</sup> H. Dreier – W. Pauly, *Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, in: *VVDStRL* 60 (2001) 9 ff., 73 ff.

öffentliche Rechte, Rechtsschutz, Neutralität des Berufsbeamtentums) wurden über Bord geworfen. Sie galten als «liberalistische» Überbleibsel des 19. Jahrhunderts, ja als «jüdische Erfindungen», die dazu gemacht waren, die nun propagierte «Volksgemeinschaft» und die Stellung des «Führers» zu schwächen. Einigen gelang es, solche paranoiden Ideen schon während des Nationalsozialismus abzuschütteln, andere verstummten, bis die wissenschaftliche Debatte während des Krieges ab etwa 1943 von selbst zum Erliegen kam.

Als die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, die ihre Tagungen 1933 bis 1945 ausgesetzt und sich selbst aufgelöst hatte, 1949 wieder zusammentrat, gab es bereits die Bundesrepublik und die Deutsche Demokratische Republik mit ihren neuen Verfassungen. Alles konzentrierte sich auf den Wiederaufbau, sowohl des Landes als auch der Universitäten. Die DDR nannte sich antifaschistisch, schnitt die Verbindungen zur Vergangenheit ab, besetzte die Lehrstühle so rasch wie möglich mit eigenen Leuten und tilgte gelegentlich deren NS-Vergangenheit. Staat und Gesellschaft, auch die Hochschullehrer, nahmen eine neue Identität an. Demgegenüber setzte die Bundesrepublik auf Kontinuität, nicht nur auf die staatsrechtliche mit dem zusammengebrochenen Deutschen Reich, sondern auch personell. Der neue Staat «integrierte» die ehemaligen Parteigenossen der NSDAP in Justiz und Verwaltung sowie in den Hochschulen. Nach der ersten Welle von Kriegsverbrecherprozessen wurde über die Vergangenheit nur noch wenig gesprochen. Auf der Basis des Grundgesetzes entstand wieder eine musterhafte Rechtskultur. Sie war stark öffentlich-rechtlich geprägt, seit sich die Maxime durchsetzte, dass das gesamte Recht, einschließlich des Vertragsrechts unter Privaten, der «Wertordnung» des Grundgesetzes zu entsprechen habe. Stärkster Motor dieser Entwicklung war das seit 1951 judizierende Bundesverfassungsgericht.

Im Nachkriegsdeutschland entwickelten sich auf diese Weise zwei inkompatible, konkurrierende Rechtsordnungen. Die eine orientierte sich an ihrer Vergangenheit vor 1933 und am «Westen», die andere am sowjetischen Vorbild, von dem sie sich erst seit den siebziger Jahren vorsichtig löste. Die westliche Seite baute den Rechtsstaat wieder auf und erweiterte den Sozialstaat im Zeichen des ökonomischen Wachstums. Was die noch ungewohnte Demokratie anging, so wurden zunächst zahlreiche Sicherungen gegen befürchtete antidemokratische Tendenzen und gegen Zersplitterung des Wählerwillens eingebaut. Gegen Formen direkter Demokratie verhielt man sich konsequent ablehnend. Vor allem aber wurden nicht nur die Exekutive und die Judikative, sondern auch die demokratische Gesetzgebung vom neuen Bundesverfassungsgericht überwölbt. Selbst eine verfassungsändernde Zweidrittelmehrheit wurde nochmals unauflöslich gebunden (Art. 79 Abs. 3 GG). So schritt die Gewöhnung an demokratische Verfahren im Staat langsamer voran als in der Gesellschaft. Im Jahrzehnt zwischen 1962 und 1972 kamen die dadurch verursachten Stauungen zum Ausbruch. Dort liegt die eigentliche Zäsur im Bewusstsein der Bundesrepublik. Sie zeigte sich in der Studentenbewegung, in der neuen Ostpolitik sowie im verbreiteten Planungs- und Steuerungsoptimismus. Das öffentliche Recht folgte diesen Wandlungen getreulich. Alles politische Konfliktmaterial der Zeit wurde verfassungsrechtlich durchbuchstabiert, die Notstandsgesetze einschließlich der Telefonüberwachung, die neue Verfassungsgarantie des Widerstandsrechts (Art. 20 Abs. 4 GG), die Regelung des Schwangerschaftsabbruchs, die Parteienfinanzierung, die Freiheit des Rundfunks, die Ostverträge und der Grundlagenvertrag mit der DDR, die rechtlichen Grenzen von Demonstrationen, die Wissenschaftsfreiheit, die «Berufsverbote», die Erweiterung der polizeilichen und strafprozessualen Möglichkeiten gegen den binnendeutschen Terrorismus, um nur die wichtigsten

zu nennen. Der gerade in den siebziger Jahren stark expandierende Wissenschaftsapparat mitsamt etwa einer Verdoppelung der Professorenstellen für öffentliches Recht diskutierte dies alles intensiv, nun stets in Wechselwirkung mit dem Bundesverfassungsgericht. Gleichzeitig erweiterte sich das disziplinäre Spektrum. Auf breiter Front wurden nun sozialwissenschaftliche Erkenntnisse eingebracht, der Wissenschaftsstil modernisierte sich, weitete sich nach dem Vorbild der angloamerikanischen Rechtskultur und löste sich von den naturrechtlichen, ontologischen und kirchlich geprägten Mustern der fünfziger Jahre. Mit einem Vorlauf von 20 Jahren entstand dann ab etwa 1970 auch das Universitätsfach des Europarechts, das von da an den Unterricht immer stärker prägte. Schließlich öffnete sich die Bundesrepublik der Szene des internationalen Rechts. Sie war im Westen angekommen und begann aus der Rolle einer wirtschaftlich starken, aber politisch sehr zurückhaltenden Mittelmacht herauszutreten. In den Regierungszeiten der Kanzler HELMUT SCHMIDT und HELMUT KOHL ließ die Bundesrepublik schrittweise die dramatischen Ereignisse hinter sich, wurde weltpolitisch selbstbewusster und engagierte sich vor allem für die Integration Europas, übrigens durchaus auch im wirtschaftlichen Eigeninteresse. Es war eine Zeit der Konsolidierung und Normalisierung. Im öffentlichen Recht gingen die Publikationen in die Breite. Mit der Neugründung von zwei Dutzend Juristischen Fakultäten wuchs die Zahl der publizierenden Professoren, die Zeitschriften spezialisierten sich weiter, es entstand eine Menge kaum noch zu überblickender Handbücher, Kommentare, großer, mittlerer und kleiner Lehrbücher – bereichert vor allem nun auch durch das aufsteigende Europarecht sowie das Umweltrecht. Es war eine Zeit der Opulenz, vielleicht auch der Überproduktion. Alles schien darauf hinzudeuten, dass es in dieser Weise weitergehen könnte. Erst der stufenweise, aber dann relativ rasche Zusammenbruch der DDR und die seit 40 Jahren ersehnte Wiedervereinigung überraschten das Universitätsfach «Öffentliches Recht» genauso wie die gesamte Öffentlichkeit.

Vergleicht man damit die Geschichte des öffentlichen Rechts in der DDR, dann beginnt sie zwar auch 1949, aber das Universitätsfach bekam rasch ein anderes Gesicht. Die «bürgerlichen» Staats- und Verwaltungsrechtler sowie Völkerrechtler verließen die DDR, von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen. Die Lehrpläne und die Prüfungen wurden umgestaltet, Marxismus-Leninismus wurde Pflichtfach, die Parteitagebeschlüsse der SED gaben die Leitlinien vor. Das Verfassungsrecht gewann kein Gewicht, weil es weder Gerichtsentscheidungen noch Kommentare gab. Auf der Babelsberger Konferenz von 1958 wurde die politisch-instrumentelle Funktion des Rechts noch einmal eingeschärft, das Verwaltungsrecht verschwand, wurde nun «Leitungsrecht» genannt und durfte erst spät wiederauftauchen. Trotz gewisser Lockerungen in den achtziger Jahren blieben die DDR und ihre Rechtswissenschaft ein geschlossenes System, das sich immer mehr gegen Irritationen von außen verteidigte. Wie bedroht sich das Regime fühlte, kann man wissenschaftsgeschichtlich am ehesten ermessen, wenn man die an der Stasihochschule in Potsdam angefertigten Qualifikationsarbeiten durchmustert. Aller Spannungspolitik zum Trotz blieb der Westen, und mit ihm seine Wissenschaft, der «Feind» schlechthin. Am Ende erwies sich das Regime als innerlich hohl und reagierte wie gelähmt. Seine Legitimitätsreserve war verbraucht. Sein politisiertes «öffentliches Recht», dem keine Autonomie zugestanden wurde, verschwand, ohne wissenschaftliche Spuren zu hinterlassen.

Im Rückblick sieht man, dass die Rechtsordnung in Deutschland bis zum Ersten Weltkrieg an allen intellektuellen Entwicklungen Europas teilhatte, ja in bestimmten

Perioden als führend angesehen wurde. Der mit dem Ersten Weltkrieg vollzogene Bruch hätte unter glücklicheren Umständen vielleicht noch geheilt werden können, aber die «deutsche Diktatur» und der Holocaust machten dies zunichte. Es bedurfte zweier Generationen, um wenigstens im Westen wieder halbwegs Normalität des internationalen Umgangs zu erreichen. Dabei spielte das starke Engagement Deutschlands für die europäische Integration eine bedeutende Rolle.

Auf diese Weise entstand aus der Teilung Deutschlands von 1945 bis 1990 zwar kein Sonderweg, aber doch ein Sonderfall in Europa. Er geriet fast zum Laborversuch. Wäre man nicht Teil dieses Versuchs selbst und entsprechend involviert gewesen, könnte man aus der Distanz der Beobachterperspektive fragen: Wie entwickeln sich zwei willkürlich durchtrennte Hälften einer lange gewachsenen Rechtskultur, wenn die beiden Hälften in politisch verfeindeten Sphären leben, wenn sie sich zwar durch eine Glasscheibe beobachten, aber nicht kommunizieren können? Die Parallele zum geteilten Korea liegt nahe<sup>393</sup>.

Das Völkerrecht beider deutscher Teilstaaten nach 1949 hat in enger Beobachtung und mit Bindung an die politischen Vorgaben beider Seiten diese Entwicklungen begleitet. Den westlichen Debatten um die Rechtslage Deutschlands, um das Besatzungsstatut, die Einbindung in Westeuropa und die NATO, entsprachen die östlichen Erklärungen gegen den westlichen «Alleinvertretungsanspruch», die Bemühungen der DDR um internationale Anerkennung und die Forcierung einer Identität eines eigenen sozialistischen Deutschlands mit eigener Staatsangehörigkeit.

Die «deutschen Besonderheiten» haben sich mit der Wiedervereinigung von 1989/1990 im Wesentlichen erledigt. Geblieben ist eine charakteristische Betonung des «Staates», ebenso eine Verhaftung in relativ kleinräumigen föderativen Zusammenhängen, was das Verwaltungsrecht angeht. Auch sind unterschiedliche konfessionelle Denkmuster noch erkennbar. Stärker als in anderen Ländern sind die Dominanz des universitären Sektors und die besondere Rolle des Bundesverfassungsgerichts. Dies alles sind Prägungen einer sehr langen nationalen Geschichte.

Der schrittweise Zusammenschluss Europas nach dem Zweiten Weltkrieg war historisch ein Novum, selbst wenn die geistesgeschichtlichen Wurzeln des Gedankens, den Frieden durch einen «Bund» zu sichern, weit zurückreichen. Es gab kein Vorbild dafür, wie man aus zwei Dutzend älteren und jüngeren Nationalstaaten ein handlungsfähiges Gebilde schaffen konnte, ohne die diversen Patriotismen zu verletzen. Die realpolitischen Vorgänge begannen, genau datierbar, in der unmittelbaren Nachkriegszeit, und sie dauern bis zum heutigen Tag an. Dass dieser Zusammenschluss zunächst eher mit Hilfe völkerrechtlicher Kategorien interpretiert wurde und sich ein Europarecht erst anschließend als eigenes Fach ausformte, war ein wissenschaftsgeschichtlich normaler Vorgang; denn zunächst stand nur das völkerrechtliche Instrumentarium zur Verfügung, und die wichtigsten Politiker jener Zeit dachten an einen völkerrechtlichen Zusammenschluss von Staaten.

Heute verlaufen der Prozess der «Konstitutionalisierung Europas» und die immer raschere «Globalisierung» nebeneinander. Beide Vorgänge sind komplex, miteinander verwoben und in ihren Folgen noch kaum abschätzbar. Sie werden auch eine künftige

<sup>393</sup> Song, Seog-Yun, Verfassungsgebung und Verfassungsänderung in Korea, in: Seoul Law Journal 51 (2010) 63–84 (70f. zum Vergleich).

Geschichte des öffentlichen Rechts fundamental verändern. Nicht nur die nationalen Besonderheiten werden sich langsam verlieren und nur noch den Rang von «Färbungen» haben, auch die Existenz eines von anderen Rechtsgebieten klar abtrennbaren «öffentlichen Rechts» wird fraglich. Wenn die weltweite Kommunikation und Kooperation die nationalen Grenzen porös macht, werden auch die wissenschaftlichen Domänen des Privatrechts, des öffentlichen Rechts und Strafrechts entsprechende Erfahrungen machen. Die Rechtsgeschichte, die der Entwicklung des Rechtssystems gleichsam die historische Schleppe nachträgt, wird dem folgen müssen.

Tatsächlich hat sich im Verlauf der zurückliegenden 25 Jahre die Forschungslandschaft der Rechtsgeschichte auch verändert. Die überlieferten Muster der Einteilung in Romanistik, Germanistik und Kanonistik sind verblasst. Man hat erkannt, dass es sich nicht um pragmatisch zugeschnittene Arbeitsgebiete, sondern um ideologisch aufgeladene Abgrenzungen des 19. Jahrhunderts gehandelt hat. Inzwischen ist die Forderung fast selbstverständlich geworden, man solle in einem strikt historischen Sinn und unbekümmert um Fächergrenzen der zeitgebundenen Problemstellung als solcher nachgehen und sie mit den jeweils angemessenen Mitteln und Methoden verfolgen. Das klingt plausibel und naheliegend, aber schon die Überwindung der fachinternen Begrenzungen ist schwierig. Nur wenige sind beispielsweise bei Forschungen im Spätmittelalter zugleich Spezialisten etwa des gemeinen Rechts, Kirchenrechts und einheimischen Rechts, ganz zu schweigen von der Einbeziehung der Theologie- oder Philosophiegeschichte, der Wirtschafts- und Sozialgeschichte, der gerichtlichen oder administrativen Praxis. Gewisse «anerzogene» Schwierigkeiten kommen hinzu: Rechtshistoriker, die sich zugleich als Vertreter des Privatrechts verstehen, werden typischerweise auch in der Vergangenheit privatrechtliche Fragestellungen suchen, ebenso jeweils die Strafrechtler oder Öffentlichrechtler. So kann man insgesamt nur eine tendenzielle Auflösung der für das Fach konstitutiven Rahmenbedingungen des 19. und frühen 20. Jahrhunderts feststellen.

Auf den Feldern der Verfassungsgeschichte und der Geschichte des öffentlichen Rechts ist die Lage nicht grundsätzlich verschieden, aber doch in einigen Nebenpunkten. Die Verfassungsgeschichte der Neuzeit, ein 1935 parallel zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit eingeführtes Studienfach, ist in den Juristischen Fakultäten meistens von Öffentlichrechtlern gelehrt worden, ungeachtet der einschlägigen reichen Literatur von Rechtshistorikern, Historikern und Politikwissenschaftlern. Eine eigene Wissenschaftsgeschichte des öffentlichen Rechts ist nicht entstanden. Manchmal wurde sie parallel zur Ereignisgeschichte mitgeführt, manchmal entfiel sie ganz. Gleichwohl besteht kein Anlass zu Pessimismus. Eine erfreulich große Zahl von Doktoranden tummelt sich auf dem Feld von der Frühen Neuzeit bis zur Juristischen Zeitgeschichte, einschließlich der Geschichte des Völkerrechts<sup>394</sup>. Unsere Kenntnisse zu einzelnen Akteuren, zu Institutionen und zu Entstehen und Vergehen dogmatischer Figuren des öffentlichen Rechts sind in den letzten Jahrzehnten spürbar bereichert worden. Die rechtshistorischen Doktorandenprogramme haben sich ausgeweitet, und man legt weit mehr Wert als früher auf theoretisch anspruchsvolle und vergleichende Vorhaben, sei es in vertikaler oder

<sup>394</sup> Zum völligen Ausfall der Geschichte des Völkerrechts im heutigen Lehrkanon (national und international) siehe *M. Vec*, National and Transnational Legal Evolutions – Teaching His-

tory of International Law, in: *K. Å. Modéer and Per Nilsén* (eds.), *How to Teach European Comparative Legal History* Lund 2011, 25 ff.

horizontaler Anlage. Ebenso hat sich der Blickwinkel auf außereuropäische Rechtsordnungen erweitert. Hätte es noch in den sechziger Jahren einigermaßen abenteuerlich geklungen, über Inquisitionsakten in Mexiko, über die kolonialen Rechtsordnungen in Samoa oder Kamerun, über innerjapanische, innerchinesische oder koreanische Debatten zur Umsetzung des westlichen Völkerrechts im 19. und 20. Jahrhundert arbeiten zu wollen, so wird dies heute als besonders reizvoll empfunden und gefördert. Ebenso gehören Forschungen zum frühneuzeitlichen Ehrbegriff, zu Geschlechterbeziehungen, zur Sozialdisziplinierung und zur modernen Kriminalitätsgeschichte schon zum Alltag einer Rechtsgeschichte, die sich von den dogmengeschichtlichen und gesetzgebungsgeschichtlichen Vorhaben gelöst und stärker funktionalen Untersuchungen des Rechts in seiner sozialen Umwelt zugewendet hat. Starke und erwünschte Einwirkungen der Nachbarwissenschaften geben hierzu den Hintergrund für die Hypothesenbildung und für die Auswahl des methodischen Werkzeugs. Vor allem die benachbarten Geschichtswissenschaften mit ihren Innovationen und Trends (Gesellschafts- und Sozialgeschichte, Historische Anthropologie und Kulturgeschichte, Mentalitätsgeschichte, Geschlechtergeschichte, aber auch eine erneuerte Ideengeschichte im Zeichen des «linguistic turn», Geschichte der Bilder und anderer Medien) haben auch die Rechtsgeschichte inspiriert.

Die Geschichte des öffentlichen Rechts registriert auch auf der Ebene des geltenden öffentlichen Rechts einen Perspektivenwechsel, der sich im Verlauf der letzten Generation vollzogen hat. Deutlich stärker als in den sechziger und siebziger Jahren zeigt sich im öffentlichen Recht ein Interesse an den verfassungstheoretischen, vergleichenden und historischen Grundlagen. Die Europäisierung und die Globalisierung der Debatte tragen hierzu wesentlich bei. Die internationalen Kontakte haben sich vervielfacht. Das öffentliche Recht scheint hiervon stärker und direkter berührt als etwa das Zivil- oder Strafrecht, obwohl auch dort die Grenzpfähle permanent versetzt werden. Im öffentlichen Recht ist es die Veränderung des Stoffs selbst, die historische Fragen provoziert. Wenn im gegenwärtigen Zeitalter, man mag es «postnational» oder «postmodern» nennen, die vertrauten Dichotomien von Staat und Gesellschaft, öffentlichem und privatem Recht, «rechter» und «linker» Orientierung ihre Konturen verlieren, wird die längst praktizierte «multiple Normativität» vermutlich doch wieder gewisse strukturelle Ähnlichkeiten mit den Rechtsordnungen vor der Entstehung des modernen Staates aufweisen. Prämoderne und postmoderne Strukturen ähneln sich auf verblüffende Weise<sup>395</sup>. Wer diese Prozesse als historisch ablaufende Sequenz begreift, hat jedenfalls die Chance, mit einem auf längerfristige Veränderungen eingestellten Blick eine halbwegs neutrale Beobachterposition einzunehmen. Von ihr aus können leichter die festen Strukturen und die beweglichen Elemente unterschieden und Erfahrungssätze gebildet werden. Letztere mögen weder für sichere Prognosen noch als Basis für normative Aussagen taugen. Aber sie können helfen, die Debatten um das Phänomen legitimer öffentlicher Herrschaft im öffentlichen Raum, um Rechtssicherheit und Gerechtigkeit als ständig erneuerten Prozess menschlicher Kommunikation zu begreifen. Diese Kommunikation zu entschlüsseln, heißt, in eine

<sup>395</sup> Skizzenhaft *M. Stolleis*, Vormodernes und postmodernes Recht, in: *Merkur* 5/2008 sowie in: *Quaderni Fiorentini* 37 (2008) 543–551; *M. Véc*, Multinormativität in der Rechtsge-

schichte, in: *Jahrbuch der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften* 2008, Berlin 2009, 155–166.

menschliche Eigentümlichkeit einzudringen. Denn wir sind in der Lage, bei der Organisation der uns tragenden und schützenden rechtlichen und institutionellen Strukturen Erfahrungen der Vergangenheit diskursiv zu verarbeiten. Einen Weg zurück gibt es nicht, aber auch den Weg nach vorn können wir nur mit Hilfe derjenigen Krücken beschreiten, die wir uns aus den Erfahrungen der Vergangenheit anfertigen.

## Nachwort

Mit diesem Band schließe ich mein Vorhaben ab, eine Wissenschaftsgeschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland zu schreiben. Der vierte Band ließ wegen anderweitiger Beanspruchungen lange auf sich warten. Zeitweise gab es auch die Versuchung, mit dem Jahr 1945 aufzuhören. Doch dann lockte das Hineingehen in die Juristische Zeitgeschichte, bis an jene Grenze, an der die historische Arbeit die Gegenwart erreicht. Diese Verlockung hatte allerdings ihre für die Zeitgeschichte typischen Widerhaken. Damit sind weniger die methodischen Rätsel aller Historiographie gemeint, das Angewiesensein auf die Sprache, der nicht wirklich einlösbarer Wahrheitsanspruch, die Spannung zwischen Rekonstruktion, Arrangement und Fiktion, Beschreibung und Analyse. Die darstellerischen Probleme bleiben sich gleich: Auch die zeitgenössische Geschichte muss erzählt werden, nicht um ihr einen Sinn zu geben, den sie vielleicht gar nicht hat, sondern um sie überhaupt für entzifferbar zu halten. Diese Entzifferung zu leisten, ist das humane Minimum der Geschichtsschreibung.

Die Schwierigkeiten einer Wissenschaftsgeschichte des deutschen öffentlichen Rechts nach 1945 liegen vielmehr darin, dass man es mit einer Vervielfachung der handelnden Personen im Verlauf von fünf Jahrzehnten zu tun hat, also auch mit einem entsprechenden Zuwachs an Primär- und Sekundärquellen, verbunden mit der Gefahr der Fehlbeurteilung von Sachfragen, bei denen die Spezialisten uneinholbare Informationsvorsprünge haben. Vor allem stellt die schiere Masse des Gedruckten ein Problem dar. Mehr als einen Teil dieser Masse kann ein Einzelner auch bei intensiver Lektüre nicht bewältigen. Der Versuch einer Gesamtdarstellung wird deshalb niemals die Intensität von Detailstudien erreichen können. Schließlich: Die DDR war unzugänglich, personell und literarisch; ihre Wissenschaftsgeschichte partiell zu erschließen, bereitete also besondere Probleme.

Dass das Buch dennoch zustande kam, verdanke ich vielfacher Unterstützung. Mein Verleger Wolfgang Beck, Detlef Felken als Cheflektor und als Lektorin Christine Zeile haben geduldig auf den Abschluss des Buches gewartet und es wie die vorhergehenden Bände mustergültig betreut. Das Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte unter seinem Direktor Thomas Duve hat mir über die Emeritierung hinaus Hilfe gewährt, etwa durch die Mitarbeit von Silke Jurczyk, Tessia Tober, Julia C. Dissel und Niklas Mangels, denen ich sehr herzlich danke. Auch die Universitätsarchive haben mich bei der Beschaffung von Materialien rasch und zuverlässig unterstützt. Kritische Leser waren insbesondere Reinhard Mehring (Heidelberg), Christoph Schönberger (Konstanz), Karsten Cremer (Frankfurt) und vor allem Martin Otto (Bayreuth). Axel von Campenhausen, dessen Assistent ich einstmals sein durfte, hatte während eines gemeinsamen Skiurlaubs sogar die Geduld, sich größere Abschnitte anzuhören. Ihnen allen verdanke ich viele Korrekturen und Anregungen.

Gewidmet sei dieses Buch dem Andenken an unseren Sohn Peter Stolleis (1972–2009).

Frankfurt, 1. Oktober 2011

M. St.