

BAYERISCHE AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN
PHILOSOPHISCH-HISTORISCHE KLASSE
SITZUNGSBERICHTE · JAHRGANG 2007, HEFT 3

HASSO HOFMANN

Verfassungsgeschichte als Phänomenologie des Rechts

Vortrag gehalten am 24. Juli 2006
aus Anlass des 70. Geburtstages
von Dietmar Willoweit

Vorgelegt in der Sitzung
vom 10. November 2006

MÜNCHEN 2007

VERLAG DER BAYERISCHEN AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN
IN KOMMISSION BEIM VERLAG C. H. BECK MÜNCHEN

ISSN 0342-5991
ISBN 978 3 7696 1643 9

© Bayerische Akademie der Wissenschaften München, 2007
Gesamtherstellung: Druckerei C. H. Beck Nördlingen
Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)
Printed in Germany

Hasso Hofmann, Berlin/Würzburg

VERFASSUNGSGESCHICHTE ALS PHÄNOMENOLOGIE DES RECHTS

Akademischem Brauch folgend spricht der Festredner über ein Thema, das Bezug nimmt auf das wissenschaftliche Werk des Jubilars. Wir ehren den herausragenden Mann der Wissenschaft durch einen Akt gemeinsamer wissenschaftlicher Reflexion von Anstößen, die wir ihm verdanken. Und damit sollte denn auch umstandslos begonnen werden. Aber das ist nicht so leicht. Kann die freundschaftliche Zuneigung gänzlich schweigen, die in so vielen Jahren einer vertrauensvollen und fruchtbaren kollegialen Zusammenarbeit in Würzburg gewachsen ist? Darf einfach übergangen werden, wie sehr die Bayerische Akademie der Wissenschaften, die heute aus schönem Anlass ihren Präsidenten feiert, der Würzburger Juristischen Fakultät zu Dank verpflichtet ist? Man bedenke: Der 70. Geburtstag ist ein ortsungebundenes Ereignis. Es kann in München oder in Würzburg eintreten; es hätte den 69jährigen aber auch in Tübingen ereilen können¹. Und was dann? Dann wäre Herr Willoweit heute Präsident der Heidelberger Akademie und würde dort in der Alten Aula gefeiert. Da man seinerzeit am Main jedoch mit dem ambitionierten Versuch Erfolg hatte, Herrn Willoweit vom Neckar wegzulocken, kann sich heute die Bayerische Akademie der Wissenschaften seiner Mitgliedschaft und damit seiner Kompetenz und Originalität, seiner Klarheit und Festigkeit, seiner Offenheit und seines Humors erfreuen.

¹ Nach seinen akademischen Stationen in Heidelberg und Berlin war Dietmar Willoweit seit 1979 Professor in Tübingen. Von dort wurde er 1984 an die Universität Würzburg berufen.

1.

Von den vielen wissenschaftlichen Werken des Jubilars das „gewichtigste“ ist seine „Deutsche Verfassungsgeschichte“. Das Lehrbuch konnte im vorigen Jahr bereits in 5. Auflage erscheinen². Als erstes fällt auf, dass hier ein einziger großer Bogen geschlagen, also nicht nach mittelalterlicher und neuzeitlicher Verfassungsgeschichte unterschieden und gegliedert wird. Dieser Umstand trägt den epochenübergreifenden Kontinuitäten besser Rechnung und lässt das Recht als durchgehendes Formprinzip der Verfassungsgeschichte deutlicher hervortreten. Dem entspricht Willoweits Begriff der Verfassungsgeschichte³. Es ist ein weiter, die konventionelle Einengung auf die Vorgeschichte des neuzeitlichen Staates oder gar nur des modernen Verfassungsstaates sprengender Begriff, der damit zugleich den Blick auf die normativen Strukturen des Gemeinwesens von der positivistischen Verkürzung auf die Perspektive eines Systems abstrakt-genereller Regeln befreit. Denn sollen die politischen Ordnungszusammenhänge historischen Gemeinschaftslebens unter dem Aspekt ihrer rechtlichen Konditionen analysiert werden – und das verlangt Willoweits Begriff der Verfassungsgeschichte – so müssen alle Regeln, Institutionen und Verfahren als Recht gelten, die den historischen Subjekten bei ihrem Gemeinschaftshandeln als äußerlich verbindliche Orientierungen erschienen, auch wenn sich diese Elemente den modernen Versuchen rechtstheoretischer Systematisierung erfolgreich widersetzen. Und noch etwas gehört dazu: der Blick auf die Dynamik des Gegenstandes. Verfassungsgeschichte hat nicht statische Ordnungsmodelle zum Gegenstand, sondern Ordnungsgefüge in Bewegung und im Wandel.

Dieser weite Begriff der Verfassungsgeschichte öffnet den Blick für ganz verschiedene Erscheinungsweisen des Rechts, rechtlicher Verhaltenssteuerungen und Konfliktlösungen. Es zeigt sich, dass

2 Dietmar Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte – Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands*, 5. Aufl. 2005. Die erste Auflage war mit dem Untertitel: *Vom Frankenreich bis zur Teilung Deutschlands 1990* erschienen. Alle folgenden Zitate der Verfassungsgeschichte nach der 5. Auflage.

3 Siehe die §§ 1 und 2 (S. 1 ff., 5 ff.).

es jenseits der erst nur sporadisch auftauchenden Gesetze etliche andere, theoretisch nicht widerspruchsfrei harmonisierbare Rechtsquellen gab. Genannt seien das rechtsschöpfende Gericht, das Privileg, der Herrschaftsvertrag und die Schwureinung⁴.

Folglich könnte es von Interesse sein, die Verfassungsgeschichte einmal unter diesem, auf die rechtlichen Elemente und Figuren konzentrierten Gesichtspunkt zu betrachten. Gedacht ist – einen Ausdruck des Jubilars aus dem Vorwort zur 5. Auflage aufgreifend – an einen Beitrag zur „Geschichte der Rechtsbildung“⁵. Damit ist keine Geschichte des Rechtsbegriffs gemeint⁶. Denn: Recht ist heute eine unentbehrliche Ordnungsform für so gut wie alle Lebensbereiche und für alle Formen sozialen und politischen Lebens, und das weltweit. Die systematisch orientierte Genese eines Rechtsbegriffs, die alle diese Erscheinungen erfassen will, gerät leicht zu einer Fortschrittsgeschichte der Formalisierung, Instrumentalisierung und Funktionalisierung⁷. Hier geht es um etwas anderes: Unser Interesse richtet sich als ein eher kulturanthropologisches auf die Vielfalt von Rechtsvorstellungen, die unter bestimmten historischen Bedingungen im menschlichen Bewusstsein entstanden sind, und darauf, wie sie in bestimmten Rechtsfiguren Realität gewonnen, auch wieder verloren haben, wie sie sich überlagern, miteinander verbinden und ihre Bedeutung verändern, mitunter auch eine Renaissance erleben wie z.B. das Genossenschaftsrecht im 19. Jahrhundert.

4 Willoweit, Verfassungsgeschichte, S. 3: „... die alte Gewohnheit; das Gerichtsverfahren, welches im Urteil zwischen den streitenden Parteien Recht eher schafft, als Normen anwendet; das Privileg, welches mit einzelnen Rechtsakten ein stabiles Gefüge individueller, grundsätzlich unaufhebbarer Rechtspositionen hervorbringt; der Vertrag, der in eigentümlichen Ausformungen die politische Ordnung immer wieder und neuartig zu modifizieren vermag. Die aus diesen verschiedenen Ursprüngen hervorgehenden Rechte, die sich bald in zunehmendem Maße auch mit obrigkeitlicher Gesetzgebung konfrontiert sehen, lassen sich nicht in ein alles überwölbendes Rechtssystem widerspruchsfrei einfügen...“.

5 Willoweit, Verfassungsgeschichte, S. VII.

6 Siehe dazu Ernst-Wolfgang Böckenförde, Der Rechtsbegriff in seiner geschichtlichen Entwicklung, in: Archiv für Begriffsgeschichte XII (1968), S. 145 ff.

7 Krit. dazu Alexander Hollerbach, Globale Perspektiven der Rechts- und Staatsentwicklung (1991), jetzt in: ders., Ausgewählte Schriften, 2006, S. 13 ff (28).

2.

Eine weit verbreitete und besonders dauerhafte Gestalt des kollektiven Rechtsbewusstseins ist der Richterkönig, der Recht schöpft, nicht Normen anwendet. Viele mittelalterliche Bilder spiegeln und stärken in einem diese Vorstellung: Der gekrönte Herrscher thront mit Zepter (an Stelle des Gerichtsstabes) und manchmal auch mit dem Richterschwert der hohen Gerichtsbarkeit über den streitenden Parteien⁸. Als Sinnbild ihrer Hoheit erscheint sogar im Rathaus der freien Republik Siena auf dem berühmten allegorischen Fresko von der guten und der schlechten Regierung die königlich-kaiserliche Gestalt eines Richter-Regenten⁹. Dass dem Herrscher damit die Aufgabe zugeschrieben wurde, das Recht zu schützen, leuchtet ein. Indes war es nach der älteren Überlieferung keineswegs selbstverständlich, den Fürsten als urteilenden Richter anzusehen. Die germanische Gerichtsbarkeit bot ursprünglich ein ganz anderes Bild¹⁰. Sie verband herrschaftliche und genossenschaftliche Elemente. Das Urteil sprachen Schöffen gemäß den Gewohnheiten. Ihr Spruch bedurfte dann noch der Zustimmung („Vollbort“) des „Umstands“, d.h. der Ding-Versammlung. Der Gerichtsherr war allein damit beschäftigt, seine Zwangsrechte, seine Ladungs-, Aufsichts-, Ordnungs- und Vollstreckungsbefugnisse zu üben und zu wahren.

8 Siehe dazu etwa Gernot Kocher, *Zeichen und Symbole des Rechts – Eine historische Ikonographie*, 1992, Abb. 40, 44, 45, 57, 60, 115, 133; Wolfgang Schild, *Alte Gerichtsbarkeit*, 1980, S. 126 f.; ebd. S. 132 ff., 136 zu den Zeichen der Gerichtsbarkeit. Insbesondere zum Schwert als Symbol der hohen (Bluts)Gerichtsbarkeit Dietmar Willoweit, *Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt*, 1975, S. 28; Schild, *Gerichtsbarkeit*, S. 136; über Richter- und Richtschwerter Ulrich Kühn, *Inschriften und Verzierungen auf Richtschwertern; ihre Deutung aus der Person des Scharfrichters*, jur. Diss. Erlangen/Nürnberg 1969, S. 68 ff.

9 Dazu vom Verf., *Bilder des Friedens oder Die vergessene Gerechtigkeit*, Privatdruck der Carl Friedrich von Siemens Stiftung 1997, S. 16 f., 77.

10 Hierzu und zum Folgenden Willoweit, *Verfassungsgeschichte*, S. 47, 57 ff.; Hermann Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. I, 2. Aufl. 1962, S. 140 ff.; Schild, *Gerichtsbarkeit* (N 8), S. 125 ff....

Das Bild des Richterkönigs, so einfach, ja archaisch es uns erscheinen mag, vereinigt mithin zwei heterogene Elemente: die Vollmacht der Rechtsprechung (*iurisdictio*) und die gerichtsherrliche Zwangsgewalt, den Bann (*districtus*)¹¹. Sie zu verschmelzen, bedurfte es in der deutschen Verfassungsgeschichte eines großen und starken Vorbilds¹². Dies bot sachlich für die Konzentration, Zentralisation und Hierarchisierung der Jurisdiktion wie der Gerichtsgewalt überhaupt das Römische Reich und der römische Kaisergedanke. Und nach der persönlichen Seite waren es die überragenden Herrschergestalten aus dem staufischen Kaiserhaus, Barbarossa und sein Enkel Friedrich II., die nach den Wirren des Investiturstreits den Glauben der Zeit befestigten, alle Gerichtsbarkeit gehe vom König aus. Auf den Roncalischen Feldern bei Piacenza hatte es Kaiser Friedrich I. Barbarossa, der sein Reich nach spätantiker und der zeitgenössischen byzantinischen Praxis „heilig“ nennen ließ, mit Hilfe von 28 Vertretern der lombardischen Städte und den vier berühmten Doktoren der Rechtsschule von Bologna unter Berufung auf das römische Recht festhalten lassen: *Omnis iurisdictio et omnis districtus apud principem est et omnes iudices a principe administrationem accipere debent*¹³. Eine vergnügliche Schilderung des möglichen Ablaufs dieses Reichstages findet sich übrigens in Umberto Ecos Schelmenroman „Baudolino“¹⁴. Blühte

11 Dazu Paul Willem Fürstenwalder, Die Gesetze des Reichstags von Roncalia vom 11. November 1158, in: ZRG (GA) 55 (1931), S. 1 ff. (29 ff., 37, 45). Zum Begriff des Banns Hans Hirsch, Die hohe Gerichtsbarkeit im deutschen Mittelalter, 2. Aufl. mit Nachwort v. Theodor Mayer, 1958, S. 179 ff.

12 Zum Folgenden Willoweit, Verfassungsgeschichte, S. 75 ff., 89. Näher Max Pomtow, Ueber den Einfluss der altrömischen Vorstellungen vom Staat auf die Politik Friedrichs I. und die Anschauungen seiner Zeit, phil. Diss. Halle 1885, S. 40 ff., 60 ff.; Hermann Krause, Kaiserrecht und Rezeption, 1952, S. 20, 26 ff.; Heinrich Appelt, Die Kaiseridee Friedrich Barbarossas, 1967, S. 8 f., 11 ff., 30.

13 Lorenz Weinrich (Hg.), Quellen zur deutschen Verfassungs-, Wirtschafts- und Sozialgeschichte bis 1250, 1977, Nr. 64 (S. 247 ff.): Die vier roncalischen Definitionen. Siehe dazu N 11.

14 Umberto Eco, Baudolino, dt. Übers., 2001, S. 74 ff. Zum politischen Kontext dieses Reichstags Bernhard Töpfer, Kaiser Friedrich Barbarossa – Grundlinien seiner Politik, in: Kaiser Friedrich Barbarossa, hg. v. Evamaria Engel u. Bernhard Töpfer, 1994, S. 9 ff. (17 f.).

das staufische Kaisertum auch nur gut 100 Jahre, so pflegte doch die Sagenwelt des Volkes die Erinnerung an „Des Reiches Herrlichkeit“, geborgen im Kyffhäuser beim schlafenden Barbarossa¹⁵. Friedrich Rückert hat bekanntlich ein Gedicht darauf gemacht¹⁶. Und jedenfalls hat sich „die Überzeugung der Stauferzeit, alle Gerichtsbarkeit gehe vom König aus“, nach einer Formulierung von Dietmar Willoweit, „tief in das Bewusstsein der nachfolgenden Generationen eingegraben“¹⁷.

Die Auswirkungen genauer zu betrachten, fehlt die Zeit¹⁸. Wir müssen uns mit einem Blick auf Höhepunkt und Peripetie der Entwicklung begnügen: auf die Kabinettsjustiz der absolutistischen Herrscher¹⁹. „Die allgemeine und höchste Gerichtsbarkeit im Staate“, hieß es im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794, „gebührt dem Oberhaupte desselben und ist als ein Hoheitsrecht unveräußerlich“ (PrALR II 17 § 18). Der kritische Punkt war die darauf beruhende, staatsrechtlich anerkannte Praxis der „Machtprüche“, mit denen die Souveräne in jedes Gerichtsverfahren eingreifen konnten. Friedrich der Große hat dieser verfassungsrechtlichen Befugnis des Richterkönigs im Falle des Müllers Arnold zwar zu einer gewissen Popularität verholfen. Doch war sein Eingriff sachlich unbegründet, die Durchsetzung skandalös²⁰. Kundigen Zeitgenossen schien das Ganze schon damals eine „Justizkatastrophe“. Als der berühmte liberale Strafrechtler und Kriminalist Feuerbach 1817 das Amt des Präsidenten des neuen bayerischen Appellationsgerichts in der ehemaligen Hohenzollernresidenz Ansbach übernahm, da wettete er in seiner der „hohe(n) Würde des Richteramts“ gewidmeten Antrittsrede freimütig gegen jede Art

15 Siehe dazu Ernst Koch, Die Sage vom Kaiser Friedrich im Kyffhäuser (sic) nach ihrer mythischen, historischen und politisch-nationalen Bedeutung erklärt, 1880.

16 „Der alte Barbarossa/Der Kaiser Friederich/Im unterird'schen Schlosse/Hält er verzaubert sich ... Er hat hinabgenommen/des Reiches Herrlichkeit/Und wird einst wiederkommen/Mit ihr, zu seiner Zeit.“

17 Willoweit, Verfassungsgeschichte, S. 122.

18 Näher dazu ebd. S. 109, 133ff., 153f., 208f., 250.

19 Hierzu und zum Folgenden Verf., Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung, 1998, S. 10f.

20 Malte Dießelhorst, Die Prozesse des Müllers Arnold und das Eingreifen Friedrichs des Großen, 1984.

von Kabinettsjustiz „als fluchwürdige Entweihung eines Heiligtums“. Wiewohl der Richter sein Amt vom König empfangt, stehe er ausschließlich im Dienste der Gerechtigkeit und dürfe keinem anderen Willen gehorchen als dem des Gesetzes²¹.

Die Vorstellung, dass die exklusive Bindung an das Gesetz, diese neue Zentralsonne des Rechtslebens, den Richter unabhängig mache, setzt freilich die aus dem Systemgedanken geborene Überzeugung von der sozusagen flächendeckenden Vollständigkeit der gesetzlichen Regelungen voraus²². Tatsächlich lagen 1817 die großen Kodifikationen aus dem Geist des aufklärerischen, rationalen Naturrechts vom Preußischen Allgemeinen Landrecht über das westgalizische Gesetzbuch, Napoleons *Code civil* bis zum Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1811 bereits vor. Als Kernstück richterlicher Entscheidungstätigkeit erscheint jetzt der sog. Justizsyllogismus: Das Gesetz bildet den Obersatz, aus der vorgefallenen Handlung ergibt sich der Untersatz und das Urteil ist nichts anderes als der durch Subsumtion gewonnene Schlusssatz²³. Der Richterkönig mutiert nach einem viel zitierten Wort Montesquieus zum bloßen „Mund des Gesetzes“²⁴. Was

21 P.J.A. Feuerbach, Die hohe Würde des Richteramts, in: Anselms von Feuerbach kleine Schriften vermischten Inhalts, 1833, S. 123 ff.; auch in: Quellenbuch zur deutschen Rechtswissenschaft, hg. v. W. Wolf, 1949, S. 277 ff.; und in: Festg. f. die Teilnehmer des deutschen Richtertages 1963, 1963, S. 21 f. – Gegen die Einseitigkeit des Urteils der liberalen Rechtsstaatsvertreter im Hinblick auf die absolutistische Vorgeschichte Werner Ogris, De sententiis ex plenitudine potestatis – Ein Beitrag zur Geschichte der Kabinettsjustiz vornehmlich des 18. Jahrhunderts, in: FS f. Hermann Krause, 1975, S. 171 ff.

22 Dazu vom Verf., Zur Lehre vom Naturzustand in der Rechtsphilosophie der Aufklärung (1982), in: ders., Recht – Politik – Verfassung, 1986, S. 93 ff. (110 f.); ders., Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes (1987), in: ders., Verfassungsrechtliche Perspektiven, 1995, S. 260 ff. (267 ff.).

23 So schon Christian Wolff, Vernünftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen („Deutsche Politik“), 1. Aufl. 1721, bearb., eingel. u. hg. v. Hasso Hofmann, 2004, § 470 (S. 395 f.); ähnlich auch Kant, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, § 45. Dazu Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 271 ff.; jetzt ders./Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 92 ff.

24 Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, dt. Ausg. v. Ernst Forsthoff, Bd. 1, 1951, Buch XI Kap. 6 (S. 217, 225).

so als Widerstand gegen Fürstenwillkür beginnt, endet im Glauben an die Lückenlosigkeit des positiven Gesetzesrechts und der biedermeierlichen Vorstellung, das Recht werde allein durch logische Konstruktionen aus Rechtsbegriffen („Begriffsjurisprudenz“) und mit unpolitischer, wertungsfreier Subsumtionstätigkeit gefunden²⁵. „Der Richter als Subsumtionsautomat“ spottete Anfang des 20. Jahrhunderts die sog. Freirechtsschule²⁶. Das Modell musste an der Wirklichkeit zerbrechen, als mit der Zunahme der sozialen Konflikte in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts die Einsicht unabweisbar wurde, dass das Recht keine vollständige, statische Begriffstabulatur ist, sondern etwas mit Interessenkonflikten und deren Ausgleich zu tun hat und deshalb sowohl Wertungen enthält wie im Einzelfall richterliche Wertungen der konfligierenden Interessen, zudem Anpassungen, Lückenfüllungen und Ergänzungen verlangt²⁷. In den achtziger Jahren des 19. Jahrhunderts beginnt eine kritische Debatte über das Verhältnis von „Gesetz und Richteramt“ – mit Akzent auf dem *Richteramt* und d.h.: mit Betonung der staatlichen vor der ehemals wissenschaftlichen Legitimation der richterlichen Rechtsschöpfung²⁸. 1912 erscheint der Begriff des Richterrechts zum ersten Mal in einem Buchtitel – nur wenige Jahre nach der größten Kodifikation der deutschen Privatrechtsgeschichte²⁹. Und die erste Gesamtdarstellung der Justiztheorie des 19. Jahrhunderts ist 1986 unter der eingängigen Titelfrage „Richterkönig oder Subsumtionsautomat?“ herausgekommen³⁰.

Die Diskussion über das Richterrecht ist bis heute nicht zu Ende³¹. Denn offenkundig haben wir es tatsächlich im weiten Umfang mit Richterrecht, d.h. mit von Fall zu Fall richterlich

25 Dazu Larenz, Methodenlehre (N 23), S. 19 ff.; Regina Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? – Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, 1986, S. 198 ff., 221 ff.

26 Ogorek, Richterkönig (N 25), S. 40, 366.

27 Dazu Larenz, Methodenlehre (N 23), S. 45 ff., 49 ff., 119 ff.

28 Dazu Ogorek, Richterkönig (N 25), S. 257 ff.

29 Erich Danz, Richterrecht, 1912.

30 Siehe N 25.

31 Siehe dazu näher Verf., Recht des Rechts (N 19), S. 26 ff., 40 ff.. Zur Unverzichtbarkeit und zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Richterrechts ausführlich Michael Reinhardt, Konsistente Jurisdiktion – Grundlegung einer verfassungsrechtlichen Theorie der rechtsgestaltenden Rechtsprechung, 1997.

gesetztem, nicht einfach aus allgemeinen Normen deduziertem Recht, zu tun. Man denke nur an das Arbeitsrecht. Das kann auch gar nicht anders sein. Unsere Gerichte stehen unter dem Rechtsverweigerungsverbot. Sie müssen in jedem Fall Recht sprechen, auch wenn es dafür keine passenden Entscheidungsnormen gibt. Folglich hat unsere Rechtsordnung zwei Pole. Es gibt Recht aus Parlamentsbeschluss und Recht aus Richterspruch³². Aber frank und frei zugeben können wir das nicht. Daran hindert uns der Gewaltenteilungsgrundsatz der Verfassung. Also kann man zwar nicht sagen, dass Friedrich Barbarossa, der große Richterkönig, erwacht sei im Kyffhäuser; aber deutlich geblinzelt hat er schon.

3.

Zu Lebzeiten, auf den Ronkalischen Feldern, musste Kaiser Friedrich nun darüber nachsinnen, wie die Bologneser Doktoren, die so günstige Gutachten für ihn abgegeben hatten, angemessen geehrt und belohnt werden konnten. Zugleich damit sollte das Gewicht ihres Votums unterstrichen und sein eigener Ruhm gemehrt werden. Die Lösung: ein kaiserliches Privileg für die Rechtsschule von Bologna³³. Nach knapper Einleitung verbrieft diese Urkunde vom November 1158 allen Scholaren, die des Studiums wegen in der Fremde auf Wanderschaft sind und – jetzt kommt es – ganz besonders (*maxime*) den *divinarum atque sacrarum legum professoribus* das Privileg (*beneficium*), samt Dienstboten unbehelligt an die Studienorte zu reisen und dort zu wohnen. Unter Androhung verschiedener Sanktionen wird sodann „jede Schädigung der Scholaren“, insbesondere ihre Inanspruchnahme für Schulden ihrer Landsleute auf Grund eines „abwegigen Gewohnheitsrechts“ (*ex perversa consuetudine*) verboten. Endlich erhalten die Scholaren noch ein *privilegium fori*, d.h. sie können nur bei ihrem Herrn, ihrem Lehrer oder dem dafür bestellten Bischof verklagt werden. Die Schlussformel

32 Dazu Verf., Recht des Rechts (N 19), S. 13f., 26ff., 31ff.

33 Die ronkalische Scholarenkonstitution, in: Weinrich (Hg.), Quellen (N 13), Nr. 67 (S. 258f.).

gebietet, „dieses Gesetz“ (*hanc legem*) an bestimmter Stelle im *Codex Justinianus* unter die Kaiserkonstitutionen aufzunehmen. Also wurde die Universität Bologna nun als kaiserliche Rechtsschule betrachtet. Die Scholaren strömten.

Solche Einzelrechtserteilungen wie das Scholarenprivileg gab es im Mittelalter unzählige. Bis in die Neuzeit hinein ist das Privileg nach Altmeister Hermann Krause „eine zentrale Rechtsfigur“³⁴. Unser Beispiel zeigt das Muster, wie es sich in der päpstlichen und der kaiserlichen Kanzleipraxis herausgebildet hat: Auf die mehr oder weniger feierliche Einleitung folgt die Verleihung eines besonderen subjektiven Rechts an eine oder mehrere Personen (wie Scholaren, Kaufleute oder Juden) oder auch Personengesamtheiten (Städte oder Klöster). Dabei kann das Besondere eher den Sinn des Einzelnen, Individuellen oder Privaten oder mehr die Bedeutung der Ausnahme von einem *ius commune* haben. Der Verleiher verspricht für die Ausübung dieses Rechts seinen Schutz und bekräftigt ihn durch die sog. Pönformel: Er bedroht Störer des Privilegs mit Bußen und Entschädigungsansprüchen. Die Formulierung dieser negativen Drittwirkung des Privilegs entspricht unserer Vorstellung vom generell-abstrakten Gesetz. In unserem Beispiel hat Friedrichs Kanzlei diesen Teil der Urkunde selbst ausdrücklich als *generalis lex et in eternum valitura* bezeichnet. Der abschließenden Unterschrift folgt die Benennung einer mehr oder weniger großen Zahl von Zeugen. Nach seiner rechtlichen Struktur besteht das Privileg mithin zum einen in der Verleihung einer persönlichen Berechtigung, die jedem anderen Recht vorgeht und dem Inhaber überallhin folgt, also wie ein Schutzbrief im Ranzen der Scholaren mit über die Alpen wandert, und zum anderen aus einem gegenüber jedermann und jedem Recht wirkenden Verbot der Beeinträchtigung. Im Rückblick könnte man also sagen, dass das, was wir heute ein subjektives absolutes Recht nennen – das Eigentum z.B. – im Grunde noch die alte Privilegienstruktur hat.

34 Hermann Krause, Art. Privileg, mittelalterlich, in: HRG Bd. III, 1984, Sp. 199 ff. Siehe auch Heinz Mohnhaupt, Privileg, neuzeitlich, ebd. Sp. 2005 ff.; ferner Hermann Krause, Dauer und Vergänglichkeit im mittelalterlichen Recht, in: ZRG GA 75 (1958), S. 206 ff. (216 ff.); ders., Königtum und Rechtsordnung in der Zeit der sächsischen und salischen Kaiser, in: ZRG GA 82 (1965), S. 1 ff. (76 ff.).

Zur Verleihung berechtigt waren Papst und Kaiser, aber wohl nicht exklusiv³⁵. Die Begründung für solche einseitige herrschaftliche Rechtsgewährungen des Papstes wurde von der Kanonistik frühzeitig in dessen Gesetzgebungsrecht gefunden. Der Kaiser pflegte sich in allgemeiner Form auf seine kaiserliche Gewalt zu berufen. Unter Hinweis auf Dig. 1, 4, 1 (Ulpian: *quod principi placuit legis habet vigorem*) sollen ihm die Bologneser Doktoren schon auf den Ronkalischen Feldern gesagt haben, dass auch er Gesetze geben und aufheben könne. Andererseits standen dem König traditionell ja gewisse Vorrechte zu: die sog. Regalien, aus deren Fundus er schöpfen konnte³⁶. Problematisch blieb im weltlichen wie im kirchlichen Bereich, was leicht einzusehen ist, der Widerruf der Privilegien, prekär aber auch die Geltung des Privilegs über den Tod des Verleihers hinaus³⁷.

Gleichwohl zeigt sich im frühen und hohen Mittelalter angesichts der Unvollkommenheit und des fragmentarischen Charakters der Rechtsordnung die Privilegienvergabe als das dominierende Instrument zur Ordnung regelungsbedürftiger Lebensbereiche wie zu individualisierender Ergänzung des Rechts. Anschaulich fassbar wird die Bedeutung in der Vielfalt der Regelungsgegenstände: Handelsrechte, Zollfreiheiten, Märkte, Hafenanlagen, Judenschutz, Jurisdiktionsrechte und Immunitäten, Steuern, Münzrechte, Standeserhöhungen, Legitimationen, städtische Ratsverfassungen etc. Für uns von besonderem Interesse ist eine Kategorie von Privilegien, die man mit Willoweit als „verfassungsgestaltend“ bezeichnen kann³⁸. Ein Beispiel sind die eben erwähnten Verfassungsprivilegien für die Städte. Ein anderes bietet die Schaffung eines ostfränkischen (Amts)Herzogtums für den Bischof von Würzburg 1168 durch ein Privileg Barbarossas, das im Wesentlichen aus der Übertragung respektive Bestätigung von Jurisdiktionsbefugnissen

35 Hermann Krause, Der Widerruf der Privilegien im frühen Mittelalter, in: Archivalische Zeitschrift 75 (1979), S. 117 ff. (117).

36 Dazu Hans Thieme, Die Funktion der Regalien im Mittelalter, in: ZRG GA 62 (1942), S. 57 ff. (67 f.).

37 Dazu Krause, Dauer und Vergänglichkeit (N 33), S. 244 ff.; ders., Widerruf (N 35); Gerhard Baaken, Recht und Macht in der Politik der Staufer, in: HZ 221 (1975), S. 553 ff. (567 ff.).

38 Willoweit, Verfassungsgeschichte, S. 79.

besteht³⁹. Daran erinnern die Darstellungen der Fürstbischöfe mit Krummstab und Schwert⁴⁰. Hauptsächlich aber handelt es sich hier um die großen Fürstenprivilegien Friedrichs II. und Karls IV., welche die deutsche Verfassungsgeschichte maßgeblich geprägt haben: die *Confoederatio cum principibus ecclesiasticis* (1220), das *Statutum in favorem principum* (1232) und die berühmte „Goldene Bulle“ (1356)⁴¹. Zwei Punkte verdienen dabei unsere besondere Aufmerksamkeit.

(1) *Confoederatio* und *Statutum* stärkten die Stellung der geistlichen und weltlichen Fürsten durch zahlreiche einzelne Rechtsgewährungen bzw. Beschränkungen der Rechte des Königtums außerordentlich. Lange Zeit hat man diesen vermeintlichen Ausverkauf der Reichsrechte allein als Zeichen der Schwäche des so selten in Deutschland anwesenden Kaisers *Federico Secondo* gedeutet, auch wenn etliche der verbrieften Rechte schon früher in einzelnen Privilegien gewährt worden waren. Dagegen erkennt Willoweit in beiden Dokumenten den Ausdruck einer neuartigen Auffassung von Herrschaft, die sich auch in einer, zwar nicht an sich, aber für diese Zeit neuen Rechtsfigur von Herrschaft kundtut⁴². Maßgeblich ist danach die Vorstellung, dass der Fürst über ein Territorium mit allem drum und dran allein und ungestört zu gebieten hat. Dieses ausgeprägt territoriale Herrschaftsdenken unterscheidet sich deutlich von der jurisdiktions- und lehnsrechtlichen Konzeption Friedrichs I. – man erinnere sich der Gründung des Herzogtums Ostfranken durch Konzentration der Jurisdiktionsgewalt – und findet seine Erklärung in der Idee eines umfassenden Eigentumsrechts, wie sie die fürstlichen Kanzleien aus dem römischen Recht gewonnen haben.

(2) Die „Goldene Bulle“, welche bekanntlich die Königswahl regelt, ist darüber hinaus ein umfangreiches Gesamtprivileg der Kurfürsten, durch das ihre territoriale Macht weiter gestärkt, aber

39 Privileg für das Herzogtum und Bistum Würzburg vom 10. 7. 1168, in: Weinrich (Hg.), Quellen (N 13), Nr. 71 (S. 278 ff.). Zu diesem besonderen Fall Hirsch, Hohe Gerichtsbarkeit (N 11), S. 204 ff., 259 ff.

40 Ein Beispiel bei Hofmann, Bilder des Friedens (N 9), S. 40. Zum Schwert-Symbol schon N 8.

41 Zum Folgenden Willoweit, Verfassungsgeschichte, S. 87 f., 98 f.

42 Willoweit ebd. S. 88.

auch ihre vorrangige Verantwortung für das Reich und dessen Repräsentation festgeschrieben wurde⁴³. Auffällig sind Veränderungen in der Rechtsform. Die „Goldene Bulle“ enthält ganze Kapitel mit objektiven, abstrakt-generellen und in diesem Sinn gesetzlichen Regelungen⁴⁴. Ein charakteristisches Beispiel neben anderen bietet Kap. XVI mit dem Verbot der Pfahlbürger, von „Vorstädtern“, könnte man sagen⁴⁵. Damit sollte unterbunden werden, was die Fürsten mächtig ärgerte, seit die Städte aufblühten, nämlich, dass Leute – einzelne, aber auch ganze Siedlungen – sich durch Erwerb eines städtischen Bürgerrechts ihrer fürstlichen Botmäßigkeit entzogen, aber hinter ihren Palisaden sitzen blieben und nicht hinter die Mauern der Stadt zogen. Zeigt sich insoweit das Gesetz als das dem Privileg überlegene rechtliche Gestaltungsmittel, so bleibt der andere rechtliche Konkurrent der einseitigen Privilegierungen hier noch eher im Hintergrund, nämlich die Übereinkunft, der Vertrag. Doch ist klar, dass dieses große Reichsgrundgesetz nicht ohne Mitwirkung und Zustimmung der Reichsfürsten und insbesondere der Kurfürsten zustande kommen können.

4.

Stärker tritt das konsensuale Moment später in der Ausgestaltung der kaiserlichen Herrschaft durch die sog. „Wahlkapitulationen“ hervor, seit die Kurfürsten sich bei der Wahl Karls V. 1519 vom zukünftigen Kaiser vor Krönung und Huldigung eine weitere Stärkung ihrer Rechte ausbedungen hatten⁴⁶. Für das, was hier als „Gedinge und Pact“ bezeichnet wurde und auf der Ebene der Territorien „Handfeste“ (Bayern 1311) „Vergleich“ (Brandenburg

43 Siehe dazu Verf., Repräsentation, 4. Aufl 2003, S. 225 f.

44 Zu dieser Mischung der Rechtsformen Krause, Kaiserrecht und Rezeption (N 12), S. 31 f., 51 ff.

45 Goldene Bulle, in: Quellen zur Verfassungsgeschichte des Römischen Deutschen Reiches im Spätmittelalter (1250–1500), 1983, Nr. 94 (S. 315 ff.), Cap. XVI: De pfalburgeriis; dazu Heinz Lieberich, Kaiser Ludwig der Baier als Gesetzgeber, in: ZRG GA 76 (1959), S. 173 ff. (182 ff., 187 f.).

46 Dazu Willoweit, Verfassungsgeschichte, S. 140, 189, 228.

1472), „Rezeß“ (Brandenburg 1653) oder „Vertrag“ (Württemberg 1514) hieß, sowie für sonstige einvernehmliche Kompetenzabgrenzungen zwischen Kaiser und (Kur-)Fürsten, Fürsten und Landständen unter welchen Namen auch immer, hat sich die Bezeichnung „Herrschaftsverträge“ eingebürgert. Im strengen juristischen Sinn synallagmatische Verträge⁴⁷ waren das allerdings nicht, eher ausgehandelte Bedingungen der Herrschaftsübertragung⁴⁸. Aber es spielte bei der Begriffsbildung wohl auch eine Rolle, dass in der politischen Literatur von den Fürsten gelegentlich als Angestellten ihrer Reiche die Rede war, seit der scharfzüngige Mönch Manegold von Lautenbach im Investiturstreit den Kaiser mit einem Schweinehirten verglichen hatte, den man, wenn er die Schweine verkommen lässt, „sogar unter Einbehaltung des versprochenen Lohnes ... mit Schimpf ... entlassen (könne)“⁴⁹.

Manche der mit solchen Herrschaftspakten verbundenen Privilegien haben es im Laufe der Zeit unter veränderten Umständen zu einer außerordentlichen Popularität gebracht. Die Rede ist von den sog. Freiheitsbriefen. Als Prototyp gilt bekanntlich die englische *Magna Carta Libertatum* von 1215⁵⁰. Phänomenologisch sind ihr diejenigen Herrschaftsverträge zuzuordnen, die vergleichbare Garantien individueller Rechtspositionen enthalten. Von vereinzelten Schutzversprechen für jedermann abgesehen, handelt es sich allerdings um die Verteidigung herkömmlicher Rechtsgewohnheiten, um Adelsprivilegien, nicht um Rechte des gemeinen Mannes. Immerhin wird damit der Grund für die Respektierung individueller Rechte gelegt⁵¹. Hinzu kommt ein zweites, ideelles

47 Dazu Verf., Zur Idee des Staatsgrundgesetzes, in: ders., Recht – Politik – Verfassung, 1986, S. 261 ff. (271 ff.).

48 Übersicht über den (sachlich nicht sehr bedeutungsvollen) terminologischen Streit Franz Hespe, Die Erschaffung des Leviathan, in: Der lange Schatten des Leviathan, hg. v. Dieter Hüning, 2005, 201 ff. (206 f.).

49 Manegoldi ad Gebehardum Liber (ca. 1085), zit. nach der auszugsweisen Übers., in: Der Herrschaftsvertrag, hg. v. Alfred Voigt, 1965, S. 54 ff. (55). Siehe dazu Horst Fuhrmann, „Volkssouveränität“ und „Herrschaftsvertrag“ bei Manegold von Lautenbach, in: FS f. Hermann Krause, 1975, S. 21 ff.

50 Zum lehnsrechtlichen Kontext William S. McKechnie, *Magna Carta*, 2. Aufl. 1958, S. 104 ff.; James Clark Holt (Hg.), *Magna Carta and the Idea of Liberty*, 1972, S. 1 ff.

51 Dazu Willoweit, Verfassungsgeschichte, S. 157, 239.

Moment: In der englischen Tradition werden die Privilegien extensiv als Geburtsrechte aller Engländer interpretiert, von den amerikanischen Revolutionären, die diese Rechte behalten, aber keine Engländer bleiben wollten, konsequenterweise zu Menschenrechten erklärt⁵². Damit bot die Tradition der Freiheitsbriefe das rechtliche Formular auch für die Fixierung individueller Rechte von fundamentaler Bedeutung, wie sie die Sozialphilosophie der Aufklärung entwickelt hatte. Als Programme der amerikanischen und der französischen Revolution wurden sie so etwas wie Ikonen.

Welch' prägende Kraft Bild und Gedanke des Freiheitsbriefs hatte, wird in den Wiederholungen der Grundrechtskataloge in Zeiten deutlich, in denen diese Form der Rechteverbürgung eigentlich überholt war. Schon Kant lehrte nämlich, die Freiheit (welche die Gleichheit einschließt) sei das „einzige, ursprüngliche, jedem Menschen, kraft seiner Menschheit zustehende Recht“⁵³. Danach bedarf jede Einschränkung der Freiheit der Begründung und Rechtfertigung. Einzelne Freiheitsverbürgungen vermögen jener umfassenden Freiheit logischerweise aber nichts hinzuzufügen. Wenn das Freiheitsprinzip im Rechtsstaat nun Grundlage des Gemeinwesens wird, ist die Positivierung einzelner Freiheitsbefugnisse rechtlich eigentlich nur noch unter dem Gesichtspunkt interessant, aus welchen Gründen und in welchem Umfang sie durch ihre Gesetzesvorbehalte für den jeweiligen speziellen Schutzbereich Einschränkungen der Freiheit erlauben, d.h. ob sie mit der Einräumung gesetzlicher Beschränkungen das allgemeine rechtsstaatliche Gesetzmäßigkeitsprinzip, welches Freiheitseingriffe ohne gesetzliche Grundlage ohnehin verbietet, nur wiederholt oder so qualifiziert, dass etwaige Einschränkungen beispielsweise allein dem Reichsgesetzgeber vorbehalten werden. Dass die beiden

52 Zu dieser Entwicklung Verf., Idee des Staatsgrundgesetzes (N 46), S. 268; ders., Die Grundrechte 1789–1949–1989, in: ders. Perspektiven (N 22), S. 23 ff. (24 ff., 29 ff.); ders., Menschenrechtliche Autonomieansprüche, ebd., S. 51 ff. (58 f.).

53 Kant, Metaphysik der Sitten, zit. nach der Ausg. v.K. Vorländer, 1959, S. 43 f. Dazu Ralph Alexander Lorz, Modernes Grund- und Menschenrechtsverständnis und die Philosophie Kants, 1993, S. 127 f., 138, jedoch ohne systematische Schlussfolgerung.

ersten Entwürfe der Weimarer Verfassung keine Grundrechtskataloge enthielten, war von daher nur folgerichtig⁵⁴. Und folgerichtig hat die Weimarer Staatsrechtslehre die dann doch in die Verfassung aufgenommenen, aber unter den Vorbehalt gesetzlicher Einschränkungen gestellten Freiheitsgarantien als „leerlaufend“ bezeichnet⁵⁵.

Doch ist die Verfassungsgeschichte darüber hinweggegangen. Abgesehen von der prozessualen Funktion, die den Grundrechten aus der Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde bei einem Verfassungsgericht zugewachsen ist, haben Lehre und Rechtsprechung den auf den Schutz des Individuums ausgerichteten Grundrechten des Bonner Grundgesetzes in der Folge neuer Probleme und Gefährdungslagen und wegen des Bedürfnisses rechtsinhaltlicher Orientierung der Staatstätigkeit über den Charakter subjektiver Abwehrrechte hinaus längst neue Bedeutungsdimensionen abgewonnen⁵⁶. Zu erwähnen ist hier insbesondere das, was man mittlerweile die „objektiv-rechtlichen Gehalte“ der einzelnen Grundrechte nennt, nachdem das Bundesverfassungsgericht 1958 in einer etwas überhöhten Weise vom „Wertsystem“ der Grundrechte gesprochen und aus dem klassischen Freiheitsbrief eine Wertetafel für die gesamte Rechtsordnung gemacht hatte⁵⁷. So wird heute z.B. das subjektive Recht des einzelnen auf Leben zugleich als objektives Prinzip des Schutzes menschlichen Lebens gedeutet⁵⁸.

54 Hierzu und zum Folgenden die gründliche und materialreiche Analyse der Grundrechte der WRV von Horst Dreier, Die Zwischenkriegszeit, in HGR I, 2004, § 4 Rn. 8 ff.

55 Eingehend dazu Dreier ebd. Rn. 20 ff.

56 Dazu statt aller Horst Dreier, Dimensionen der Grundrechte, 1993; ders. in dem von ihm hg. Grundgesetzkommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Vorb. vor Art. 1 Rn. 82 ff.

57 Zur Schlüsselrolle des sog. Lüth-Urteils (BVerfG 7, 198/203 ff.) Verf., Die Entwicklung des Grundgesetzes von 1949 bis 1990, in: HStR I, 3. Aufl. 2003, § 9 Rn. 65.

58 Statt aller Helmuth Schulze-Fielitz, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 2 II Rn. 28 f.

5.

Im Unterschied dazu waren im Grundrechtsteil der Weimarer Reichsverfassung, der nicht nur von der Freiheit der Person, sondern auch vom Gemeinschaftsleben, von Religion und Religionsgesellschaften, Bildung und Schule sowie dem Wirtschaftsleben handelte, explizit weit ausgreifende „Elemente objektiver Ordnung“ integriert – großenteils allerdings nur in der Form von Gesetzgebungsprogrammen, nicht als unmittelbar geltendes Recht⁵⁹. Mit diesem weiten thematischen Ausgriff war man in Weimar der Grundrechteerklärung der Frankfurter Paulskirchenversammlung gefolgt. Dort hatte unter dem Einfluss des „Germanisten“ Georg Beseler der „germanische“ Gedanke der Genossenschaft eine tragende Rolle gespielt⁶⁰. Demzufolge enthalten die Grundrechte der Paulskirche „unterhalb der Gesamtstaatsebene sämtliche Rechte, die für das gesellschaftliche Leben einschließlich des Staatslebens bedeutsam sind. Sie regeln den gesamten, für notwendig erachteten Unterbau der Reichsgenossenschaft“⁶¹. Gegner ist hier die abstrakt individualistische Staatsauffassung des Westens⁶². Deswegen sprach man auch nicht von „Menschenrechten“ mit ihrer Erinnerung an Umsturz, Chaos und Terror. Andererseits sollte der gängige Ausdruck „Untertanenrechte“ vermieden werden. So fand man den glücklichen Terminus „Grundrechte“ und erklärte „Grundrechte des Deutschen Volkes“, nicht „der Deutschen“. Mithin konnte die liberal-individualistische Interpretation des Formulars alter Freiheitsbriefe, zu der der Parlamentarische Rat 1949 nach den Schrecken des Totalitarismus bewusst zurückkehrte, 1848 nicht das Vorbild sein. Bezeichnenderweise hatte seinerzeit der berühmte Jakob Grimm beantragt, folgenden Artikel an die Spitze der

59 Zur inhaltlichen und normativen Vielfalt des Zweiten Teils der WRV im einzelnen Dreier, Zwischenkriegszeit (N 54), Rn. 9 ff.

60 Dazu Jan Schröder, Zur älteren Genossenschaftstheorie – Die Begründung des modernen Körperschaftsbegriffs durch Georg Beseler, in: Quaderni Fiorentini 11/12 (1982/83), S. 393 ff.

61 Jörg-Detlef Kühne, Die Reichsverfassung der Paulskirche, 1985, S. 170.

62 Dazu und zum Folgenden Verf., Die Grundrechte (N 52), S. 26 ff.

Grundrechte zu setzen: „Das deutsche Volk ist ein Volk von Freien und deutscher Boden duldet keine Knechtschaft. Fremde Unfreie, die auf ihm verweilen, macht er frei.“⁶³ Das war, für alle verständlich, nur eine Fortentwicklung der Parole „Stadtluft macht frei.“ Mit ihr beschwor Grimm „das freiheitliche Recht der mittelalterlichen Stadt ... als“ – heute würde man sagen: kommunitaristisches⁶⁴ – „Vorbild der bürgerlichen Freiheiten im Verfassungsstaat“⁶⁵.

Historische Musterbeispiele dafür waren die Gründungsstadt und die freie Stadt⁶⁶. In den von den mächtigen Adelsgeschlechtern wegen ihrer Steuerkraft und des militärischen Wertes ihrer Befestigungen nicht selten auf freiem Felde gegründeten Städten erblühte kommunale Freiheit auf der Grundlage der stadtherrlichen Privilegien. Die sog. freien Städte, vornehmlich die alten Bischofsstädte, verdankten ihre Freiheit dagegen einer Verschwörung (*communio* oder *coniuratio*) der vornehmen Bürger, v.a. der Fernkaufleute, gegen den Stadtherrn. Diese genossenschaftlichen Schwureinigungen, d.h. Zusammenschlüsse durch den Eid auf eine gemeinsam aufgestellte Ordnung, hatten ihre Vorbilder in den oberitalienischen Kommunen⁶⁷. Merkmale jener kommunalen Freiheit waren mit- hin: Zum ersten die Herauslösung aus dem dichten Geflecht von Abhängigkeiten und allen Arten finanzieller Belastungen, von Verkehrs- und Verfügungsbeschränkungen, zum anderen die Ratsverfassung, also die freie Wahl einer Stadtobergkeit, und schließlich die eigene Art der Schaffung, Ausgestaltung und Fortbildung ihrer Rechtsordnung durch sog. „Willküren“ oder Satzungen. Deren

63 Zit. nach Karl Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte 1, 1976, S. 219.

64 Verf., Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 3. Aufl. 2006, S. 188f.

65 Kroeschell, Rechtsgeschichte (N 61), S. 219. Robert v. Keller hat darauf hingewiesen, dass der Rechtshistoriker Konrad Beyerle als Abgeordneter im Weimarer Verfassungsausschuß (sozusagen auf den Spuren Jakob Grimms) die Freiheitsrechte der mittelalterlichen deutschen Städte als Vorläufer der modernen Freiheitsrechte genannt hat; im Anschluß daran hat Keller den Versuch gemacht, die Freiheitsverleihungen mittelalterlicher Stadtgründer als positive geschichtliche Vorbilder der neuzeitlichen Grundrechte zu erweisen: Freiheitsgarantien für Person und Eigentum im Mittelalter, 1933; der Hinweis auf Beyerles Rede findet sich ebd. S. 273.

66 Hierzu und zum Folgenden Willoweit, Verfassungsgeschichte, S. 119ff.

67 Dazu Verf., Repräsentation (N 42), S. 202ff.

Geltungskraft folgt aus der freiwilligen, eidlich bekräftigten Unterwerfung der Rechtsgenossen unter eine Sanktion bei Abweichung, einer bedingten Selbstverurteilung also. Mithin beruhten die politischen Ordnungssysteme der freien Städte, dieser Zentren des sozialen und ökonomischen Fortschritts, nach Willoweits Resümee nicht mehr auf einem dynastischen oder kirchlichen Herrschaftsrecht, sondern auf dem Willen der Bürger. Gedankliche Voraussetzung dafür war die Überzeugung, dass nicht nur gerichtlich bestätigte Rechtsgewohnheiten oder herrschaftliche Rechtsgewährungen bzw. -setzungen normative Kraft haben, sondern auch „Einungen“ von Schwurgenossen, d.h. eidlich bekräftigte Selbstverpflichtungen auf eine gemeinsame Ordnung⁶⁸.

Die neue Rechtsform blieb nicht auf die innere Ordnung der Städte (und Dörfer) beschränkt. Die Schwureinung taugte auch zur Gründung von Städtebünden wie dem Rheinischen Bund, dem Schwäbischen Städtebund oder der Hanse. Auch Fürsten, selbst der König, bedienten sich zur Sicherung des Landfriedens dieser Rechtstechnik eidlicher Verpflichtung auf eine gemeinsam festgelegte Ordnung. Selbst Ansätze zu einer Staatsbildung konnten, wie man weiß, aus solchen Schwurgenossenschaften erwachsen, wenn es ihnen gelang, sich dauerhaft gegen die Fürstenherrschaft zu behaupten.

Und in dieser Weise genossenschaftsrechtlich dachte seinerzeit unser Frankfurter Antragsteller Jakob Grimm, vor allem aber Georg Beseler, außerordentlich rühriges und einflussreiches Mitglied des Frankfurter Verfassungsausschusses. Er entwickelte die Theorie der Genossenschaft, die durch seinen Schüler Otto von Gierke zum System ausgebaut wurde⁶⁹. Hier ist übrigens auch der Grund für die der römisch-rechtlichen Tradition ganz fremde Kategorie des Sozialrechts gelegt worden⁷⁰. Und es waren die Gierkeschüler

68 Willoweit, *Verfassungsgeschichte*, S. 122. Zum Folgenden ebd. S. 143 ff.

69 Dazu Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert*, 2. Aufl. 1995, S. 147 ff., 232.

70 Dazu Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, S. 453 ff.; Gerhard Dilcher, *Genossenschaftstheorie und Sozialrecht*, in: *Quaderni Fiorentini* 3/4, 1974/75, S. 319 ff.; Helga Spindler, *Von der Genossenschaft zur Betriebsgemeinschaft*, 1982, S. 48 ff., 57 ff., 155 ff.; Michael Stolleis, *Geschichte des Sozialrechts in Deutschland*, 2003, S. 311.

Hugo Preuss („Vater der Weimarer Verfassung“) und Hugo Sinzheimer („Vater des Arbeitsrechts“), die seine Idee der autonomen Genossenschaft auf die kommunale Selbstverwaltung und die Arbeiterassoziationen anwendeten⁷¹. Von Gierke inspiriert, hat übrigens der britische Politikwissenschaftler Harold Laski in den 20er und 30er Jahren des letzten Jahrhunderts gegen den kontinentalen Etatismus seine Theorie des „Pluralismus“, also der Wesensgleichheit aller menschlichen Verbände entwickelt.

6.

Gegenpol der genossenschaftlichen Schwureinungen war und blieb in der Erscheinungswelt des Rechts das herrschaftliche Gesetz. Von der gesetzgebenden Gewalt des Kaisers war andeutungsweise ja schon auf den Ronkalischen Feldern die Rede gewesen. Jedenfalls hat Barbarossa die gegen jedermann gerichtete und auf alle denkbaren Beeinträchtigungen sich erstreckende Pönformel seines Scholarenprivilegs ein allgemeines und immerwährendes Gesetz genannt und war mit dessen Aufnahme unter die Konstitutionen des *Codex Justinianus* in die Fußstapfen der Römischen Caesaren getreten. Das kaiserliche Gesetz ist hier – und das gilt ebenso für das Pfahlbürgerkapitel der „Goldenen Bulle“ – eine personell hinsichtlich des Adressatenkreises und sachlich im Blick auf die erfassten Störungen allgemeine Anordnung und zugleich höchster Ausdruck des freien herrscherlichen Willens. Das eine unterscheidet das Gesetz vom Richterspruch und der Einzelrechtsgewährung, das andere von der Schwureinung und dem Herrschaftsvertrag.

Die praktische Bedeutung dieser Rechtsform war jedoch zunächst gering⁷². Die Landfriedenspolitik ließ sich eher mit fürstlichen Schwureinungen als mit einseitigen Gesetzgebungsakten durchsetzen. Und solange das mündliche Gerichtsverfahren den

71 Dazu Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. II, 1992, S. 359 ff., 363 ff.

72 Hierzu und zum Folgenden Willoweit, Verfassungsgeschichte, S. 105 f., 158 ff.

überlieferten Rechtsgewohnheiten verpflichtet blieb, gab es keinen Bedarf an herrscherlicher Gesetzgebung. Folglich eröffnete sich ein Aktionsraum für die Technik der Gesetzgebung zunächst nur in dem Maße, in dem die Rechtsfindung in den Gerichten unsicher und zwiespältig wurde. Das war die historische Stunde der Stadt- und Landrechtsreformen im 15. und 16. Jahrhundert. Zwar sollte dadurch nur das Rechtsherkommen geschützt, verdorbenes Recht gebessert, aber nicht neues Recht gesetzt werden. De facto ließ sich das aber gar nicht genau unterscheiden.

Größer war die Zukunft der Gesetzgebung als Verhaltenssteuerung. Aus dem alten grundherrlichen Gebotsrecht herstammend zielte sie überhaupt nicht auf die Bestimmung des einem Zustehenden, die Regulierung entsprechender Streitigkeiten und die Anwendung im Gericht, sondern auf die Erledigung bestimmter Aufgaben durch die Untertanen und allgemein auf deren Wohlverhalten. Hierfür entsteht ein eigener Gesetzestypus: die Landes- und Polizeiordnung, deren Leitsterne die „gute Policey“ und der „gemeine Nutzen“ sind. Nach dieser Differenzierung hat noch Kant zwischen der rein „rechtlichen Gesetzgebung“ und den „Veranstaltungen“ der „Politik“ mitsamt den der öffentlichen Wohlfahrt („Glückseligkeit“) dienenden Gesetze unterschieden⁷³. Indem die Fürsten die berühmte Ulpian-Sentenz über den Willen des Fürsten als Geltungsgrund der Gesetze auch auf sich und nicht mehr nur auf den Kaiser bezogen, machten sie die Gesetzgebung zum neuen Zeichen ihrer landesherrlichen Souveränität, hinter dem das Bild des Richterkönigs zu verblassen begann. *Condere legem est signum supremæ potestatis* heißt es jetzt⁷⁴. Mit der Regulierung alltäglicher Angelegenheiten in weltlichen wie in geistlichen Dingen bis hin zum Gottesdienstbesuch und dem Verbot des Glücksspiels verdichtete sich die Landesherrschaft gewissermaßen zur Obrigkeit, die namentlich mit der Einheit von Religion bzw. von Konfession und politischer Ordnung v.a. in den protestanti-

73 Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis. Teil II, in: Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie usw., hg. v. K. Vorländer, 1959, S. 96 f.; dazu Verf., Allgemeinheit des Gesetzes (N 22), S. 275 f.

74 Sebastian Medicus, De legibus, statutis, et consuetudine, 1574, S. 34.

schen Territorien moralische Autorität gewann. Seit dem Speyerer Reichsabschied von 1526 lag die Religionsfrage ja in der Verantwortung der Landesherren. Sehr detailliert und farbig gespiegelt findet sich diese Entwicklung in der sog. Deutschen Politik von Christian Wolff, einem religiösen, moralischen, sozialen und politischen Katechismus für den Hausvater in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts⁷⁵. Auf der Ebene des Reichs, das schon wegen der Religionsspaltung aus jenem mit der Konfessionalisierung gekoppelten Prozess der Staatsbildung ausschied, war die Gesetzgebung naturgemäß nicht so dicht, ließ aber ebenfalls die neuen Tendenzen der „Rechtsbesserung“, der Verhaltensregulierung und der Mehrung des gemeinen Nutzens erkennen⁷⁶.

In dem Maße, in dem der Inhalt der Gesetze durch die Ausrichtung auf eine rationale Ordnung, auf bürgerliches Wohlverhalten und andere Zwecke des Gemeinwohls eine eigene Qualität des Richtigen gewinnt, tritt der Wille des fürstlichen Gesetzgebers als alleiniger Geltungsgrund des Gesetzes in den Schatten rationaler Grundsätze. Das Vernunftrecht denkt in allgemeinen Regeln und zielt *more geometrico* auf einheitlich planmäßige Gestaltung der sozialen und politischen Verhältnisse entsprechend der mathematischen Natur der Welt. Und das um so mehr, als die durch den 30jährigen Krieg verwüsteten Territorien der Disziplin und des geordneten Aufbaus bedurften. Als Leitbild wirkt der Systemgedanke, der auf Kodifikation des Rechts drängt⁷⁷. Insgesamt zeichneten sich damit – resümiert Dietmar Willoweit – „zugleich die Konturen einer neuen Rechtskultur ab, in welcher die Staatsgewalt selbst an das Gesetz gebunden wurde“⁷⁸.

75 Siehe den Nachweis in N 23.

76 Siehe Willoweit, Verfassungsgeschichte, S. 142 f.

77 Dazu Verf., Lehre vom Naturzustand (N 22), S. 110; ders., Allgemeinheit des Gesetzes (N 22), S. 269 f., 288.

78 Willoweit, Verfassungsgeschichte, S. 239.

7.

Seinen krönenden Abschluss erfährt dieser Systemgedanke durch die Verfassung: In ihr übersteigt sich das gesetzliche Recht zu quasi überzeitlichen Normen, die die ganze Rechtsordnung tragen und strukturieren⁷⁹.

Leges fundamentales, d.h. Regelungen, die wegen ihrer grundlegenden politischen Bedeutung, etwa für die Thronfolge oder das Krongut, der einseitigen Änderung durch den kaiserlichen oder königlichen Gesetzgeber entzogen waren, kannte das Mittelalter längst. In Deutschland galt z.B. die Goldene Bulle als ein solches Grundgesetz. Aber das waren bloß punktuelle Normierungen. Erst in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts hat derselbe Geist der Zeit sowohl den Begriff der Verfassung im Kollektivsingular wie in Nordamerika und Frankreich den Gegenstand: das systematisch umfassende und einheitliche Staatsgrundgesetz hervorgebracht, dessen Gestalt freilich auch Züge des Vertrags und der Schwureinung aufweist. Die maßgebliche Definition findet sich bekanntlich bei Emer de Vattel in dessen berühmtem Werk „Völkerrecht oder die Grundsätze des Naturrechts“ von 1758: „In ihr (sc. der Verfassung) zeigt sich die Form, unter der eine Nation in ihrer Eigenschaft als politischer Körper handelt, wie und durch wen das Volk regiert werden soll, welches die Rechte und Pflichten der Regierenden sind. Diese Verfassung ist im Grunde nichts anderes als die Aufstellung der Ordnung, nach der eine Nation sich vornimmt, gemeinschaftlich für die Erlangung der Vorteile arbeiten zu wollen, derentwegen die politische Gemeinschaft errichtet ist.“⁸⁰ Das ist gewissermaßen die Langfassung einer Vorgabe seines Lehrmeisters Christian Wolff: *Constitutio Reipublicae est determinatio modi, quo finis civitatis obtinendus*⁸¹.

79 Hierzu und zum Folgenden Verf., Idee des Staatsgrundgesetzes (N 47), S. 275 ff.; ders., Zu Entstehung, Entwicklung und Krise des Verfassungsbegriffs, in: FS f. Peter Häberle, 2004, S. 157 ff.

80 Emer de Vattel, *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle*, 1758 (Nachdr. 1916, dt. Übers. v. Wilhelm Euler, 1959, S. 31 bzw. 40 f.

81 Christian Wolff, *Jus Naturae*, Bd. VIII, 1748, § 393; Nachdr. hg. v. Marcel Thomann, 1968, S. 292.

Schon bei Vattel ist klar, dass die Verfassung wegen dieser ihrer Funktion von den gesetzgebenden Organen nicht beliebig abgeändert werden darf. Die Verfassungstheorie, deren Ausbildung in der Französischen Revolution beginnt, nimmt die Verfassung daher aus dem normalen Gang der Gesetzgebung heraus: rückschauend durch den Mythos der verfassungsgebenden Gewalt, d.h. die ideelle Externalisierung des eigenen Entstehungsgrundes, für die Zukunft durch die Behauptung eines höheren normativen Rangs, d.h. rechtstechnisch dadurch, dass die Verfassung durch die Erschwerung ihrer Abänderbarkeit bis zu einem gewissen Grade gegen die spätere Gesetzgebung immunisiert wird. Mit der Verfassung schaffen sich die rationalen politischen Ordnungen eine eigene künstliche Transzendenz. Das ist kein ganz neues Unternehmen. Noch unter absolutistischen Vorzeichen hatte Thomas Hobbes seine epochemachende rationalistische Staatstheorie ausdrücklich als Konstruktion eines „sterblichen Gottes“ begriffen und bezeichnet⁸². Hegel hat es in seiner Rechtsphilosophie auf den Punkt gebracht⁸³: Es sei „schlechthin wesentlich, dass die Verfassung, obgleich in der Zeit hervorgegangen, *nicht als ein Gemachtes* angesehen werde“. Vielmehr sei sie „als das Göttliche und Beharrende und als über der Sphäre dessen, was gemacht wird, zu betrachten“. Nur in solcher Sicht kann die Verfassung leisten, was ihr paradoxerweise zugetraut wird: Formung und Ausübung der Macht zu regulieren, ohne doch als bloßer Appell die politischen Kräfte realiter zu beherrschen.

Den Verfassungsgedanken, seine Ausgestaltungen und seine Wirkungen über zwei Jahrhunderte zu verfolgen, wäre ein großes Thema für sich – zu umfangreich für diesen Abend. Deshalb soll hier zum Schluss nur kurz auf ein Charakteristikum der deutschen Rechtsentwicklung unter dem Grundgesetz hingewiesen werden. In dem Abschnitt über die „Verfassungsgeschichte unter dem Grundgesetz“ bezeichnet Willoweit ganz mit Recht

82 Dazu Verf., Der Begriff des Gesetzes in der politischen Theologie von Thomas Hobbes, unter III 4: Die Konstruktion einer künstlichen Transzendenz: *Persona repraesentata* und *corpus mysticum*; demnächst in den Veröffentlichungen der Göttinger Akademie der Wissenschaften.

83 Dazu mit Nachweisen Verf., Verfassungsbegriff (N 79), S. 160 ff.

die Verfassungsgerichtsbarkeit als „wichtigsten Faktor“ und sieht deren stärkste Wirkung in der Auslegung der Grundrechte⁸⁴. In der Tat hat diese mit der Entfaltung des Gesetzmäßigkeitsprinzips der Verwaltung und der Entwicklung des (in Verfassungsrang erhobenen) Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verschwisterte Auslegung der Grundrechte für den Bereich der öffentlichen Verwaltung ein rechtshistorisch und rechtsvergleichend beispielloses Ergebnis gezeitigt: Nirgendwo sonst ist der administrative Bereich so detailliert verrechtlicht und die verwaltungsgerichtliche Kontrolle so engmaschig⁸⁵. Zu schweigen von dem Kernpunkt: der Umpolung des ganzen Verwaltungsrechtssystems vom öffentlichen Interesse auf das subjektive Recht des Einzelnen. Es ist keine Übertreibung, wenn man diese von der Verfassung ausgehende Subjektivierung des Verwaltungsrechts eine „kopernikanische Wende“ genannt hat⁸⁶. Doch erfasst das verfassungsgerichtliche Postulat einer „Ausstrahlung“ der grundrechtlichen „Wertordnung“ auf die gesamte Rechtsordnung selbstverständlich auch das Privatrecht. Mitunter hat sich das Bundesverfassungsgericht da auch schon kräftig eingemischt, etwa 1981 mit der Aufspaltung unseres einheitlichen, traditionell vom Zivilrecht her bestimmten Eigentumsbegriffs in ein privates und ein öffentliches Element⁸⁷. Willoweits Zwischenbilanz: die „Entwicklung einer allmählichen Integration verfassungsrechtlicher Maximen in die Privatrechtsordnung ist bisher nicht zum Abschluss gekommen“⁸⁸.

84 Willoweit, Verfassungsgeschichte, S. 459.

85 Dazu Rainer Wahl, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, S. 16 ff., 31 ff.

86 Fritz Ossenbühl, 40 Jahre Bundesverwaltungsgericht, in: DVBl. 1993, S. 753 ff. (756). Hier geht es um die letzte Konsequenz des normativen Individualismus; dazu Dietmar von der Pfordten, Normativer Individualismus und das Recht, in: JZ 2005, S. 1069 ff.

87 BVerfGE 58. 300. Diese sog. „Nassauskiesungsentscheidung“ hat in der Lit. hohe Wellen geschlagen; s. jetzt Joachim Wieland, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 14 Rn. 25 ff.

88 Willoweit, Verfassungsgeschichte, S. 463.

Zum Schluss kommt jedoch der Festredner:

Wir wünschen uns und hoffen, unser Jubilar möge diese und andere Entwicklungen zu unser aller Nutzen weiterhin so umsichtig und genau, einfühlsam und auf das Wesentliche konzentriert beobachten, analysieren und beschreibend zum Bewusstsein bringen!

Ad multos annos!