

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 471

Ius Publicum

Grundlagen und Entwicklung des Öffentlichen Rechts
und der deutschen Staatsrechtswissenschaft

Von

Dr. Dieter Wyduckel



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Dieter Wyduckel · Ius Publicum

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 471

Ius Publicum

Grundlagen und Entwicklung des Öffentlichen Rechts
und der deutschen Staatsrechtswissenschaft

Von

Dr. Dieter Wyduckel



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Wyduckel, Dieter:

Ius publicum: Grundlagen u. Entwicklung d.
Öffentl. Rechts u. d. dt. Staatsrechtswissenschaft /
von Dieter Wyduckel. — Berlin: Duncker und
Humblot, 1984.

(Schriften zum Öffentlichen Recht; Bd. 471)
ISBN 3-428-05591-8

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1984 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1984 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3-428-05591-8

Vorwort

Die Frage nach den Grundlagen des Öffentlichen Rechts ist gegenwärtig noch immer weitgehend ungeklärt. Es sind im wesentlichen drei Faktoren, die zu dieser Entwicklung beigetragen haben: einmal eine staatsrechtswissenschaftliche Betrachtungsweise, die Genese und Geltungsgrundlagen des Öffentlichen Rechts voneinander isoliert und damit bestehende Verbindungen und Zusammenhänge abschneidet bzw. ausblendet; des weiteren eine übertrieben dichotomisierende Fachperspektive, die Öffentliches Recht im Sinne einer schematischen Zweiteilung vor allem von seiner Entgegensetzung zum Privatrecht her zu begreifen sucht; schließlich ein positivistisch verengtes Rechts- und Staatsverständnis, in dem das Öffentliche Recht auf seine rechtstechnisch-normativen Aspekte reduziert und damit vereinseitigt wird.

Die hier vorgelegte Untersuchung will demgegenüber im Rückgriff auf die Geltungsgrundlagen des Öffentlichen Rechts zugleich seine Entwicklungsbedingungen darstellen. Eine solche Darstellung kann sich nicht auf die sogenannte Neuzeit, d. h. den nach herkömmlicher Auffassung mit dem 16. Jahrhundert beginnenden Zeitabschnitt beschränken. Sie wird vielmehr unter Zugrundelegung einer mittel- und langfristigen Zeitperspektive herkömmliche Zeitgrenzen überschreiten und — abgesehen von den antiken Vorentwicklungen — die im Hinblick auf die Genese des Öffentlichen Rechts oft vernachlässigte, weil als feudalistisch-vorstaatlich geltende hoch- und spätmittelalterliche Frühphase seiner Entwicklung in die staatsrechtswissenschaftliche Betrachtung einbeziehen. Denn genau hier haben sich die Grundlagen des frühmodernen, staatlich-organisierten Rechtssystems ausgebildet.

Öffentliches Recht erscheint vor diesem Hintergrund nicht etwa bloß als Gegensatz eines immer schon vorausgesetzten Privatrechts, sondern wird bereits vom Ansatz her als autonome Antwort auf sich anbahnende politische und soziale Veränderungen begriffen, wie sie mit der Herausbildung des frühmodernen Staates allenthalben hervortreten. In staatsrechtstheoretischer Hinsicht geschieht dies durchweg aus einer nachpositivistischen Fachperspektive, die Öffentliches Recht nicht als rechtlich verselbständigt vorstellt, sondern aus seinem politischen und gesellschaftlichen Kontext heraus zu erschließen sucht.

Bei der Verfolgung der öffentlichrechtlichen Problemstellungen konnte ich mich auf langjährige Vorstudien im Gegenstandsbereich der

Verfassungs- und Rechtsgeschichte, der politischen Philosophie sowie der Rechts- und Staatstheorie stützen. Reiche Anregungen verdanke ich den einschlägigen Forschungen meines verehrten Lehrers, Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Scupin, die mich mit ihm im Rahmen der Johannes-Althusius-Gesellschaft verbinden. In der hier vorgelegten Konzeption haben mich ferner viele Gespräche und Arbeitskontakte mit Herrn Prof. Dr. Ulrich Scheuner, dem langjährigen Vorsitzenden der Althusius-Gesellschaft, bestärkt; er hat mich ermutigt, den einmal eingeschlagenen Weg zu den eigentlichen, d. h. frühmodernen Quellen des Öffentlichen Rechts und der Staatsrechtswissenschaft zurückzuverfolgen.

Die vorliegende Abhandlung enthält den ersten Teil einer umfassender angelegten Untersuchung, welche die Einheit des heutigen Öffentlichen Rechts im Zusammenhang von Genese und System darzustellen sucht. Sie ist vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Münster im Wintersemester 1981/82 als Habilitationsschrift angenommen worden. Ein projektierte zweiter Teil, für den die Materialien nahezu geschlossen vorliegen, mußte verschiedener anderer Verpflichtungen wegen zunächst zurückgestellt werden.

Besonderer Dank gilt meinen Lehrern des Öffentlichen Rechts, Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Scupin und seinem Amtsnachfolger Herrn Prof. Dr. Norbert Achterberg. Beiden Herren verdanke ich als ihr langjähriger Assistent am Institut für Öffentliches Recht und Politik nicht nur mannigfache Unterstützung und Förderung, sondern auch die großzügige Gewährung jenes Freiraums, der zur Erstellung einer solchen Arbeit unabdingbar ist.

Dank schulde ich ferner den kollegialen Diskussionen mit Herrn Prof. Dr. Dr. Werner Krawietz, die über lange Zeit den Entstehungsgang dieser Arbeit begleitet haben.

In der Endphase der Niederschrift der Untersuchung erwies sich die Diskussion einiger zentraler Thesen als außerordentlich wertvoll, zu der mich Herr Prof. Dr. Dieter Simon, Direktor des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt/M., im Rahmen der von ihm veranstalteten „Werkstattgespräche“ eingeladen hat.

Danken möchte ich schließlich dem Inhaber des Verlages Duncker & Humblot, Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. J. Broermann, Senator E. h., Ministerialrat a. D., der die Drucklegung auch dieses Buches in großzügiger Weise gefördert hat.

Münster, im Juli 1984

Dieter Wyduckel

Inhaltsverzeichnis

<i>Einleitung</i> : Zur Neuorientierung der staatsrechtlichen Reflexion auf die Entstehung des Öffentlichen Rechts	15
--	----

Erster Abschnitt

Die Wurzeln des Öffentlichen Rechts im hohen und späten Mittelalter

Erstes Kapitel

Die Geburt des Ius publicum aus dem Ius commune

§ 1 Begriff und Bereich des Öffentlichen	27
1. Die Öffentlichkeit mittelalterlicher Herrschaftsverhältnisse	27
2. Der gesellschaftliche Bezugsrahmen des Öffentlichen	36
§ 2 Das Verhältnis von Ius publicum und Ius commune	43
1. Die Erneuerung des römischen Rechts als Ius commune	43
2. Zur Frage der Herkunft des Ius publicum aus dem römischen Recht der Spätklassik	47
3. Die Grundlegung des Ius publicum im Ius commune	53

Zweites Kapitel

Anfänge eines staatlichen Rechts im ausgehenden Mittelalter

§ 3 Römisches Recht und staatliches Recht	65
1. Die Institutionalisierung staatlicher Herrschaft	65
2. Die Relevanz des römischen Rechts für die Ausbildung staatlicher Rechtsstrukturen	71
§ 4 Strukturelle Ansätze staatlicher Ordnung	77
1. Die Ausdifferenzierung nationaler und territorialer Herrschafts- systeme	77
2. Die Konstituierung des frühmodernen Staates aus der Rechts- erzeugungsfunktion	81

§ 5	Anfänge einer staatsrechtlichen Betrachtungsweise	85
	1. Die Herausbildung einer gemeinwesenbezogenen rechtlichen Fachperspektive in der Legistik	85
	2. Die Grundlagen des Reichsstaatsrechts in der spätmittelalter- lichen Publizistik	87

Drittes Kapitel

Der Anteil des kanonischen Rechts an der Ausbildung staatlicher Rechtsstrukturen

§ 6	Das kanonische Recht als Wegbereiter des staatlichen Rechtssystems	91
	1. Der institutionelle Vorsprung der Ecclesia vor der Respublica ..	91
	2. Das kirchliche Recht als Ius positivum	92
§ 7	Die Binnenstruktur des kirchlichen Verbandes als Vorbild staatlicher Organisation	96
	1. Die Plenitudo potestatis des Papstes als Rechtsetzungsmacht ...	96
	2. Der kirchliche Personenverband und seine transpersonale Struk- tur	98
	3. Wahl der Amtsträger und Repräsentation der Gesamtheit	102
§ 8	Der kanonistische Begriff des Ius publicum	107

Zweiter Abschnitt

Geltungsgrundlagen und Entwicklung des Öffentlichen Rechts im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation

Erstes Kapitel

Der Gegenstandsbereich des Ius publicum unter dem Aspekt von Staatsräson, Souveränität und Vertragslehre

§ 9	Die Säkularisierung der mittelalterlichen Respublica christiana	111
	1. Die Staatsräson des frühmodernen Staates	111
	2. Die Souveränität staatlicher Herrschaftsgewalt	119
	3. Die vertragliche Begründung staatlicher Herrschaft	124
§ 10	Die Emanzipation des Ius publicum vom Ius commune	131
	1. Die Historisierung des Ius commune in der humanistischen Juris- prudenz	131
	2. Das Ius publicum als Ius civitatis	134

Zweites Kapitel

**Die Grundlegung des deutschen Reichsstaatsrechts
im 17. Jahrhundert**

§ 11 Die Verselbständigung des Ius publicum Imperii Romano-Germanici	141
1. Der Gegenstandsbereich des deutschen Reichsstaatsrechts	141
2. Die Quellen des deutschen Reichsstaatsrechts	147
§ 12 Reichsstaatsrecht und Reichsverfassung	153
1. Kaiserliches und reichsständisches Staatsrecht	153
2. Die leges fundamentales als Grundgesetze des Reiches	161
§ 13 Reichsstaatsrecht und Territorialstaatsrecht	168

Drittes Kapitel

**Das System des Ius publicum im Zeitalter
des Vernunftrechts**

§ 14 Öffentliches Recht im naturrechtlichen Rationalismus	178
1. Ansätze einer Rationalisierung des Öffentlichen Rechts	178
2. Die Grundlegung des Ius publicum im Ius publicum universale	185
§ 15 Der Positivismus im Teutschen Staatsrecht des 18. Jahrhunderts	194
1. Der historische Positivismus Johann Jakob Mosers	194
2. Der systematische Positivismus Johann Stephan Pütters	202

Dritter Abschnitt

**Die verfassungsrechtliche Grundlegung
des Öffentlichen Rechts im modernen Staat
des 19. und 20. Jahrhunderts**

Erstes Kapitel

**Die Neubegründung des Öffentlichen Rechts
im deutschen Frühkonstitutionalismus**

§ 16 Bürgerliche Öffentlichkeit und konstitutioneller Staat	211
1. Die rechtliche Institutionalisierung bürgerlicher Öffentlichkeit	211
2. Das konstitutionelle Staatsverständnis	220

§ 17	Öffentliches Recht als Verfassungsrecht des konstitutionellen Staates	231
	1. Staatsrecht als Staatsverfassungsrecht	231
	2. Staatsverfassungsrecht und Staatsverwaltungsrecht	242
	3. Die Abgrenzung des Öffentlichen Rechts vom Privatrecht	252

Zweites Kapitel

Das Öffentliche Recht unter der Herrschaft des staatsrechtlichen Positivismus

§ 18	Die Relevanz des staatsrechtlichen Positivismus für die Entwicklung des Öffentlichen Rechts als Fachdisziplin	257
	1. Die fachwissenschaftliche Verselbständigung öffentlichrechtlicher Jurisprudenz im staatsrechtlichen System Gerbers und Labands	257
	2. Die Begründung der Staatsrechtswissenschaft als Normwissenschaft durch Georg Jellinek und Hans Kelsen	263
	3. Die Ausdifferenzierung einer fachjuristisch verselbständigten Verwaltungsrechtswissenschaft im Werk Otto Mayers	267
§ 19	Die Formalisierung des öffentlichrechtlichen Regelungszusammenhangs	274
	1. Die Staatsordnung als Rechtsordnung	274
	2. Die öffentliche Rechtsordnung und ihre systematische Erfassung	282

Drittes Kapitel

Öffentliches Recht und Staatsrechtswissenschaft im Zeichen des staatsrechtlichen Positivismus und seiner Überwindung

§ 20	Die Kritik des staatsrechtlichen Positivismus in der Rechts- und Staatswissenschaft des 19. Jahrhunderts	289
	1. Die staats- und gesellschaftswissenschaftlichen Grundlagen der Positivismus-Kritik	289
	2. Die Auseinandersetzung Gierkes mit der positivistischen Staatsrechtskonzeption Labands	293
§ 21	Die Krise des staatsrechtlichen Positivismus	299
	1. Der Durchbruch der Krise auf der Tagung der Staatsrechtslehrer in Münster 1926	299
	2. Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Zeichen der Krise	300
§ 22	Ansätze einer Überwindung des staatsrechtlichen Positivismus in der Staatsrechtswissenschaft der Weimarer Zeit	302
	1. Die Grundlegung einer transpositivistischen Rechtskonzeption in der Rechts- und Staatsphilosophie Gustav Radbruchs und Erich Kaufmanns	302

2. Die Wirklichkeit der staatlichen Verfassung als Integrationsprozeß im geisteswissenschaftlichen Denkansatz Rudolf Smends ..	305
3. Der gesellschaftliche Gesamtzusammenhang der staatlichen Rechtsordnung in der sozialwissenschaftlichen Staatslehre Hermann Hellers ..	307
4. Dezisionismus und konkretes Ordnungsdenken im staatsrechtswissenschaftlichen Werk Carl Schmitts ..	309
§ 23 Der staatsrechtswissenschaftliche Methodenstreit ..	316
<i>Ausblick: Entwicklungstendenzen des Öffentlichen Rechts im nachpositivistischen Rechtsrealismus ..</i>	<i>322</i>
<i>Schrifttumsverzeichnis ..</i>	<i>333</i>
<i>Personen- und Sachregister ..</i>	<i>397</i>

Abkürzungsverzeichnis

a.	=	ante
Add.	=	Additio
AESC	=	Annales. Economies, Sociétés, Civilisations
A. F.	=	Alte Folge
AöR	=	Archiv des öffentlichen Rechts
App.	=	Appendix
ARSP	=	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
art.	=	articulus
Art.	=	Artikel
Bd.	=	Band
BDLG	=	Blätter für deutsche Landesgeschichte
Beih.	=	Beiheft
BIDR	=	Buletino dell'Istituto di Diritto Romano
Bl.	=	Blatt
C.	=	Causa
cap.	=	capitulum
chap.	=	chapitre
cl.	=	classis
Cod.	=	Codex
CPH	=	Czasopismo Prawno-Historyczne
D.	=	Dominus
DA	=	Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters
ders.	=	derselbe
Dig.	=	Digesten
disc.	=	discursus
disp.	=	disputatio
Dist.	=	Distinctio
DÖV	=	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	=	Deutsches Verwaltungsblatt
ed.	=	editio, edidit
Epist. dedic.	=	Epistola dedicatoria
FN	=	Fußnote
gen.	=	generalis
Gl.	=	Glossa, Glosse
H.	=	Heft
HDSW	=	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
Hg.	=	Herausgeber
hg.	=	herausgegeben
HRG	=	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
HZ	=	Historische Zeitschrift

Inst.	=	Institutionen
IPO	=	Instrumentum Pacis Osnabrugense
JA	=	Juristische Arbeitsblätter
JHI	=	Journal of the History of Ideas
JöR	=	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JRS	=	The Journal of Roman Studies
JuS	=	Juristische Schulung
JZ	=	Juristenzeitung
Kl.	=	Klasse
l.	=	lex, ley
lat.	=	latinus, latina
lib.	=	liber
liv.	=	livre
MGH	=	Monumenta Germaniae Historica
NF	=	Neue Folge
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
noviss.	=	novissimus, novissima
NPL	=	Neue Politische Literatur
N. S.	=	Neue Serie, Nouvelle Série
ÖZÖR	=	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht
p.	=	post
part.	=	partida
PL	=	Patrologia latina
pr.	=	principium
praef.	=	praefatio
prooem.	=	prooemium
PrOVGE	=	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
publ.	=	publié
PVS	=	Politische Vierteljahresschrift
qu.	=	quaestio
r	=	recto
Rdnr.	=	Randnummer
RE	=	Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft
Resp.	=	Respondens (Respondente)
RHDFE	=	Revue historique de droit français et étranger
RIFD	=	Rivista internazionale di filosofia del diritto
rubr.	=	rubrica
Sb.	=	Sitzungsbericht(e)
SDHI	=	Studia et documenta historiae et iuris
sect.	=	sectio
Ser.	=	Series
Sp.	=	Spalte
spec.	=	specialis
t.	=	tomus, tomo, tome
tit.	=	titulus, titre
TRG	=	Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis
uitg.	=	uitgeven

un.	=	unicus, unica
v	=	verso
vb.	=	verbum
VerwArch	=	Verwaltungsarchiv
vol.	=	volume(n)
VSWG	=	Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte
VVDStRL	=	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WA	=	Weimarer Luther-Ausgabe
WdF	=	Wege der Forschung
Z.	=	Zeile
ZaöRVR	=	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZfP	=	Zeitschrift für Politik
ZgStW	=	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHF	=	Zeitschrift für historische Forschung
Ziff.	=	Ziffer
ZöR	=	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZRG	=	Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte
— GA	=	Germanistische Abteilung
— KA	=	Kanonistische Abteilung
— RA	=	Romanistische Abteilung
ZRP	=	Zeitschrift für Rechtspolitik

Einleitung

Zur Neuorientierung der staatsrechtlichen Reflexion auf die Entstehung des Öffentlichen Rechts

Blickt man aus der Sicht heutiger Rechtswissenschaft auf die Genese des Öffentlichen Rechts, so stellt sich die Frage, ob Ursprung und Entwicklung des *ius publicum* bereits so hinreichend bedacht sind, wie üblicherweise angenommen wird. Während das Privatrecht entwicklungs geschichtlich relativ gut erforscht ist¹, fehlen für den Bereich des Öffentlichen Rechts noch immer vergleichbare Untersuchungen. Die wenigen neueren monographischen Darstellungen² sind entweder thematisch oder zeitlich eng umgrenzt und vermögen daher dem Bedürfnis nach einer entwicklungsgeschichtlichen Darstellung des *ius publicum* nur zum Teil abzuhelfen.

Die einzige zeitlich übergreifende Monographie, die von *Hermann Rehm* vorgelegte „Geschichte der Staatsrechtswissenschaft“, datiert noch aus dem 19. Jahrhundert³ und ist heute, was Ansatz und Fragestellung angeht, als weitgehend überholt anzusehen. Rehm ging in seiner Untersuchung, die das Öffentliche Recht im wesentlichen als Staatsrecht be-

¹ Vor allem dank der von *Franz Wieacker* vorgelegten: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1967. Siehe ferner das von *Helmut Coing* herausgegebene, im Erscheinen begriffene: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, München 1973 ff.

² Vgl. etwa *Hoke*, *Die Reichsstaatsrechtslehre des Johannes Limnaeus. Ein Beitrag zur Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft im 17. Jahrhundert*, Aalen 1968; *Neumaier*, *Ius publicum*. Studien zur barocken Rechtsgelehrsamkeit an der Universität Ingolstadt, Berlin 1974; *Pick*, *Mainzer Reichsstaatsrecht. Inhalt und Methode. Ein Beitrag zum Ius publicum an der Universität Mainz im 18. Jahrhundert*, Wiesbaden 1977. Siehe ferner für die neueren Entwicklungen von *Oertzen*, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus. Eine wissenssoziologische Studie über die Entstehung des formalistischen Positivismus in der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Frankfurt a. M. 1974, sowie die tiefeschürfende dogmengeschichtliche Untersuchung von *Bullinger*, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, Stuttgart 1968, deren Gegenstand freilich auf eine Analyse von Sinn und Funktionen der Unterscheidung beider Rechtsgebiete beschränkt ist.

³ Vgl. nunmehr den unveränderten reprografischen Nachdruck der Ausgabe Freiburg i. Br. und Leipzig 1896, Darmstadt 1967.

handelte, davon aus, daß Staatsrechtswissenschaft nicht „jede Wissenschaft vom Staatsrecht“ sei, sondern nur die „mit dem Staatsrecht sich beschäftigende Rechtswissenschaft“⁴. Wenngleich er den Zusammenhang mit Politik und Staatsphilosophie nicht leugnete, so beharrte er doch auf der Selbständigkeit der Staatsrechtswissenschaft, die auch durch die Berücksichtigung etwa bestehender Beziehungen zu benachbarten Disziplinen keineswegs aufgehoben werde. Er setzte sich infolgedessen zum Ziel, der „Selbständigkeit, deren sich die Staatsrechtswissenschaft in Deutschland heute in dogmatischer Beziehung erfreut, auch in ihrer historischen Behandlung Ausdruck zu geben“, um auf diese Weise zu einer „Erkenntnis etwa vorhandener selbständiger Entwicklungsursachen“ zu gelangen⁵.

Wenn die Darstellung Rehms aus dem Blickwinkel heutiger Rechtswissenschaft im Zugriff auf den Gegenstand des *ius publicum* wie in ihren methodologischen Voraussetzungen als nicht mehr zureichend erscheint, so nicht nur deshalb, weil Rehm einem nicht unproblematischen Trennungsgedanken anhing, sondern vor allem, weil er die Staatsrechtswissenschaft, die es in einer historischen Untersuchung in ihren Entstehungs- und Entwicklungsbedingungen dazulegen gilt, positivistisch voraussetzte und damit aus sich selbst heraus zu erklären unternahm. So konnte er eine von ihm schon immer als konstituiert betrachtete Wissenschaft vom Staatsrecht bedenkenlos bis in die griechische Antike zurückverlängern, wo er ihre Anfänge im „Kreise der Sophistik“ ausmachte und Protagoras zu ihrem „Vater“ erklärte⁶. Indem er nachzuweisen suchte, daß die Staatsrechtswissenschaft von „hellenischem Geiste geboren wurde“⁷, verlagerte Rehm den Schwerpunkt seiner Darstellung so tief in die griechisch-antike Geschichte, daß staatsrechtliche Gegenwart und unmittelbare Vergangenheit zum bloßen Annex eines weit zurückliegenden, als klassisch empfundenen Zustandes gerieten.

So wenig zu leugnen ist, daß die Anfänge aller abendländischen Wissenschaft von Recht und Staat in die griechische Welt zurückweisen, so wenig vermag dieser dem neuhumanistischen Bildungsideal des 19. Jahrhunderts verpflichtete Forschungsansatz heute noch zu überzeugen. Eine auf die Entwicklungsgeschichte aktueller öffentlichrechtlicher Jurisprudenz gerichtete Perspektive kann deshalb nicht mehr ausschließlich von in dieser Weise als „klassisch“ vorausgesetzten Zuständen ausgehen. Sie hat vielmehr jenen Zeitraum in den Blick zu fassen, in dem das antike Erbe für den modernen Staat und sein Recht

⁴ *Rehm*, Staatsrechtswissenschaft, S. 1.

⁵ *Ebd.*

⁶ *Ebd.*, S. 11.

⁷ *Ebd.*, S. 3.

unmittelbare Relevanz gewinnt. Im allgemeinen wird dieser Zeitraum auf die Wende vom 15. zum 16. Jahrhundert datiert, weil im Gefolge von Humanismus, Renaissance und Reformation ein neues Zeitalter begonnen habe⁸.

Diese Auffassung findet, was Recht und Verfassung angeht, ihre Stütze in der vor allem von dem Sozial- und Verfassungshistoriker *Otto Brunner* (1898—1982) entwickelten Anschauung⁹, daß das Mittelalter eine von der Neuzeit deutlich abgehobene Epoche der Rechts- und Verfassungsgeschichte bilde, die mittels der auf den modernen Staat bezogenen Begrifflichkeit nicht oder doch nicht angemessen erfaßt werden könne. Die mittelalterlichen Herrschaftsstrukturen seien durch die ganz anders gearteten, gleichsam vormodernen Kategorien von Haus und Familie, Schutz und Schirm, Rat und Hilfe bestimmt und durch eine Vielzahl persönlicher und dinglicher Abhängigkeitsverhältnisse charakterisiert, die quellenmäßig als Haus- und Grundherrschaft, Herrlichkeit, Gerechtigkeit oder Oberkeit in Erscheinung treten und sich verfassungsgeschichtlich als Herrschaft über Land und Leute darstellen¹⁰.

Die von *Brunner* vorgetragene Kritik richtete sich mit Grund gegen einen seinerzeit weit verbreiteten, in der deutschen rechts- und verfassungsgeschichtlichen Forschung des 19. Jahrhunderts entwickelten methodologischen Ansatz, der bei der Erfassung der älteren Verfassungszustände den modernen Staats- und Rechtsbegriff ohne weiteres auf gänzlich anders geartete Verhältnisse glaubte anwenden zu können. In der Tat war namentlich von den älteren Germanisten die moderne Rechtsbegrifflichkeit oft allzu selbstverständlich auch auf die Vor- und Frühzeit der deutschen Rechts- und Verfassungsgeschichte übertragen worden. So erblickte beispielsweise *Georg Waitz* (1813—1886) bereits in der germanischen Frühzeit die Elemente eines ausgebildeten konstitutionellen Staatswesens. Daß ein einheitlicher Staatsverband und ein einheitlich gedachtes Volk überhaupt bestehe, wurde von ihm hierbei ebenso vorausgesetzt wie die Existenz einer rechtlichen und staat-

⁸ Zur Problematik der herkömmlichen Periodisierung siehe *Walder*, Zur Geschichte und Problematik des Epochenbegriffs „Neuzeit“ und zum Problem der Periodisierung der europäischen Geschichte, in: Festgabe Hans von Greyerz, Bern 1967, S. 21—47. Ferner *Koselleck*, „Neuzeit“. Zur Semantik moderner Bewegungsbegriffe, in: ders. (Hg.), Studien zum Beginn der modernen Welt, Stuttgart 1977, S. 264—299.

⁹ Siehe sein grundlegendes Werk: Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter (zuerst 1939), 5. Aufl., Wien 1965, Neudr. Darmstadt 1973, bes. S. 111 ff.

¹⁰ *Otto Brunner*, S. 240 ff. (254 ff., 263 ff., 269 ff.). Vgl. auch *Kroeschell*, Haus und Herrschaft im frühen deutschen Recht. Ein methodischer Versuch, Göttingen 1968, S. 11 ff., S. 48 f.