

Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht

Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde. Biographisches Interview von Dieter Gosewinkel

Bearbeitet von
Ernst-Wolfgang Böckenförde, Dieter Gosewinkel

Originalausgabe 2011. Taschenbuch. 492 S. Paperback
ISBN 978 3 518 29606 6

[Recht > Öffentliches Recht > Staatsrecht, Verfassungsrecht > Verfassungsrecht](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes, arranged in a slight arc. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Suhrkamp Verlag

Leseprobe



Böckenförde, Ernst-Wolfgang / Gosewinkel, Dieter
Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht

Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde. Biographisches Interview von Dieter
Gosewinkel

© Suhrkamp Verlag
suhrkamp taschenbuch wissenschaft 2006
978-3-518-29606-6

suhrkamp taschenbuch
wissenschaft 2006

Der Staatsrechtler und ehemalige Verfassungsrichter Ernst-Wolfgang Böckenförde ist nicht zuletzt durch das sogenannte Böckenförde-Diktum, daß der freiheitliche, säkularisierte Staat von Voraussetzungen lebt, die er selbst nicht garantieren kann, zu einem der einflußreichsten Juristen der Bundesrepublik geworden. Der Band verbindet Aufsätze Böckenfördes zur Verfassungslage, zum Verfassungsrecht und zur Ordnung Europas mit einem großen biographischen Interview, in dem er über seinen Werdegang, seine intellektuelle Prägung und wissenschaftliche Forschung, seinen Katholizismus, seine Mitgliedschaft in der SPD und seine Zeit als Verfassungsrichter spricht. Ein substantieller Beitrag zur Ideen- und Zeitgeschichte der Bundesrepublik.

Ernst-Wolfgang Böckenförde ist emeritierter Professor für öffentliches Recht, Verfassungs- und Rechtsgeschichte sowie Rechtsphilosophie. Von 1983 bis 1996 war er Richter des Bundesverfassungsgerichts. Zuletzt erschien von ihm im Suhrkamp Verlag: *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte* (stw 914) und *Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie* (stw 1419).

Dieter Gosewinkel ist Professor für neuere Geschichte an der Freien Universität Berlin und Leiter des »Rule of Law Center« am Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung.

Wissenschaft,
Politik,
Verfassungsgericht

Aufsätze von
Ernst-Wolfgang Böckenförde

Biographisches Interview
von Dieter Gosewinkel

Suhrkamp

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet
über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

suhrkamp taschenbuch wissenschaft 2006

Erste Auflage 2011

© Suhrkamp Verlag Berlin 2011

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das der Übersetzung,
des öffentlichen Vortrags sowie der Übertragung
durch Rundfunk und Fernsehen, auch einzelner Teile.

Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form
(durch Fotografie, Mikrofilm oder andere Verfahren)
ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert
oder unter Verwendung elektronischer Systeme
verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Umschlag nach Entwürfen
von Willy Fleckhaus und Rolf Staudt
Druck: Druckhaus Nomos, Sinzheim

Printed in Germany

ISBN 978-3-518-29606-6

Inhalt

Erster Teil
Ernst-Wolfgang Böckenförde
Aufsätze

Vorwort	9
---------------	---

I. Zur Verfassungslage

1. Vom Wandel des Menschenbildes im Recht	13
2. Wieviel Staat die Gesellschaft braucht	53
3. Woran der Kapitalismus krankt	64
4. Freiheitssicherung gegenüber gesellschaftlicher Macht – Aufriß eines Problems	72
5. Der säkularisierte, religionsneutrale Staat als sittliche Idee – Die Reinigung des Glaubens durch die Vernunft	84

II. Verfassungsrecht

6. Die verfassunggebende Gewalt des Volkes – Ein Grenz- begriff des Verfassungsrechts	97
7. Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestands- aufnahme und Kritik	120
8. Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation	156
9. Grundrechte als Grundsatznormen – Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik	189
10. Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken – Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechts- dogmatik	230

III. Die Ordnung Europas

11. Die Bedingungen europäischer Solidarität	267
12. Europa und die Türkei	281
13. Kennt die europäische Not kein Gebot?	299

Zweiter Teil
Dieter Gosewinkel

»Beim Staat geht es nicht allein um Macht, sondern um
die staatliche Ordnung als Freiheitsordnung«
Biographisches Interview mit Ernst-Wolfgang Böckenförde

Vorbemerkung: Zur Entstehung des Interviews	307
I. Kindheit und biographische Prägungen	312
II. Studium, akademische Lehrer und intellektuelle Weggefährten	333
Franz Schnabel 333 – Hans J. Wolff 341 – Dissertationen und Habilitation 345 – Joachim Ritter und das Collegium Philo- sophicum 351 – Otto Brunner 353 – Hans Freyer – Robert Spaemann 356 – Reinhart Koselleck 358 – Carl Schmitt 359 – Roman Schnur und »Der Staat« 385	
III. Katholizismus und das Ethos der modernen Demokratie	392
IV. Wissenschaftliches Engagement und Politik in der SPD	408
V. Tätigkeit und Engagement als akademischer Lehrer; . Positionsnahmen im Staat des Grundgesetzes	416
VI. Verfassungsrichter: Ethos, Amt, Entscheidungen	435
VII. Staatspolitische Interventionen in der Öffentlichkeit (seit 1996)	463
VIII. Zwischenbilanz: Was bleibt?	478
Nachweise	487
Abkürzungsverzeichnis	489
Namenregister des biographischen Interviews	490

Erster Teil
Ernst-Wolfgang Böckenförde
Aufsätze

Vorwort

Der Aufsatzband *Staat, Verfassung, Demokratie* mit Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht erschien zuerst 1991 und bald danach in zweiter Auflage. Er ist seit über 10 Jahren vergriffen, ohne daß der Verlag sich zu einer Neuauflage im ganzen hat entschließen können. Um so erfreuter bin ich, daß sich nunmehr in Verbindung mit dem umfangreichen biographischen Interview, das Dieter Gosewinkel angeregt und durchgeführt hat, die Möglichkeit ergibt, etliche Stücke dieses Bandes, die seinerzeit lebhaft Diskussionen ausgelöst haben und auch heute noch aktuell sind, erneut zu veröffentlichen. Sie werden ergänzt durch eine Anzahl neuerer Beiträge, die – zumeist von aktuellen Fragen angeregt – in den letzten 12 Jahren entstanden sind. Einige von ihnen sind auch Bezugspunkte für das biographische Interview.

Thematisch ergibt sich für diesen Aufsatzteil eine Dreigliederung. Im ersten Abschnitt geht es um Analysen und Reflexionen zur derzeitigen Verfassungslage. Dabei wird Verfassungslage nicht in einem engeren, auf die normative Verfassung gerichteten Sinn verstanden, vielmehr auf den geistigen wie politisch-sozialen Gesamtzustand des Gemeinwesens und dessen Probleme bezogen.

Der zweite Abschnitt wendet sich grundlegenden verfassungsdogmatischen Fragen zu. Hier stehen der Rechtsgrund, der Charakter und die Interpretation der Verfassung zur Debatte. Ist die Verfassung primär nur eine Rahmenordnung, gerichtet auf das Grundverhältnis von Bürger und Staat sowie die Konstituierung, die Befugnisse und die Machtverteilung der obersten Staatsorgane, deren weitere Ausfüllung originär dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber obliegt? Oder ist sie die wertbezogene Grundordnung des Gemeinwesens insgesamt, die in nuce bereits das Grundgefüge der Rechtsordnung in sich enthält, so daß der demokratische Gesetzgeber sie weniger originär gestaltet als sie vielmehr im Sinne des grundlegenden Wertgehalts der Verfassung nur näher konkretisiert? Damit werden entscheidende Fragen der Verfassungsinterpretation wie auch der Verfassungsstruktur berührt bis hin zur Stellung und Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Staat.

Der – kürzere – dritte Abschnitt zielt auf die gerade wieder in

fließender Umgestaltung befindliche Ordnung Europas. Dessen Beiträge führen die Überlegungen über den Weg Europas weiter fort, wie ich sie in dem Band *Staat, Nation, Europa* entwickelt habe. Sie sind derzeit nicht ohne Aktualität. Überschneidungen in den ersten beiden Beiträgen erklären sich aus deren thematischer Nähe.

Das Verbindende der Beiträge insgesamt liegt darin, einerseits die juristisch-dogmatische Bearbeitung des Verfassungsrechts auf der Grundlage einer dem Geltungsanspruch des positiven Rechts verpflichteten Methode ernst zu nehmen, sie jedoch durch geistes- und verfassungsgeschichtliche wie auch verfassungstheoretische Analysen und Reflexionen, die auf die umgebende Wirklichkeit bezogen sind, zu ergänzen bzw. sie in diese einzubetten. Verfassungsrechtliche wie verfassungstheoretische Arbeit darf nicht in eine Engführung hineingeraten, muß sich vielmehr nach Anspruch und Vollbringen als Teil einer internationalen und globalen Entwicklungen mit einbeziehenden gesamten Staatswissenschaft erweisen.

Herzlich zu danken habe ich an erster Stelle Frau Eva Gilmer vom Suhrkamp Verlag, die die Publikation eines neuartig – mit Aufsatzteil und biographischem Interview – zusammengefügt Bandes in der stw-Reihe beherzt ergriffen hat; sodann meinem Kollegen und Schüler Dieter Gosewinkel, der mit seiner Initiative, der Durchführung und umfassenden Bearbeitung des biographischen Interviews, das mir selbst mein Berufsleben erst nachhaltig bewußt gemacht hat, allererst die Voraussetzung für das Zustandekommen dieses Bandes geschaffen hat; schließlich in besonderer Weise Frau Martina Griesbaum, die für mich nun seit Jahren mit größter Sorgfalt und unermüdlichem Einsatz alle noch verbliebenen Sekretariatsaufgaben erledigt.

Au/Freiburg, im März 2011
Ernst-Wolfgang Böckenförde

I. Zur Verfassungslage

I. Vom Wandel des Menschenbildes im Recht¹

In welcher Weise läßt sich von einem Menschenbild im Recht sprechen? Das Recht regelt das äußere Zusammenleben der Menschen. Es tut dies nicht nur als Angebot, sondern verbindlich, das heißt mit einem normativen Anspruch, der auf Befolgung zielt. Das Recht ist darauf angelegt und angewiesen, daß es im Streit- oder Weigerungsfall auch durchgesetzt werden kann. Mit den subjektiven Rechten und Ansprüchen, die es verleiht, den Geboten und Verboten, die es ausspricht, mit den Verfahrensregeln, die es festlegt, und den Institutionen, die es gestaltet und normativ unterfängt, betrifft es die Lebenswelt der Menschen und ist ein Teil davon. In der Art, wie das Recht dies alles tut, läßt es ausdrücklich oder indirekt eine Vorstellung vom Menschen erkennen: als wer ist er anzusehen und was kommt ihm zu, worin ist er zu schützen, was ist ihm zu ermöglichen und wovon ist er fernzuhalten. Dieses Bild vom Menschen findet seinen Ausdruck sowohl in konkreten Regelungen und Festsetzungen des Rechts wie auch in den tragenden Prinzipien einer Rechtsordnung und der philosophischen Reflexion, die diesen zugrunde liegt. Zugleich sind das Recht und die Rechtsordnung, die die Menschen umgibt, weil es sich um einen Teil ihrer Lebenswelt handelt, ein Faktor ihrer Selbsterfahrung; als solcher wirken sie auf das Selbstverständnis der Menschen ein und bestimmen damit auch das Bild der Menschen von sich selbst mit.

Ich möchte im folgenden diesem Bild vom Menschen im Recht etwas nachspüren und dabei den Blick besonders darauf richten, in welcher Weise und in welchem Umfang hier ein Wandel stattgefunden hat. Natürlich kann das im Rahmen eines Vortrags nicht umfassend geschehen, ich muß mich zum einen auf das Recht im alten Reich und später in Deutschland beschränken, zum anderen darauf, die wichtigen Stufen und Einschnitte hervorzuheben und zu analysieren. In einem ersten Teil werde ich nach dem Menschenbild fragen, wie es dem Recht Alteuropas, insbesondere vom 16. bis 18. Jahrhundert zugrunde liegt und in ihm zum Ausdruck kommt, in einem zweiten Teil nach der grundlegenden Veränderung des

¹ Für recherchierende Hilfe und wertvolle Anregungen bei der Ausarbeitung des Vortrags danke ich Herrn Referendar Johannes Liebrecht, Freiburg.

Menschenbildes im Recht, die mit den Gedanken der Aufklärung und den Ordnungsideen der Französischen Revolution hervorgetreten ist und sich im 19. und in das 20. Jahrhundert hinein weiter entfaltet hat, im dritten Teil danach, welches Bild vom Menschen in der gegenwärtigen Rechtsordnung zum Ausdruck kommt.

I.

Für die Frage nach dem Menschenbild im Recht mit dem 16. bis 18. Jahrhundert einzusetzen rechtfertigt sich unter anderem deshalb, weil zu dieser Zeit auch im weltlichen Bereich ein folgenreicher Wandel hin zu bewußter Gestaltung des Rechts stattfand. Das kündigt sich mit den Rechtsreformationen in den Städten, den Landrechten in den Territorien und den mannigfachen Polizeiodnungen, die seit dem 16. Jahrhundert ergehen, an und zeigt sich schließlich im 18. Jahrhundert an mehreren großen Gesetzgebungswerken.² Wird nämlich das Recht nicht mehr als Teil einer selbstverständlich tradierten Lebensform verstanden, der durch Konsens und Herkommen Legitimation findet, sondern mit dem Ziel der besseren oder anderen Ordnung der Lebensverhältnisse bewußt gestaltet und autoritativ festgelegt, prägt sich in ihm eine bestimmte Vorstellung vom Menschen, seinem Wesen, seinen Aufgaben und Lebensformen auch deutlicher aus.

1. Das Recht dieser Zeit geht unhinterfragt davon aus, daß der Mensch ein Geschöpf Gottes ist und in einer Beziehung zu Gott

2 Siehe dazu den Überblick bei Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967, S. 189-203, 322-339; zu den Polizeiodnungen Gustav K. Schmelzeisen, *Polizeiodnungen und Privatrecht*, Münster/Köln 1955 sowie die Quellenpublikation *Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands*, Bd. 2, *Polizei- und Landesordnungen*, bearbeitet von Gustav K. Schmelzeisen, 2 Halbbde., Köln u. a. 1968/69. Inwieweit die früheren Polizeiodnungen schon eine bewußte Gestaltung des Rechts anstrebten, ist zweifelhaft, siehe Jürgen Weitzel, »Merkantilismus und zeitgenössische Rechtswissenschaft«, in: V. Press (Hg.), *Städtewesen und Merkantilismus in Mitteleuropa*, Köln 1983, insbes. S. 65-76. Für die Gesetzgebungswerke des 18. Jahrhunderts, aus der Hoch-Zeit des Absolutismus, steht dies außer Frage – zu nennen sind der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis von 1756, das preußische allgemeine Landrecht von 1794 und das – schon im 18. Jahrhundert begonnene – österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) von 1811.

steht. Das folgt nicht allein daraus, daß das Recht insgesamt als Teil einer religiös interpretierten Weltordnung – die Welt als Schöpfung Gottes – verstanden und als darin gegründet angesehen wurde. Diese Einbindung des Rechts wurde etwa in den Bauernaufständen am Anfang des 16. Jahrhunderts nachhaltig aktualisiert.³ Das religiös geprägte Menschenbild zeigt sich ebenso und konkret faßbar darin, daß und wie das Recht bestimmte Pflichten aus der Beziehung zu Gott festlegt, vor allem diejenigen, am wahren, einmal angenommenen Glauben festzuhalten, keine falschen religiösen Lehren zu verbreiten, die Gott beleidigen und die Gläubigen in Gefahr bringen, und schließlich nicht zum Lächerer gegen Gott zu werden.⁴ Der Glaube wird als rechtsartiges Treueverhältnis begriffen, der Abfall vom Glauben, die Ketzerei, erscheint als Treuebruch und Verrat, außerdem als Gefahr für die Grundlage der politischen Ordnung. So ist es Aufgabe der weltlichen Gewalt, Abfall vom Glauben und die Verbreitung falscher Lehren zu hindern sowie die Lächerer gegen Gott zu bestrafen, die beleidigte Majestät Gottes zu rächen.⁵ Wurden diese Vergehen und Verbrechen gesühnt und

3 Horst Buszello u. a. (Hg.), *Der deutsche Bauernkrieg*, Paderborn/München u. a. ³1995; Peter Blickle, *Die Revolution von 1525*, München ³1993. In den 12 Artikeln der Bauern von 1525 heißt es u. a.: »Ist der Brauch bisher gewesen, daß man uns für Eigenleute gehalten hat, welches zu erbarmen ist, da uns Christus alle mit seinem Blutvergießen erlöst und erkauft hat, den Hirten gleich als wohl den Höchsten, keinen ausgenommen. Darum erfindet sich mit der Schrift, daß wir frei sein sollen und wollen.« Vgl. Günther Franz (Hg.), *Quellen zur Geschichte des deutschen Bauernstandes in der Neuzeit*, Darmstadt 1963, S. 16 (No. 5). Zur religiösen Einbindung des Rechts im mittelalterlichen Rechtsdenken siehe Adolf Laufs, *Rechtsentwicklungen in Deutschland*, Berlin ⁵1996, S. 17-31.

4 Durch kaiserliche Gesetze, insbesondere Friedrichs II., päpstliche Bullen (Innozenz IV.) sowie theologische Lehren wurden hartnäckige Häretiker der Todesstrafe ausgesetzt, vgl. hierzu die Darlegungen von Joseph Lecler SJ, *Geschichte der Religionsfreiheit im Zeitalter der Reformation* (Orig.: *Histoire de la tolérance au siècle de Réforme*), Bd. 1, Stuttgart 1965, S. 148-161. Juristen und Kanonisten konnten sich dafür u. a. auf Anordnungen des spätrömischen Kaisers Theodosius d. Gr. (379-395) berufen, die den Abfall zum Heidentum und jede Form des heidnischen Kults verboten und die Häresie, namentlich bei den Manichäern, mit der Todesstrafe bedrohten, vgl. Karl Leo Noethlich, *Die gesetzgeberischen Maßnahmen der christlichen Kaiser des vierten Jahrhunderts gegen Häretiker, Heiden und Juden*, Köln 1971, S. 161-188.

5 Dies tritt vor allem in den Auseinandersetzungen der Reformationszeit hervor, als die Frage des Glaubensabfalls zu einem brennend aktuellen Problem wurde. Über die Position, die hierzu von Katholiken, Lutheranern und Reformierten

Gott dadurch Genugtuung geleistet, war und blieb für den bestrafte Täter – das war die Auffassung der Zeit – der Weg zum Heil, zu seiner ewigen Seligkeit (wieder) offen.

Es war freilich auch dieses religiös geprägte Menschenbild, von dem im Zuge der Glaubensspaltung ein Impuls ausging, das Recht aus der Einbindung in die religiöse Wahrheitsordnung zu lösen. Veranlaßt durch die Glaubensspaltung, stellte sich für das Recht die Frage, wie die Menschen unter der Bedingung dieser Glaubensspaltung weiter miteinander leben können. Die Teilung der Christenheit war ein Dissens in der religiösen Wahrheitsfrage, und diese duldet keine Kompromisse. Die Einheit im Glauben (als den Gott geschuldeten Gehorsam) mit Feuer und Schwert zu erhalten oder wieder herzustellen wurde verschiedentlich versucht, brachte vielfaches Leid über die Menschen, erwies sich aber letztlich als undurchführbar. Und es erhoben sich dagegen Bedenken und Widerspruch auch von theologischer Seite. Erasmus und der junge Luther – beim älteren Luther liest es sich anders – stritten dafür, daß dem Irrglauben und der Ketzerei nur durch Dialog und Überzeugung, nicht aber durch das Schwert begegnet werden könne.⁶ Die politische Unlösbarkeit des Glaubenskonflikts führte schließlich dazu, daß einerseits dem Landesherrn die Religionshoheit für sein Territorium (*cuius regio eius religio*) überlassen, andererseits aber dem einzelnen ihr gegenüber zunächst kleinste, dann sich erweiternde rechtliche *Freiheitsräume* zuerkannt wurden: das *beneficium emigrationis* im Augsburger Religionsfrieden, die »private« Glaubens- und Gewissensfreiheit im Westfälischen Frieden.⁷

So spärlich diese Rechte zunächst waren, sie bedeuteten bereits einen Paradigmenwechsel. Sie kamen dem einzelnen selbst, als In-

eingenommen und von den Herrschern mannigfach vollzogen wurde, eingehend Joseph Lecler SJ (Anm. 4), S. 231-490.

6 Zu Erasmus siehe Joseph Lecler SJ (Anm. 4), S. 192-208. Für Luther siehe einerseits seine Schrift *Von weltlicher Obrigkeit*, WA Bd. II, S. 266-269, andererseits die Auslegung des 82. Psalms, WA Bd. 31, I, S. 208 f. und die Stellungnahme gegen die Wiedertäufer von 1536, WA Bd. 50, S. 11-13; dazu Johannes Heckel, *Lex Charitatis*, Köln u. a. 1973, S. 308-311 und Martin Honecker, »Martin Luther und die Politik«, in: *Der Staat* 22, 1983, S. 483 f.

7 Abschied des Augsburger Reichstags von 1555, § 24, hierzu Martin Heckel, Art. »Augsburger Religionsfriede«, in: *Evangelisches Staatslexikon*, Stuttgart 1987, Bd. I, Sp. 112-117; zum Umfang von IPO Art. V, § 34 vgl. Wilhelm Kahl, *Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik*, Freiburg i.Br. 1894, S. 316 f.

dividuum, um seines Glaubens und Gewissens willen zu und lösten ihn insoweit aus Gemeinschaftsbindung und rechtlicher Abhängigkeit heraus. Der Grund- oder Landesherr konnte demjenigen, der um der Übung seines Glaubens willen Grundherrschaft oder Territorium verlassen wollte, nicht eine bestehende Dienst- oder Vasallenpflicht entgegenhalten, die den Wegzug nicht zulasse. Das glaubensbezogene Freiheitsrecht der Person prävalierte gegenüber allen bestehenden rechtlichen Einbindungen; nicht diese, sondern es selbst setzte sich durch. Georg Jellinek hat recht, wenn er in diesem Recht der Glaubensfreiheit, so bescheiden es zunächst war, den Ursprung der modernen, individuellen Freiheitsrechte gesehen hat, die den Einzelnen auf sich stellen und das Individuum aus bestehenden Gemeinschaftsbindungen herauslösen.⁸ Der einzelne wird als Subjekt aus sich selbst, vor aller Einbindung und diese transzendierend, anerkannt. Und dies kommt ihm zu um seines Glaubens willen, der religiösen Beziehung zu Gott, der ihn geschaffen hat. Es wurde damit ein Keim in das Recht hineingesetzt, der sich ausbreitete und weit in den säkularen Bereich hinein entfaltete.

2. Im übrigen zeigt sich das Bild vom Menschen, das dem Recht zugrunde liegt, in folgender Weise: Der Mensch steht und lebt zu dieser Zeit notwendig und ungeteilt in Gemeinschaften; er erscheint als *animal sociale et politicum*, und zwar nicht abstrakt, im Sinn einer allgemeinen Gemeinschaftsverwiesenheit, sondern sehr konkret als Glied von Gemeinschaften. Er lebt in vielfältigen Gemeinschaftsbeziehungen, die teils herrschaftlich, teils auch genossenschaftlich strukturiert sind. Primär als Angehöriger oder auch Glied solcher Gemeinschaften hat der einzelne sein Recht und steht er im Recht; es ist durch Bindungen und Abhängigkeiten, aber auch durch geringere oder größere Freiheiten gekennzeichnet.

8 Georg Jellinek, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, München u. a. ⁴1927, S. 46-51, dargelegt am Beispiel der Verbürgungen der Religionsfreiheit in den Gründungsstaaten in Nordamerika. Zur Entwicklung in England Günter Birtsch, »Gewissensfreiheit als Argument in England vom 16. zum 18. Jahrhundert«, in: Günter Birtsch (Hg.), *Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft*, Göttingen 1987, S. 88-116. Vgl. auch Horst Dreitzel, »Grundrechtskonzeption in der protestantischen Rechts- und Staatslehre im Zeitalter der Glaubenskämpfe«, ebd., S. 180-214. Ein verfahrensrechtliches Pendant hierzu sind die Habeas-Corpus Rechte, wie sie zuerst 1679 in England im Habeas Corpus Act formuliert wurden. Sie sind ebenfalls als Rechte des einzelnen, auf sich gestellten Individuums konzipiert und formuliert.

net.⁹ Daraus ergibt sich der rechtliche *Status*, der die Stellung des einzelnen innerhalb der Gesellschaft näher qualifiziert. So erscheint die Gesellschaft selbst als eine nach Ständen gegliederte und geordnete, die Stände haben nicht nur sozialen, sondern herrschaftlich-politischen Charakter; die Gesellschaft insgesamt ist eine »societas civilis cum imperio«,¹⁰ innerhalb deren das Imperium in konkreten Herrschaftsbeziehungen gestreut ist, noch nicht bei der staatlichen Gewalt voll konzentriert, wonach diese zunehmend strebt. Wer solch statusmäßiger, gliedhafter Zugehörigkeiten entbehrt, ist in einem spezifischen Sinn rechtlos, er kann für seine Teilhabe am Recht nicht zugeordnet werden, gerät leicht unter die landschädlichen Leute, die den Flugsand der Gesellschaft bilden. Um dem zu wehren, sucht man die Menschen soweit möglich »standhaft« zu erfassen, erläßt Regelungen auch für die Bettler und Ordnungen für die unehrbaren Berufe.¹¹

Die Aufgaben, die der häuslichen und insbesondere der politischen Gemeinschaft, der städtischen oder landesherrlich-staatlichen Obrigkeit obliegen, sind weitgreifend. Sie spiegeln die umfassende Einbindung in diese Gemeinschaften, die für die Stellung

- 9 Otto Brunner, »Die Freiheitsrechte in der altständischen Gesellschaft«, in: ders., *Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte*, Göttingen 1968, S. 187-198; Hermann Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 2, Karlsruhe 1966, S. 208-223.
- 10 Die Formulierung findet sich bei August Ludwig Schlözer, *Allgemeines Stats Recht*, Göttingen 1793, S. 4; vgl. auch ders., *Stats Anzeigen* 17, 1792, S. 354. Sie wird dort freilich schon im Blick auf den Staat gebraucht, der sich als zunehmend alleiniger Inhaber des Imperiums von der *societas civilis extra imperium* abgrenzt.
- 11 Die Landes- und Polizeiordnungen lassen das auf Schritt und Tritt erkennen. Die Reichspolizeiordnung von 1577 hat eigene Titel: »Von den herrenlosen und gardenden Knechten« (VII.), »Von den Bettlern und Müßiggängern« (XXXII.) und »den Zigeunern« (XXXIII.); die Bayerische Landesordnung von 1533 handelt im 6. Buch »Von den Petlern« und »den Zigeunern und unbekanntem argwenigen Leuten«; die Württembergischen Landesordnungen von 1621 im Titel 50 von Wundärzten und Barbieren, die damals den unehrbaren Berufen zugerechnet wurden. Die Nachweise hierzu in der Dokumentation von Gustav K. Schmelzisen (Bearb.), *Polizei- und Landesordnungen*, 1. Halbband (wie Anm. 2). Über den Zusammenhang von Recht und Ehrbarkeit schon Otto v. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Bd. I, Leipzig u. a. 1895, S. 416-419; für die neuere Forschung vgl. Klaus Schreiner, »Verletzte Ehre. Ritualisierte Formen sozialer, politischer und rechtlicher Entehrung im späten Mittelalter und der beginnenden Neuzeit«, in: Dietmar Willoweit (Hg.), *Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts*, Köln u. a. 1999, S. 263-335.

der einzelnen bestimmend war. Nicht nur die Herstellung und Gewährleistung von öffentlichem Frieden und Sicherheit sowie Freiheit der einzelnen und vertragliche Autonomie sind Ziel und Inhalt dessen, was das Recht gebietet und die Obrigkeiten anstreben. Vielmehr normiert das Recht in weitem, uns heute eher erschreckendem Umfang auch die gesamte jeweilige Berufstätigkeit und das persönliche Verhalten, die Lebensführung. Das Regulativ bildet die Verpflichtung auf den gemeinen Nutzen,¹² zunehmend mit der Ausbreitung polizeistaatlichen Denkens. Aber der gemeine Nutzen erstreckt sich über das gedeihliche Zusammenleben der Menschen hinaus auch auf ihr gutes Leben, die *eudaimonia*, verstanden als ein Leben in Sittsamkeit und Ehrbarkeit, ohne Müßiggang, Verschwendung, Rauferei und Trinkgelage; dieses Leben trägt dann seinerseits zum gemeinen Nutzen bei. Greifbar wird dies an den zahlreichen Polizei- und Landesordnungen¹³ und ferner an der Polizeiliteratur.¹⁴ Orientierungspunkt ist hier das Wohl der Bürger oder Untertanen. Es wird nicht als Ermöglichung individueller Freiheit und Autonomie verstanden, sondern als Hinführung zum tugendhaften und nützlichen Leben, an jeweils dem Ort, wo die betreffenden Menschen in der ständisch geordneten Gesellschaft

- 12 Zur Funktion und dem Wandel des Begriffs gemeiner Nutzen Winfried Schulze, »Ständische Gesellschaft und Individualrechte«, in: Günter Birtsch (Anm. 8), S. 171-179.
- 13 Überblick in der von Gustav K. Schmelzeisen bearbeiteten Dokumentation der Polizei- und Landesordnungen (wie Anm. 2); schon die Titelüberschriften zeigen, wie umfassend und detailliert Berufshandeln und Lebensführung geregelt wurden. Für die jüngere Literatur vgl. K. Härter/M. Stolleis, »Einleitung«, in: dies. (Hg.), *Repertorium der Policyordnungen in der frühen Neuzeit*, Bd. 1, Frankfurt/M. 1996, S. 1-36 und Peter Moraw, »Über Landesordnungen im deutschen Spätmittelalter«, in: H. Duchhardt/G. Melville (Hg.), *Im Spannungsfeld von Recht und Ritual*, Köln u. a. 1997, S. 187-201.
- 14 Repräsentativ etwa J. H. G. von Justi, *Grundsätze der Policy-Wissenschaft*, Göttingen 1756 (1759); J. von Sonnenfels, *Sätze aus der Polizey-, Handlungs- und Finanz-Wissenschaft*, 2 Bde., Wien 1765-1769 (1804); Johann Jacob Moser, *Von der Landeshoheit in Policy-Sachen*, Frankfurt 1773 und Günther Heinrich von Berg, *Handbuch des deutschen Policyrechts*, Teil 1-5, Hannover 1795-1799. Hierzu Hans Maier, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre (Polizeiwissenschaft)*, Neuwied u. a. 1966, S. 116-183, 249-261; Franz-Ludwig Knemeyer, Art. »Polizei«, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. IV, Stuttgart 1978, S. 875-897 sowie Peter Preu, *Polizeibegriff und Staatszwecklehre*, Göttingen 1983; siehe auch Peter Nitschke, »Von der Politeia zur Polizei«, in: *ZHF* 19, 1992, S. 1-27.

stehen. Johann Jacob Moser zählt zur Polizei »diejenigen landesherrlichen Rechte und Pflichten [...], welche die Absicht haben, der Untertanen äußerliches Betragen im gemeinen Leben in Ordnung zu bringen und zu erhalten, wie auch ihre zeitliche Glückseligkeit zu befördern.«¹⁵

Die so gesehene Polizeigewalt greift weit aus. Sie umfaßt Berufspolizei ebenso wie Sitten- und Aufwandspolizei, Haus- und Wirtschaftspolizei und anderes mehr. In ihren Maßnahmen und Reglementierungen verbindet sich Sorge für die Wohlgeordnetheit mit dem Verfolg merkantilistischer Nützlichkeit. Drei Beispiele mögen das verdeutlichen.

Die *Berufspolizei* kann, »wenn [...] unbemittelte Manns- oder Weibspersonen aus Faulheit oder Hochmut nicht dienen wollen, sondern von ihrem Wenigen herunter zehren, indessen nichts erwerben, und endlich, wenn das Ihrige all [...], betteln müßten«, diese Personen »sehr wohl nötigen, zu dienen«. ¹⁶ Andererseits kann der Landesherr seine Untertanen einschränken, wenn sie gewisse, an sich erlaubte Lebensarten erwählen wollen, das gemeine Beste aber, den dermaligen Umständen des Landes nach, darüber Schaden leiden würde.¹⁷ Gedacht ist konkret daran, daß sich zu viele Leute aufs Studieren verlegen und dann ihr Brot dabei nicht finden und mit oder ohne Willen Müßiggänger werden.¹⁸

Die *Sitten- und Aufwandspolizei* kümmert sich um die Kleidung der Untertanen, ihre Feste und oft allzu üppigen Mahlzeiten. Die ratio ihres Vorgehens ist, »1. damit so wenig als möglich Geld vor dieselbige zum Land hinausgehe; 2. daß überhaupt die Untertanen sich nicht durch einen das Verhältnis ihres Vermögens übertreffenden Aufwand hierin selber Schaden tun; 3. damit auch äußerlich ein Unterschied zwischen den verschiedenen Ständen und Graden der Untertanen verbleibe«. ¹⁹ Demgemäß bestimmt eine Verordnung des Herzogtums Lauenburg von 1774 bei Hochzeiten im Detail die Zahl der zugelassenen Gäste und Gerichte, unterschiedlich

15 Johann Jacob Moser (Anm. 14), Kap. 1 § 2, S. 2.

16 Johann Jacob Moser (Anm. 14), Kap. 5 § 2, S. 90.

17 Johann Jacob Moser (Anm. 14), Kap. 5 § 3, S. 91.

18 Ebd.

19 Johann Jacob Moser (Anm. 14), Kap. 6 § 7, S. 106. Vgl. ferner Liselotte Constanze Eisenbart, *Kleiderordnungen der deutschen Städte zwischen 1350 und 1700*, Göttingen u. a. 1962, S. 33-35, 103.