

# Rechtsgeschichte

[www.rg.mpg.de](http://www.rg.mpg.de)

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg19>  
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 19 (2011)  
<http://dx.doi.org/10.12946/rg19/107-113>

Rg **19** 2011 107 – 113

**Hans-Peter Haferkamp**

## Privatrecht? Öffentliches Recht? Recht!

## Privatrecht? Öffentliches Recht? Recht!

»Rezeption, öffentlichrechtlich«. Der Beitrag von Michael Stolleis im vierten Band des Handwörterbuchs zur Deutschen Rechtsgeschichte aus dem Jahr 1990 lässt bis heute seine provokative Kraft spüren. »Rezeption«, das bezieht sich doch auf das Römische Recht. Römisches Recht, das bezieht sich doch auf das Privatrecht. Was soll das Thema?

Die Forschungslücke, die Stolleis hier deutlich machte, die Frage nämlich, welche Bedeutung das Römische und Kanonische Recht für die Entwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts hatten, war riesig. Weitere Lücken kamen hinzu: Die Rechtswissenschaftsgeschichte des Öffentlichen Rechts, neue Abschnitte der Gesetzgebungsgeschichte, die Geschichte der Verwaltung – wohin man sah: »Hic sunt leones.«

Das Projekt war also von Anfang an ein Gegenprojekt. Es war gerichtet gegen die »Privatrechtsgeschichte der Neuzeit«. Diese entstand in den 1930er Jahren und war ebenfalls ein Gegenprojekt – indem man gegen eine antikisierende Romanistik und eine mediaevistisierende Germanistik die »Deutsche« Entwicklung der Neuzeit betonen wollte. Man, d. h. die »Germanisten« und die »Romanisten«, wollte dabei zusammenarbeiten, und es ist interessant zu sehen, dass dieses Projekt die Neuzeit viel stärker betonte als die Autonomie des Privatrechts. Die Linie war zeittypisch anti-liberal. Infolge einer Neudeutung der Rezeption als Verwissenschaftlichung erzählte man, unter weitgehender Ausblendung des materiellen Römischen Rechts, in der Sprache der Methodengeschichte von der »Entartung« des zu logischen und zu liberalen Gemeinen Rechts des 19. Jahrhunderts und der Rückkehr zur materialen Gemeinschaftsorientierung des Privatrechts im 20. Jahrhundert. In den 1940er Jahren arbeitete man dabei mit ideologisierten Lebensordnungen wie »Boden«, »Arbeit« oder »Familie«, bei denen Freiheit nie ohne »Gemeinschaftsvorrang« gedacht wurde. Diese Privatrechtsgeschichte war für heutige Augen ziemlich öffentlich-rechtlich.

Nach 1945 wurde der Staat als Untersuchungsobjekt für die überwiegend nationalsozialistisch belasteten Rechtshistoriker problematisch. Das Zivilrecht wurde nun als politisch weniger heikle

Materie wieder entdeckt. Die vor allem von Coing und Ganshof entworfene europäische Perspektive schied die historisch ja fast durchweg nationalen staatsrechtlichen Fragen als gemeinsames Thema aus und betonte die Seiten des Römischen Rechts, die sich von der Privatautonomie ableiten ließen. Die Privatrechtsgeschichte der Neuzeit wurde privatrechtlicher als je zuvor. Zudem rückte das materielle Recht gegenüber der zuvor forschungsleitenden Ideengeschichte in den Blick. Es ging nicht mehr um die Methode, sondern den Stoff des Privatrechts. Damit war romanistische Kompetenz gefragt und die Zusammenarbeit zwischen »Romanisten« und »Germanisten« wurde aufgekündigt. Die Geschichte des Öffentlichen Rechts reagierte damit auf eine ihrerseits radikalisierte Privatrechtsgeschichte, die das Öffentliche Recht als Bezugspunkt weitgehend ausklammerte.

Die Geschichte des Öffentlichen Rechts startete auch in weiteren Perspektiven als Gegenprojekt. Sie nahm Partei in den Methodendebatten, die in der Rechtsgeschichte seit den 1970er Jahren geführt wurden. Es ging gegen Dogmengeschichte, gegen die »zivilistische« Methode, gegen die Nähe zur geltenden Jurisprudenz, gegen Anwendungsbezug. Viele Gegenpositionen also: Öffentliches Recht vs. Privatrecht; Germanist vs. Romanist; Geschichtswissenschaft vs. Rechtswissenschaft; Sozialgeschichte vs. Dogmengeschichte. In den 1980er und 1990er Jahren gerieten diese Gegensätze zu Grabenkämpfen, indem sich Lager bildeten, welche die bisweilen gleichermaßen zugespitzten Positionen einer »kontemplativen« oder einer »applikativen« Rechtsgeschichte verteidigten. Was eigentlich eine hochwillkommene Ergänzung sein sollte, blieb Gegenprogramm.

Der Pulverdampf hat sich verzogen. Was bleibt ist die Erkenntnis, dass die methodische Selbstreflexion der Rechtsgeschichte sicher notwendig war, durch die aus ihr folgenden Lagerbildungen aber auch viele Probleme hinterlassen hat. Das wohl wichtigste Problem ist, dass die soziale Lebenswirklichkeit der Menschen in Ausschnitte zerrissen wird, die jedenfalls sozialgeschichtlich nicht als Wasserscheide taugen. Den Fokus lenken dabei unterschiedliche Rechtsbegriffe.

In der Privatrechtsgeschichte werden in der Normsetzung solche Rechtsbereiche betont, die sozusagen selbstgesetzgebend entstanden, wie das *Ius Commune*, ein Recht, das »sich selbst macht« (Gustav Hugo), gebildet von Rechtswissenschaft und

Justiz, ohne Staat. Erzählt wird hier die Geschichte der Privatautonomie. Das ist in doppelter Hinsicht nicht ohne Probleme. Von der Vorstellung einer Privatautonomie lässt sich ideengeschichtlich eigentlich erst seit etwa 1800 sprechen. Die Erzählung eines Ius-Commune-Diskurses über Rechtsmaterien, die wir heute als privat-autonom unterfüttert verstehen, impliziert zudem, dass auch die soziale Wirklichkeit solche privaten Freiheitsräume anerkannte, was für das Alte Reich und gar für das Mittelalter oft nur sehr begrenzt zutrifft.

Die Geschichte des Öffentlichen Rechts hat es im Bereich der Rechtswissenschaftsgeschichte leichter. Hier ist es zunächst ganz nahe liegend von zwei getrennten Gegenständen auszugehen, indem an den Universitäten seit etwa 1600 Ius Publicum als eigenes Fach abgesondert wurde. Man kann mit zeitgenössischer Begrifflichkeit arbeiten, die Abgrenzung wird in der konstanten Begrifflichkeit des universitären Fächerkanons aufgefangen. Hier bleiben zudem viele Berührungen zur Ius-Commune-Forschung, weil auch das Ius Publicum überterritoriale Fragestellungen betonte. Mit Blick auf eine Sozialgeschichte des Öffentlichen Rechts werden die Trennlinien zur Privatrechtsgeschichte schärfer. Blickrichtung ist dabei die Staatenbildung der Neuzeit. Die Rechtsgeschichte wird konsequent territorial, die betrachteten Normen sind obrigkeitlich, gefragt wird nach Steuerung.

Erzählt wird hier die Geschichte obrigkeitlicher Steuerung, dort die der privaten Selbstorganisation. Beide Forschungsrichtungen klammern dabei Normschichten aus, die zum Verständnis des Gesamtbildes unerlässlich sind. Da sie mit unterschiedlichen Methoden und Fragestellungen arbeiten, kommt darüber bisher auch kein Gespräch zustande. Eine Rechtsgeschichte, die sich für die soziale Wirklichkeit interessiert, macht sich mit diesen Lagerbildungen, den Kompetenz- und Methodentrennungen, das Leben schwer. Dies zeigt deutlich der Umgang beider Lager mit den Policyordnungen.

1936 begannen Wolfgang Kunkel, Hans Thieme und Franz Beyerle eine Sammlung von »Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands« herauszugeben. Beyerle sah sich vor einem Neuanfang: »Unter dem Einfluß des romantischen Geschichtsbildes büßte zu Beginn des 19. Jahrhunderts das neuere Privatrecht die Gunst und Pflege ein, welche es einst – als Einführung in das vielfältige Bild partikularer Rechte – genossen hat.« Privatrecht

war also nicht das, was die Pandektistik und ihr nachfolgend das BGB darunter verstanden. Der bekennende Germanist<sup>1</sup> Beyerle kritisierte die Privatrechtsgeschichte seit dem Mittelalter als einen »zunehmenden Romanisierungsvorgang«. Privatrecht war für ihn die Regelung des »allgemeinen bürgerlichen Lebensraumes«. Dies umfasste gerade auch die von Germanisten betonten Pflichtenbindungen und daher interessierten Beyerle die »Ordnungen des bürgerlichen Lebens« auch insoweit, als diese die »Auswirkungen territorialer Zwangs- und Planwirtschaft« widerspiegeln.<sup>2</sup> Unter die Texte, die »für die allgemeine Lage kennzeichnend, für die Fortentwicklung wichtig sind«, fielen daher als »Sondergesetzgebungen« auch die Policeyordnungen. Auf Anregung Beyerles gab Gustav Klemens Schmelzeisen als Band 2 der Quellensammlung, nach langer Vorarbeit,<sup>3</sup> 1968 Polizei- und Landesordnungen heraus. Schmelzeisen arbeitete weiter mit den alten Argumenten. Er kritisierte einen zu engen Privatrechtsbegriff der Privatrechtsgeschichte und trug die Kritik fort, die auch die Diskussion unter dem Nationalsozialismus geprägt hatte.<sup>4</sup> Die Privatrechtshistoriographie könne »kein völlig zutreffendes Bild [...] gewinnen, wollte sie sich bloß an die privatrechtlichen Gesetze halten. Sie muß die Rechtswirklichkeit als ein Ineinander von Privatrecht und Polizeirecht zu begreifen suchen.«<sup>5</sup> Schmelzeisens Privatrechtsbegriff betonte die Pflichtenbindung: »Dem Recht entspricht die Pflicht, deren Erfüllung den Inhalt der Rechtsmacht verwirklicht. Was fallweise pflichtgemäß war, ergab sich im Mittelalter noch weithin aus dem überlieferten und unmittelbar gelebten sozialen Ethos. Als dieses mit der Lockerung der altständischen Verhältnisse an zwingender Kraft verlor, wurde es notwendig, den Pflichtgedanken rechtlich schärfer zu profilieren. An dieser Stelle setzte das polizeiliche Rechtsgebot ein. Im Polizeirecht liegt der Schwerpunkt nicht so sehr beim subjektiven Recht wie bei der Pflicht. Damit tritt die soziale Seite der Rechtsordnung in ein helleres Licht.«<sup>6</sup>

Policeyordnungen waren für Schmelzeisen deshalb Teil des Privatrechts, weil dieses in der genossenschaftlichen Denktradition der Germanistik als Verschmelzung privater und öffentlicher Interessenbereiche verstanden wurde. Policeyordnungen waren Ausdruck des Pflichtgedankens und als solche Kernbereich eines germanistischen Privatrechtsbegriffs. Nicht zu verkennen war freilich, dass mit der Europäisierung der Perspektive das Projekt von Schmelzeisen eine Episode blieb. Policeyordnungen verschwanden

- 1 »Der Darsteller ist Germanist«, F. BEYERLE in seinem Vorwort zur Gesamtausgabe, in: Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, hg. von F. BEYERLE, Weimar 1936.
- 2 BEYERLE, Vorwort zur Gesamtausgabe (Fn. 1).
- 3 Dem Vorwort in: Polizeiordnungen und Privatrecht, Münster 1955 zufolge, begann Schmelzeisen mit dem Thema im Jahr 1940.
- 4 Zu Schmelzeisens nationalsozialistischen Aktivitäten: F. GOL-

CZEWSKI, Kölner Universitätslehrer während des Nationalsozialismus, Köln 1988, 317 ff.; TH. HOLLSTEIN, Die Verfassung »Allgemeiner Teil«, Tübingen 2007, 61 ff.; knapp auch G. KÖBLER, Deutsche Rechtshistoriker, Gießen (Lahn) 2006, 209 f. Im Schriftenverzeichnis Schmelzeisens von P. HÄBERLE, Festschrift Schmelzeisen, Stuttgart 1980, 383 ff. fehlt etwa die in drei Auf-

lagen erschienene Schrift: Das Recht im nationalsozialistischen Weltbild.

- 5 G. K. SCHMELZEISEN, Einleitung, in: Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, hg. von G. K. SCHMELZEISEN, Bd. 2, Köln 1968, 1.
- 6 G. K. SCHMELZEISEN, Das polizeiliche Rechtsgebot in der neueren Privatrechtsgeschichte, Karlsruhe 1967, 7.

im veränderten Privatrechtsbegriff weitgehend aus der Privatrechtsgeschichte.

Als Michael Stolleis 1991 mit dem Policy-Projekt begann, bestimmten ganz andere Fragen die Perspektive. Es ging um die Entstehung des modernen Staates, Sozialdisziplinierung, Konfessionalisierung, Devianz oder Normdurchsetzung. Von Anfang an wurden damit Fragestellungen aus der Geschichtswissenschaft aufgegriffen. Zu der älteren privatrechtshistorischen Forschung wurde deutlich Distanz aufgebaut: »Allzulange dominierte das Interesse am gemeinen Recht, wohl auch deshalb, weil es hier eine ausgearbeitete wissenschaftliche Tradition gibt, in die sich der zivilrechtlich vorgebildete Forscher leicht einordnen kann. Es mochte auch lohnender erscheinen, den Scharfsinn an tradierten dogmatischen Problemen zu üben als in den Alltag der Verwaltung herunterzusteigen, in dem das gelehrte Recht kaum eine Rolle spielte.«<sup>7</sup>

Überall Gegenbilder: territorial vs. europäisch; Alltag vs. Theorie; Archivarbeit vs. Studium der gelehrten Literatur; Historiker vs. Jurist.

Damit standen sich zwei ganz anders blickende, kaum zu vereinbarende Geschichten des Privatrechts der Neuzeit gegenüber, die – paradoxerweise – beide besonders an den Grenzen zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht interessiert waren.

Die eine Geschichte erzählte eine Geschichte des Privatrechts<sup>8</sup> als Krise der Vertragsgerechtigkeit. Gezeigt wurde ein selbstreferentieller Diskurs der europäischen Rechtswissenschaft, unterfüttert von geistesgeschichtlichen Großlinienziehungen. Das 19. Jahrhundert wurde zum Jahrhundert überzogener Freiheit, liberalistisch eben. An der Privatautonomie interessierten daher besonders ihre Schranken, da das 20. Jahrhundert als eine Abkehr von einer überzogenen Privatautonomie inszeniert wurde. Als Schranken wurden dabei innerprivatrechtliche Konzepte betont: Treu und Glauben, Rechtsmissbrauch, Gute Sitten etc. Es ist vor allem der Richter, der hier als Kontrolleur des Privatrechts erschien. Juristische Methode bot die Brücke zwischen Gesetz und Gerechtigkeit. Policyordnungen spielen in dieser Perspektive bis heute kaum eine Rolle. Im Historisch-kritischen Kommentar zum BGB werden in den bisher erschienenen Bänden zum Allgemeinen Teil und zum Allgemeinen Schuldrecht Policyordnungen fast komplett ausgeblendet.<sup>9</sup>

Demgegenüber blickt die Geschichte des Öffentlichen Rechts auf die bürgerliche Welt als Steuerungsproblem. Obrigkeithche

7 Vorwort zu: Policy im Europa der frühen Neuzeit, hg. von M. STOLLEIS, Frankfurt a. M. 1996, VIII.

8 Hierzu H.-P. HAFERKAMP, Wege der Historiographie zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, in: ZNR 2010, 61.

9 Hierzu die berechnete Kritik von M. VEC, Flugschiffe und Stiefkinder. Rechtsgeschichte als historische Kommentierung des gelten-

den Rechts, erscheint in: ZRG GA 2012.

Normsetzung steht im Vordergrund. Das 19. Jahrhundert wird in dieser Perspektive zu einem obrigkeitlichen Jahrhundert, das Feindbild der Privatrechtsgeschichte verschwindet: »Weder die Reformgesetzgebung der napoleonischen Zeit noch die Liberalisierungsimpulse von 1830 und 1848/49 haben die älteren Fundamente wohlfahrtsstaatlichen Denkens wirklich zu erschüttern vermocht. Zu keinem Zeitpunkt war die Gesellschaft stark und selbstbewusst genug oder auch nur willens, den Staat auf ›Sicherheitspolizei‹ zu reduzieren und ihm die Sorge für die ›Wohlfahrt‹ der Bürger zu verbieten.« Prägend für das Jahrhundert sei vielmehr »in säkularisierter Form die alte, in Deutschland besonders intensiv ausgeprägte Traditionslinie obrigkeitlicher christlicher Wohlfahrtspflege«. <sup>10</sup> Die Welt der Pandektistik mit ihren an der ›Willensmacht‹ des Rechtssubjekts orientierten dogmatischen Konzepten wird zur blanken Theorie.

Es liegt auf der Hand, dass die bisherige Betonung einer Privatrechtsgeschichte als dogmatischer Diskurs des Gemeinen Rechts nicht in der Lage ist, über die Rechtswirklichkeit Auskunft zu erteilen. Auf der anderen Seite erzählt die Geschichte des Öffentlichen Rechts zwar die Gegengeschichte der Steuerung der bürgerlichen Welt durch den Staat. Blinder Fleck ist hier jedoch die bürgerliche Selbstorganisation, sei es durch die Teilautonomie des Dogmatikdiskurses, sei es durch die kautelare Praxis, sei es durch eine wissenschaftlich und damit staatsfern argumentierende Justiz. Bisher sitzen die Spezialisten der Polizeygesetzgebung streng gesondert von den Spezialisten des *Ius Commune*, getrennt durch Rechtsbegriffe, Methoden und Fragestellungen. In der Realität griffen staatliche Steuerung und privatautonome Gestaltung jedoch in den meisten Bereichen stets interagierend ineinander. Dies zwingt zu einer Dopplung des Blicks, will man Verzerrungen vermeiden. Man kann, wie Ulrich Falk schön gezeigt hat, <sup>11</sup> die Rechtswirklichkeit des Geliebtentestaments im 19. Jahrhundert nicht verstehen, ohne einerseits die behördlichen Geburtensteuerungsversuche durch policeyrechtliche Heiratsverbote mit einzubeziehen und andererseits zu fragen, welche Möglichkeiten für Paare bestanden, eheähnliche Beziehungen durch Vertragsfreiheit anders zu verrechtlichen. Die policeyrechtliche Steuerung eines Kreditmarktes reagierte auf eine Kautelarpraxis, die oft genug auch vom Gemeinen Recht beeinflusst war, das bis in ländliche Regionen hinein durchaus den Alltag mitprägte. <sup>12</sup> Im Bereich von Ehe und

<sup>10</sup> M. STOLLEIS, Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht, hier zitiert nach: DERS., *Konstitution und Intervention*, Frankfurt a. M. 2001, 259.

<sup>11</sup> U. FALK, Zur Sittenwidrigkeit von Testamenten. Grundlinien der Rechtsprechung im 19. und 20. Jahrhundert, in: *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des*

*deutschen Privatrechts (1896–1914)*, hg. von U. FALK, H. MOHNHAUPT, Frankfurt a. M. 2000, 467 ff.

<sup>12</sup> Dies verdeutlicht die Studie von J. THAUER, *Gerichtspraxis in der ländlichen Gesellschaft. Eine mikrohistorische Untersuchung am Beispiel eines altmärkischen Patrimonialgerichts um 1700*, Berlin 2000.

Familie, Erbschaft und Vormundschaft, Kredit und Gewerbe, Arbeit und Bodenordnung verschmolzen Kanonisches Recht, *Ius Commune*, territoriales Recht, Kautelarpraxis und obrigkeitliche *Policey* in ein Regelungsgeflecht, das man nicht auseinander reißen kann, ohne die Lebenswirklichkeit zu verfehlen.

Für einen Blick in die Rechtswirklichkeit ist die Trennung in Privatrechtsgeschichte und Geschichte des Öffentlichen Rechts daher sperrig. Ich verkenne dabei nicht, dass meine Skepsis auch auf eine gewandelte Gegenwart verweist. Neue Deutungsmuster jenseits der Dichotomie zwischen staatlicher Steuerung einerseits und privatrechtlicher Selbstregulierung andererseits werden in der Rechtstheorie diskutiert, um neuen Phänomenen in der globalen Welt eine Erklärung zu geben. In der Rechtsgeschichte hat diese Diskussion jüngst etwa im Konzept der »regulierten Selbstregulierung« anregend gewirkt. Auch hermeneutisch liegt es also »in der Luft«, die alten Unterscheidungen aufzugeben und neue Fragestellungen zu entwickeln.

Michael Stolleis selbst hat auf dieses Problem stets hingewiesen: »Die Neuere Rechtsgeschichte sollte [...] vor allem auch den Austauschvorgängen zwischen den einzelnen Rechtsgebieten Aufmerksamkeit schenken; denn möglicherweise verhält es sich bei relativ gleich bleibendem normativem Bedarf des gesamten politischen Systems wie mit kommunizierenden Röhren. [...] Hierzu müsste auch die der Rechtsgeschichte aus Traditionsgründen eingeprägte ›Zivilrechtslastigkeit‹ überwunden werden.«<sup>13</sup>

Seit diesem Zitat aus dem Jahr 1989 hat sich die Rechtsgeschichte verändert. Michael Stolleis hat mit seiner Geschichte der ›öffentlich-rechtlichen‹ Seite des privaten Lebens eine so weite Flanke der Privatrechtsgeschichtsschreibung offen gelegt, so viele neue Quellen und Perspektiven erschlossen, dass man fast geneigt ist, von einer »Öffentlichrechtslastigkeit« der Neueren Rechtsgeschichte zu sprechen. Dem nun erneut eine Vertiefung der Privatrechtsgeschichte entgegenzuhalten wäre naiv. Was wir jedenfalls mit Blick auf eine Sozialgeschichte des Rechts brauchen ist nicht eine Geschichte des Öffentlichen Rechts als Gegenspieler einer Geschichte des Privatrechts. Was wir brauchen ist eine *Geschichte des Rechts*.

### Hans-Peter Haferkamp

13 M. STOLLEIS, Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht, in: ZNR 1989, 147.