

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg19>
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 19 (2011)
<http://dx.doi.org/10.12946/rg19/309-321>

Rg **19** 2011 309–321

Thomas Simon

Das Polickeyrecht des 18. Jahrhunderts als Teil des »Teutschen Privatrechts«

Zum Verhältnis von »Recht« und »Polickey«

Das Policeyrecht des 18. Jahrhunderts als Teil des »Teutschen Privatrechts«

Zum Verhältnis von »Recht« und »Policey«

I.

Das sog. »Policeyrecht« gilt als Ausgangspunkt bei der Entstehungsgeschichte des modernen Verwaltungsrechts. Es wird daher von Michael Stolleis in der »Geschichte des öffentlichen Rechts« eingehend behandelt.¹ Im Jahre 2000 ist außerdem die von ihm betreute Dissertation von Johann Christian Pauly zur »Entstehung des Polizeirechts als wissenschaftliche Disziplin« erschienen;² sie gibt einen Überblick über die ersten Autoren und deren Publikationen, die unter dem im 18. Jahrhundert noch neuen Titel des »Policeyrechts« bzw. »Ius Politiae« veröffentlicht wurden. Erst seit der Mitte des 18. Jahrhunderts lässt sich in der Literatur die Unterscheidung zwischen einem genuin »policeywissenschaftlichen« und einem spezifisch »policeyrechtlichen« Ansatz beobachten; seitdem gibt es überhaupt erst das Wort »Policeyrecht«. Damals erschienen die ersten Abhandlungen zu diesem Thema; soweit ersichtlich war die in Latein verfasste Arbeit von Johann Heumann die erste, die das »Ius Politiae« im Titel führte.³ Zu Beginn des 19. Jahrhunderts hat es sich dann zwar als Rechtsgebiet etabliert, wenn auch damals immer noch die Berechtigung einer Bezeichnung »Policeyrecht« nachdrücklich in Zweifel gezogen wurde.⁴

Dass es überhaupt so etwas wie ein »Policeyrecht« als eigenes Rechts- oder gar Fachgebiet geben könnte, ließ sich dabei in zweierlei Hinsicht in Frage stellen: Zum einen hob sich das Policeyrecht zunächst nur schwach von der zeitgenössischen Policeywissenschaft ab.⁵ Die Policeywissenschaft war eine politik- und verwaltungswissenschaftliche Disziplin, die im Laufe des 18. Jahrhunderts aus der älteren Politiklehre hervorgegangen war.⁶ Im Mittelpunkt dieser Disziplin stand nicht die Analyse rechtlicher Normtexte, sondern die Entwicklung von Verwaltungsstrategien zur Etablierung einer »guten Policey«, wobei die konkreten politi-

1 M. STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1: Reichspublizistik und Policeywissenschaft 1600–1800, München 1988, 386 ff.

2 J. CHR. PAULY, Die Entstehung des Polizeirechts als wissenschaftliche Disziplin. Ein Beitrag zur Wissenschaftsgeschichte des öffentlichen Rechts, Frankfurt a. M. 2000, 92 ff.

3 J. HEUMANN VON TEUTSCHENBRUNN, Initia iuris politiae Germanorum, Nürnberg 1757.

4 STOLLEIS, Geschichte I (Fn. 1) 388.

5 So auch PAULY, Entstehung (Fn. 2) 12.

6 STOLLEIS, Geschichte I (Fn. 1) 372 ff.

schen Zielsetzungen, welche diese »gute Policy« bestimmten, in erster Linie ökonomisch definiert waren.⁷ Die Handlungsprogramme, die von der Policywissenschaft zur Realisierung solcher Ziele ausgearbeitet wurden, goss diese zugleich in policeyliche Musterordnungen, die der Verwaltung und den Territorialobrigkeiten als Vorlage für die eigene Policygesetzgebung dienen konnten.

Die theoretischen Abhandlungen zum Policyrecht, die nunmehr erschienen, unterschieden sich vom zeitgenössischen policywissenschaftlichen Schrifttum in erster Linie durch ihre veränderte Ausgangsfrage: Es wurde nicht mehr, wie bei der Policywissenschaft, danach gefragt, wie die Policeynormen eines Staates in Hinblick auf bestimmte innenpolitische Ordnungsziele beschaffen sein *müssen*, sondern wie diese Normen in den Territorien des Reichs tatsächlich beschaffen *sind*. Ersteres war Gegenstand der Policywissenschaft: Sie erarbeitete politische *consilia*, die dem Fürsten bestimmte gesetzgeberische Maßnahmen empfahlen.⁸ Die neue »iuris politiae prudentia« sollte sich hingegen nicht mehr mit dem beschäftigen, was anzuordnen für den Gesetzgeber politisch ratsam war, sondern was tatsächlich gesetzlich geboten wurde.⁹

Demgemäß ist die Policywissenschaft bei Günther Heinrich von Berg auch eine »politische« Disziplin: Sie fragt nach den »zweckmäßigsten« Mitteln, »künftige gemeinschädliche Übel im Inneren des Staates abzuwenden«.¹⁰ Das Policyrecht hingegen beschäftigt sich mit den *leges*.¹¹ Es fragt nach den »positiven Rechtsgrundsätze(n), welche sich auf die zur Erhaltung und Beförderung öffentlicher Ordnung und Wohlfahrt unmittelbar abzweckenden Anstalten beziehen«.¹² Es war also die Konzentration auf die faktische Regelungslage, die das spezifisch »Juristische« am Policyrecht ausmachen sollte. Zudem wurden die spezifisch *policyrechtlichen* Texte viel stärker mit gelehrten Allegationen und historischen Exempla ausgestattet, als dies in den *policywissenschaftlichen* Texten der Fall war.

Die Selbständigkeit des Policyrechts ließ sich aber noch aus einer anderen Perspektive in Frage stellen: Es wurde nämlich damals unbestrittenermaßen, aber aus heutiger Sicht doch recht überraschend, als ein Teil des sog. »Deutschen Privatrechts« betrachtet.¹³ Es war daher zunächst umstritten, inwieweit es überhaupt sinnvoll sein könne, aus dieser Rechtsmaterie ein eigenes »Policyrecht« herauszulösen und zu verselbständigen. Noch zu Beginn des 19. Jahrhunderts gab es Stimmen, die, wie etwa der

7 TH. SIMON, »Gute Policy«. Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der Frühen Neuzeit, Frankfurt a. M. 2004, 440 ff.

8 PAULY, Entstehung (Fn. 2) 10.

9 So etwa in der *Initia iuris politiae Germanorum* von Johann Heu-

mann von 1757; es war dies eine der ersten Arbeiten, die sich methodisch ganz bewusst von dem herkömmlichen *policywissenschaftlichen* Ansatz abgegrenzt hat; ebd., 10 ff.

10 G. H. v. BERG, Handbuch des Deutschen Policyrechts, Bd. I, Hannover 1799, 16.

11 Diese Gegenüberstellung bei HEUMANN; zit. nach PAULY, Entstehung (Fn. 2) 29.

12 BERG, Handbuch I (Fn. 10) 17.

13 So etwa in der von PÜTTER herausgegebenen »Juristischen Encyclopädie« von 1767; siehe PAULY, Entstehung (Fn. 2) 39 f. Ebenso noch BERG, Handbuch (Fn. 10), Bd. IV (Hannover 1804): Das Policyrecht wird »gewöhnlich zum teutschen Privatrecht gerechnet« (Kap. I: »Gibt es ein Policyrecht?«, 3).

Publizist Nikolaus Thaddäus Gönner, den Begriff des »Policeyrechts« ablehnten.¹⁴ Die Materien, die man gewöhnlich unter dem Begriff des Policeyrechts sammelte, zählten untrennbar zum Deutschen Privatrecht bzw. zum Staatsrecht; die Abtrennung einer eigenen Rechtsmaterie »Policeyrecht« sei sinnlos.¹⁵

Das Deutsche Privatrecht hatte sich im Laufe des späteren 16. und dann vor allem im 17. Jahrhundert als das *Ius Patriae* von der älteren Gemeinrechtswissenschaft abgelöst,¹⁶ als durch die fortschreitende Verschriftlichung der heimisch-deutschen Partikularrechte eine größere Textgrundlage für ein eigenes, wissenschaftlich gepflegtes Rechtsgebiet entstanden war und zudem die bis dahin allgemein akzeptierten rechtlichen Begründungsmuster für die Geltung des Römischen Rechts brüchig geworden waren. Eine erste Historisierung der Rechtswissenschaft hatte der bis ins 17. Jahrhundert herrschenden Vorstellung, das Römische Recht sei durch kaiserlichen Gesetzgebungsakt Lothar von Supplingenburgs *in toto* im Reich eingeführt worden, die Grundlage entzogen, so dass sich nun die realistischere Vorstellung breit machen konnte, die von einer gewohnheitsrechtlichen Rezeption des Römischen Rechts ausging.¹⁷ Dadurch wurde die Bedeutung der Partikularrechte ebenso betont¹⁸ wie durch die im 18. Jahrhundert rasch zunehmende Territorialgesetzgebung vor allem im Bereich der Policey. Es war nicht zuletzt Klaus Luig, der die Fragestellungen und die Methode des *Ius Germanicum* erforscht hat,¹⁹ und zwar frei von jener eigenartig pathetischen Sprache, von dem diese Forschungsrichtung auch nach dem Zweiten Weltkrieg noch vielfach geprägt war.²⁰ In seinem grundlegenden Aufsatz über die »Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht« zeigt er, wie aus dem »Vergleich verschiedener deutschrechtlicher Quellen« mit partikulärer Geltung »allgemeine Grundsätze des deutschen Rechts« gewonnen werden sollten,²¹ die als Grundlage eines »*Ius Commune Germanicum*« dienen konnten.²² Johann Gottlieb Heineccius hat dann mit den *Elementa iuris Germanici* die »erste Gesamtdarstellung des deutschen Privatrechts als wissenschaftliches System« geschrieben.²³

14 STOLLEIS, Geschichte I (Fn. 1) 388; eingehend hierzu auch PAULY, Entstehung (Fn. 2) 116 ff.

15 BERG (Fn. 13) verweist hier vor allem auf Gönner (1).

16 K. LUIG, Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht, in: Römisches Recht – Naturrecht – nationales Recht, hg. von K. LUIG, Goldbach 1998, 396.

17 Dazu eingehend K. LUIG, Der Geltungsgrund des römischen

Rechts im 18. Jahrhundert in Italien, Frankreich und Deutschland, in: Römisches Recht – Naturrecht (Fn. 16) 12 ff.; DERS., Anfänge (Fn. 16) 396.

18 Sichtbar wird das nicht zuletzt auch darin, dass die Normen des nicht-gemeinen Rechts im 17. und 18. Jh. von den Gerichten zunehmend *ex officio* angewendet wurden; dazu P. OESTMANN, Rechtsvielfalt vor Gericht. Rechtsanwen-

dung und Partikularrecht im Alten Reich, Frankfurt a. M. 2002, 635.

19 Grundlegend vor allem: LUIG, Anfänge (Fn. 16) 395 ff., sowie DERS., Deutsches Privatrecht, in: HRG 1, 2. Aufl. Berlin 2008, 994–1003.

20 Vielsagend hierzu schon das von LUIG (Begriff und Aufgabe des Deutschen Privatrechts aus der Sicht von Heinrich Mitteis, in: Römisches Recht – Naturrecht [Fn. 16] 423 ff.) wiedergegebene Diktum von Heinrich Mitteis zu den Anfängen des *Ius Germanicum*: »Das deutsche Rechtsbewußtsein erwachte aus seiner Betäubung ...« (H. MITTEIS, Deutsches Privatrecht, 1. Aufl., München 1950, 17). Dazu auch D. KLIPPEL, Das Deutsche Privatrecht in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, in: *Usus modernus pandectarum. Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit*. Klaus Luig zum 70. Geburtstag, hg. von H.-P. HAFERKAMP, T. REPGEN, Köln 2007, 64.

21 LUIG, Anfänge (Fn. 16) 399.

22 Ebd. 406 unter Verweis auf die *Notae ad singulos Institutionum et Pandectarum titulos* von Christian Thomasius.

23 Ebd. 414.

II.

Reiner Schulze hat die Entstehung des Policyrechts mit einem »tiefgreifenden Wandel des Rechtsdenkens« in Zusammenhang gebracht.²⁴ In der begrifflichen Verbindung von »Policy« und »Recht« sieht er ein Anzeichen für eine »Abkehr von lange bewahrten Strukturen« des »vormodernen Rechts«, mit der die »frühneuzeitliche Trennung von Polizei und Recht« im 18. Jahrhundert überwunden wurde.²⁵ Hintergrund für die Herausbildung des Policyrechts sei der Umstand gewesen, dass während des 18. Jahrhunderts »außerpositive, metaphysische Legitimationen«, die zunächst nur dem Recht gegolten hätten, »auf die Polizei erstreckt wurden« und zwar in erster Linie dadurch, dass man die Policy in die wissenschafts- und rechtssystematischen Entwürfe des Vernunftrechts einbezogen habe. Die beiden »Normmaterien« wären dadurch »als nicht mehr wesensverschieden« begriffen worden. Diese »Wesensverschiedenheit« ergibt sich bei ihm vor allem daraus, dass das Recht »wenig veränderlich, jedenfalls gesetzgeberischer Disposition entzogen« gewesen, während »die Fluktuation der Normen weithin einem gesonderten rechtsfreien Bereich zugewiesen« worden sei.²⁶

Damit dürfte der innovative Gehalt des »Policyrechts« indes bei weitem überschätzt werden. Dass man seit der Mitte des 18. Jahrhunderts von einem »Policyrecht« sprach, liegt kaum an irgendwelchen tiefer gehenden Umstellungen im Rechtsdenken. Die begriffliche Verbindung der »Policy« mit dem »Recht« war im 18. Jahrhundert zwar neu, aber sowohl vom Gegenstand her als auch was die Methode anbelangt, waren damit keine grundlegenden Innovationen verbunden.

Schon für die Annahme, es habe im frühneuzeitlichen Rechtsdenken einen prinzipiellen Gegensatz zwischen Policy- und Rechtsnormen gegeben, lassen sich in den Quellen keine Belege finden.²⁷ Dass es einen solchen Gegensatz nicht gegeben haben kann, zeigt sich schon in dem Umstand, dass im frühneuzeitlichen Rechtsbegriff des »Statuts« alle Rechtsnormen außerhalb des *Ius Commune* zusammengefasst waren, soweit sie nur in Schriftform vorlagen.²⁸ Auch was die gerichtliche Anwendbarkeit der Policyordnungen anbelangte, wurde augenscheinlich kein prinzipieller Unterschied zwischen Policy- und Rechtsnormen gemacht. In der frühneuzeitlichen Rechtsanwendungslehre war vielmehr zuvor-

24 R. SCHULZE, Polizeirecht im 18. Jahrhundert, in: *Recht, Gericht, Genossenschaft und Policy. Studien zu Grundbegriffen der germanistischen Rechtshistorie. Symposion für Adalbert Erler*, hg. von G. DILCHER, B. DIESTELKAMP, 199–220, 203–205. PAULY (Entstehung [Fn. 2]) nimmt hierauf eingehend Bezug (27–29).

25 SCHULZE, *Polizeirecht im 18. Jahrhundert* (Fn. 24) 205.

26 Ebd. 202 f.

27 Skeptisch gegenüber einer solchen Sichtweise auch M. STOLLEIS, Anmerkungen zum Verhältnis von »echtem Recht« und »Policyrecht«, in: *Recht, Gericht, Genossenschaft und Policy* (Fn. 24) 188–196.

28 Zum Statutenbegriff eingehend W. WIEGAND, *Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit*, Ebelsbach 1977.

derst die Gegenüberstellung von *Ius Commune* einerseits und Observanzen und Statuten andererseits maßgeblich;²⁹ die beiden letzteren wurden dann später unter dem Begriff des *Ius Germanicum* zusammengefasst.

Das Differenzierungskriterium zwischen Gewohnheiten und Statuten fand man dabei allerdings nicht, wie man es aus moderner Sicht eigentlich erwarten würde, im Modus der Normenstehung und der Geltungsgrundlage. Vielmehr war es bis weit in das 18. Jahrhundert hinein allein die äußere Form, die der Unterscheidung zwischen »Statuten« und Gewohnheiten zugrunde lag: Erstere sind in Schriftform überliefert, letztere nur mündlich.³⁰ Die moderne Unterscheidung zwischen einem durch faktische Übung entstandenen Gewohnheitsrecht hier und einem auf dem Willen des Gesetzgebers beruhenden formellen Setzungsakt dort wäre in der frühen Neuzeit kaum durchführbar gewesen, weil sich vielfach gar nicht feststellen ließ, ob es sich bei einem schriftlich vorliegenden Rechtstext lediglich um aufgezeichnetes Gewohnheitsrecht oder um ein »Gesetz« handelte.³¹ Da die Policeyordnungen in der Regel schriftlich vorlagen, waren sie ganz selbstverständlich ein Teil des territorialen Statutarrechts³² und zählten damit auch zum »Bürgerlichen Recht«,³³ schon weil sie sich weder dem *Ius Commune* noch einem Sonderrechtsgebiet wie dem Kriminalrecht, dem Lehensrecht oder dem *Ius Publicum* zuordnen ließen. Sie wurden jedenfalls nirgendwo, etwa unter Verweis auf ihre schnelle inhaltliche Veränderung, systematisch als besonderer Normtyp vom »Recht« unterschieden. Und demgemäß erschienen sie dann in der Mitte des 18. Jahrhunderts auch als Teilgebiet des »*Ius Patrium*«.

Der Begriff des »Policeyrechts« entstand also nicht dadurch, dass die zuvor von ihrer Normqualität her andersartig eingeschätzten Normen der Policey nun als eigentliche Rechtsnormen akzeptiert, sondern einfach dadurch, dass sie innerhalb des weiteren Bereichs des Deutschen Privatrechts als besonderes Gebiet ausgewiesen wurden. Irgendwelche Umstellungen im Rechtsdenken waren damit nicht verbunden; die neuartige Stoffabgrenzung unter der Bezeichnung des »Policeyrechts« hatte einen wesentlich schlichteren Hintergrund: Sie dürfte in erster Linie durch den Bedeutungszuwachs der Kameralwissenschaften bedingt gewesen sein, die sich damals auch universitär als selbständiges Fach zu etablieren begannen.³⁴ Damit entstand auch das Bedürfnis nach einer zusammenfassenden Darstellung der kameral- und policey-

29 Zur Rechtsanwendungslehre des Reichskammergerichts eingehend OESTMANN, *Rechtsvielfalt* (Fn. 18).

30 Zahlreiche einschlägige Beispiele bei LUIG, *Anfänge* (Fn. 16), etwa 395 ein Conringzitat mit der Gegenüberstellung von *consuetudo* und *ius scriptum*.

31 Eingehend hierzu TH. SIMON, *Geltung. Der Weg von der Ge-*

wohnheit zur Positivität des Rechts, in: *Rg* 7 (2005) 134.

32 Anschauliche Beispiele bei OESTMANN, *Rechtsvielfalt* (Fn. 18) 160.

33 S. HOFER, *Privatrecht*, in: *Enzyklopädie der Neuzeit*, Bd. 10, Stuttgart 2009, 375–391 (377 f.).

34 STOLLEIS, *Geschichte I* (Fn. 1) 374 ff.; K. H. HENNINGS, *Aspekte der Institutionalisierung der Ökonomie an den deutschen Universitäten*, in: *Die Institutionalisierung*

der Nationalökonomie an deutschen Universitäten. Zur Erinnerung an Klaus Hinrich Hennings, hg. von N. WASZEK, *St. Katharinen* 1988, 42–54.

- 35 Siehe hierzu etwa F. CHR. J. FISCHER, Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte, Bd. 1, Frankfurt an der Oder 1785, 14. Er sieht den »Endzweck« seiner Darstellung darin, »den Kameralisten alle Rechtsmaterien beyzubringen, die sie dereinst bei ihren Geschäften und Verrichtungen brauchen«. Hierzu auch PAULY, Entstehung (Fn. 2) 92 ff.
- 36 STOLLEIS, Geschichte I (Fn. 1) 386.
- 37 KLIPPEL, Das Deutsche Privatrecht (Fn. 20) 69; HOFER, Privatrecht (Fn. 33) 375; Beispiel bei LUIG, Anfänge (Fn. 16) 407: Christian Thomasius nimmt in sein Lehrbuch zum Deutschen Privatrecht, den *Notae ad singulos Institutionum et Pandectarum titulos*, auch Regelungen aus den Reichspoliceyordnungen von 1548 und 1577 auf.
- 38 SIMON, Geltung (Fn. 31) 130 ff.; zur Entstehung des modernen Publikationswesens ST. RUPPERT, Die Entstehung der Gesetz- und Verordnungsblätter. Die Bekanntmachung von Gesetzen im Übergang vom Spätabolutismus zum Frühkonstitutionalismus, in: Juristische Zeitschriften. Die neuen Medien des 18.–20. Jahrhunderts, hg. von M. STOLLEIS, Frankfurt a. M. 1999, 67–105; P. CANKIK, Verwaltung und Öffentlichkeit in Preußen. Kommunikation durch Publikation und Beteiligungsverfahren im Recht der Reformzeit, Tübingen 2007.
- 39 Zahlreiche Belege bei PAULY, Entstehung (Fn. 2), z. B. 55 die Äußerungen Hoffers: Die Kenntnis der Policeyverordnungen hinge vom Zufall ab, das Publikationswesen könne daher nur Mitleid hervorrufen ..., u. s. f. Noch 1798 heißt es in einer preußische Kabinetts-Ordre, »die Kenntniß der zu beobachtenden Gesetze des Vaterlandes« sei »beinahe unmöglich« (Zit. ebd. 33).
- 40 So auch bei Heumann; siehe hierzu PAULY, Entstehung (Fn. 2) 9. Ebenso G. HUGO: Das »Polizey- und Cameralrecht« sei »gar zu sehr nach Ländern verschieden«, so dass es als »eigene Wissenschaft« nur selten vorgetragen werde (Lehrbuch der juristischen

wissenschaftlich relevanten Teile des Deutschen Privatrechts. So wurde die Verselbständigung des Policeyrechts und die ihm zugeordnete Stoffauswahl von den ersten Autoren des neuen Fachs jedenfalls begründet.³⁵

III.

Freilich trat das neue Fach mit dem Anspruch auf, zum ersten Mal die Masse der territorialen Policeyordnungen einer spezifisch rechtswissenschaftlichen Bearbeitung zu unterziehen. Und in der Tat waren die Normen der Policeygesetzgebung bis dahin ja kaum ein Gegenstand juristischer Reflexion gewesen.³⁶ Auch das im 17. Jahrhundert aufkommende Deutsche Privatrecht hatte die Policeyordnungen nur in auffallend bescheidenem Umfang aufgenommen. Aber nicht etwa deshalb, weil man die policeylichen Normen prinzipiell aus der Sphäre des »Rechts« ausgeschlossen hätte. In einzelnen Fällen tauchen die Policeyordnungen unter den vom Deutschen Privatrecht herangezogenen Quellen ja auch durchaus auf.³⁷

Dass dies nicht in breiterem Umfang der Fall war, hatte nun allerdings in der Tat seinen Grund in einer Eigenschaft der policeylichen Normen, die in der rechtshistorischen Forschung zu dem Missverständnis Anlass gab, die Policeybestimmungen seien in der Einschätzung der frühen Neuzeit nicht zu den eigentlichen »Rechtsnormen« gezählt worden. Es ist die Flüchtigkeit der jeweiligen policeylichen Regelungslagen: Durch den ständigen Fluss der Policeygesetzgebung waren sie fortwährender, im Laufe der frühen Neuzeit immer rascher werdender Veränderung unterworfen. Ein Weiteres kommt hinzu: Der jeweils geltende Wille des Policeygesetzgebers, wie er sich in den Policeyordnungen und der Masse der policeylichen Einzelverordnungen und -mandate niedergeschlagen hat, war vor der Entstehung des modernen Publikationswesens im 19. Jahrhundert außerordentlich schwer greifbar, weil die Gesetzestexte eine viel zu geringe Verbreitung hatten³⁸ – ein Umstand, der von den frühen Policeyrechtlern nahezu *unisono* beklagt wird.³⁹ Es waren diese beiden Punkte, die in der zeitgenössischen Literatur noch des beginnenden 19. Jahrhunderts als besonderes Hindernis einer wissenschaftlichen Bearbeitung der Policeygesetzgebung in den Vordergrund gerückt wurden.⁴⁰

Encyclopädie, Berlin 1792). Der gleiche Gesichtspunkt kehrt wieder bei A. F. J. THIBAUT, Juristische Encyclopädie und Methodologie zum eigenen Studio für Anfänger, Altona 1797, 116–120; zit. nach PAULY, a. a. O. 139: Es ließen sich im Policeyrecht schlicht keine Prinzipien finden, nach denen die Vielfalt der Policeygesetze »wissenschaftlich geordnet und auf Grundbegriffe zurückgeführt«

werden könnten. Denn das Policeyrecht sei ganz beherrscht von der »Willkür« des Gesetzgebers, der diesen Bereich ganz frei durch eine ausschließlich an politischen Regelungszwecken orientierte Gesetzgebung gestalte. Wenn man die Aufgabe der Wissenschaft darin sieht, die auf einem bestimmten Regelungsfeld herrschenden »Prinzipien« herauszuarbeiten, dann ist dies im Bereich der Poli-

Nicht dass man daraus den abstrakt formulierten Schluss gezogen hätte, die Policyordnungen lägen generell außerhalb der Sphäre des »Rechts«. Unverkennbar haben aber der vergleichsweise rasche Normwandel im Bereich der Policy und die geringe Verbreitung der policylichen Normtexte zu einer deutlichen Verringerung der gerichtlichen Anwendungschancen geführt: Die policylichen Bestimmungen hatten es augenscheinlich schwer, in den Kreis der vom Gericht faktisch angewendeten »Observanzen« einzudringen.⁴¹ Auch dies wird nirgendwo *expressis verbis* zum Ausdruck gebracht, zumal die Gerichte mit ihrer zurückhaltenden Anwendungsbereitschaft gegenüber den Policybestimmungen jedenfalls im 18. Jahrhundert mehr und mehr mit den landesfürstlichen Anwendungsbefehlen in Konflikt gerieten.⁴² Aber es lässt sich doch vielfach sehr deutlich beobachten – nicht zuletzt an den Regeln, die die Rechtswissenschaft hinsichtlich der Geltung und gerichtlichen Anwendungsfähigkeit von Rechtsnormen entwickelt hat.

Zur Bewältigung des bis an die Schwelle zur Moderne herrschenden Rechtsquellenpluralismus bedurfte es eines Kanons justizpraktischer Auswahlregeln.⁴³ In ihnen finden sich die Bedingungen formuliert, unter denen die Normen einer bestimmten »Rechtsquelle« von den Gerichten jeweils angewendet werden konnten. In den Regeln und Argumenten, die hier formuliert werden, lässt sich sehr deutlich das Bemühen erkennen, einerseits dem seit dem Naturrechtsdenken an Gewicht zunehmenden Gesichtspunkt der *voluntas legislatoris* Rechnung zu tragen, diesen aber andererseits mit observanzgestützten Kriterien zu verbinden.⁴⁴ Das führt im Ergebnis dazu, dass allein auf formellem Setzungsakt und fürstlichem Geltungsbefehl beruhende Normen an Geltungsschwäche litten; sie verblieben solange in einer Art »Vorhof des Rechts«, solange sie nicht durch eine entsprechende Observanz bekräftigt sind; »*receptum in observantia*«, wie es hieß. Die Durchsetzungskraft der Statuten hat sich im 18. Jahrhundert zwar durch eine Aufwertung des Schriftlichkeitskriteriums verstärkt, aber im Grundsatz blieb es bis an die Schwelle der Moderne bei der tendenziellen Geltungsschwäche der Gesetze.⁴⁵

Auch in der policyrechtlichen Literatur des 18. Jahrhunderts kommt dieses gewohnheitsrechtliche Geltungsdenken sehr deutlich zum Vorschein. Es tritt vor allem in der Art und Weise zutage, wie sich die allmählich neu entstehende Policy*rechtswissenschaft* von

cey schwierig. Denn wie lassen sich hier, so die rhetorische Frage Thibauts, Prinzipien aufstellen, »da die Willkür an überhaupt kein Prinzip gebunden ist, da vielleicht morgen Gesetze aufgehoben und Gesetze gegeben werden, die generisch von den vorigen verschieden sind?« Die »fortwährende Veränderlichkeit« der Policynormen lässt, so darf man Thibaut wohl verstehen, erst gar keine

Prinzipien aufkommen. Es war deshalb im 18. Jahrhundert auch ein verbreiteter Standpunkt, dass die Normen der Policy kein rechtswissenschaftlicher, ja nicht einmal universitärer Gegenstand sein, sondern nur im Rahmen einer praktischen Verwaltungsbildung vermittelt werden könnten.
41 Hierzu eingehend SIMON, Geltung (Fn. 31) 135 ff.

42 Zur Bedeutung solcher Anwendungsbefehle SIMON, Geltung (Fn. 31) 100.

43 WIEGAND, Studien zur Rechtsanwendungslehre (Fn. 28); OESTMANN, Rechtsvielfalt (Fn. 18) 681 ff.

44 SIMON, Geltung (Fn. 31) 120 ff.

45 Ebd.

der älteren Policywissenschaft abgrenzt. Dies geschah, wie oben gezeigt, in erster Linie über das Kriterium der faktischen Regelungslage: Die neue Wissenschaft vom Policyrecht entwickelt keine politischen Regelungsprogramme, sondern beschreibt eine gegebene Regelungslage. Es ist nun außerordentlich aussagekräftig, mit welchen Worten dieses Kriterium der »Gegebenheit« einer bestimmten policylichen Regelungslage umschrieben wird. Die Argumentationsmuster, die hier zum Vorschein kommen, oszillieren in eigenartiger Weise zwischen modernen Geltungsvorstellungen, bei denen der formelle Setzungsakt entscheidend ist, und traditionellem Rechtsdenken, bei dem es für die Geltung einer Norm in erster Linie auf das faktische Kriterium der Observanz ankommt.

Als Beispiel sei hier nochmals auf die »Initia Iuris Politiae Germanorum« (1757) von Johann Heumann⁴⁶ sowie auf die von dem Altdorfer Professor Johann Bernhard Hoffer verfassten »Beiträge zum Policyrecht der Teutschen«⁴⁷ (1764) verwiesen.⁴⁸ Bei Heumann ist zwar einerseits die Rede davon, es seien die »leges iam sancitas«, die von der »iuris politiae prudentia (Policy-Recht)« erfasst und übermittelt würden.⁴⁹ Blickt man aber in das »Policyrecht der Teutschen« von Hoffer, dann zeigt sich ganz deutlich, dass es bei der Auswahl der Policy-Normen und deren Aufnahme in das sogenannte »Policy-Recht« in erster Linie auf das Kriterium der Observanz ankam. Auch bei Hoffer ergibt sich die Geltung der Policynormen nicht allein aus dem Setzungsakt, also der Sanktion.

Als »geltend«, d. h. als Bestandteil der gegebenen Regelungslage, werden von Hoffer augenscheinlich nur solche Normen akzeptiert, für die sich eine entsprechende Observanz nachweisen lässt: Für eine Darstellung des Policyrechts, so Hoffer, wäre es nämlich gänzlich sinnlos, aus den »vorhandenen Gesetzen, Statuten und Verordnungen« ein System zu verfertigen. Denn dabei würden nur »gedruckte Gesetze« gesammelt, ohne weiter zu prüfen, ob diese Gesetze überhaupt jemals »in Observanz gebracht oder, wo nicht ganz, doch zum Teil, durch ein neueres, aber unpubliziertes Gesetz oder durch ein widriges Herkommen gänzlich abgeschaffet worden«.⁵⁰

Nirgendwo taucht hier so etwas wie ein formeller Setzungsakt als Geltungsbedingung der Gesetze auf. Die Rede ist nur vom »Druck« der Gesetze, der allein aber kein ausreichendes Geltungskriterium sein kann, weil – folgt man Hoffer – ein »gedrucktes« Gesetz ohne weiteres durch ein späteres, aber nicht kundgemachtes

46 Zu HEUMANN und den »Initia« siehe Pauly, Entstehung (Fn. 2) 7 ff.

47 J. B. HOFFER, Beiträge zum Policyrecht der Teutschen, Frankfurt, Leipzig 1764.

48 Zu diesem Autor und den »Beiträgen« eingehend PAULY, Entstehung (Fn. 2) 49 ff.

49 HEUMANN, Initia iuris politiae Germanorum (Fn. 3) 5; zit. nach PAULY, Entstehung (Fn. 2) 10.

50 HOFFER, Beiträge zum Policyrecht der Teutschen (Fn. 47) 20.

Gesetz und ebenso durch abweichendes Gewohnheitsrecht außer Kraft gesetzt worden sein kann. Wenn ein in Schriftform vorliegendes Gesetz auch dann in Geltung stehen kann, wenn es niemals publiziert wurde, man aber umgekehrt auch nie wissen kann, ob das betreffende Gesetz mittlerweile nicht durch eine gegenläufige Gewohnheit oder ein späteres, aber gleichfalls nicht publiziertes Gesetz außer Kraft gesetzt wurde, dann bleibt im Grunde nur ein halbwegs sicheres Kriterium, anhand dessen sich die aktuelle Geltung eines Gesetzes prüfen lässt: die *faktische* Beobachtung der in Frage stehenden Normen seitens der Gerichte und Behörden.

Die Darstellung des jeweils geltenden Policeyrechts unterscheidet sich demgemäß bei Hoffer in nichts von einer Beschreibung der *tatsächlichen* geographischen und politischen Verhältnisse eines Landes. Eine policeyrechtliche Darstellung, die sich nur auf die Buchstaben gedruckter Gesetze stütze, so führt Hoffer hierzu aus, wäre ganz unzuverlässig, denn es verhalte sich damit ebenso, »wie mit den geographisch-politischen und historischen Beschreibungen von Teutschland, deren Ungewissheit und Unrichtigkeit« sich in dem Maße vermehre, je weiter der »Aufenthalt des Schriftstellers« von dem beschriebenen Ort entfernt war.⁵¹ Die »ächte Teutsche Rechtswissenschaft« wird daher, so die Schlussfolgerung Hoffers, »aus den Gesetzen, *welche noch einen Gebrauch haben*, geschöpft«.⁵²

Es liegt auf der Hand, dass durch ein derartiges, immer noch stark an der Observanz orientiertes Geltungsverständnis gerade die Implementierung der Policeynormen in besonderer Weise erschwert wurde. Denn die Herausbildung entsprechender Gewohnheiten braucht Zeit. Die Policeynormen zeichneten sich aber gerade durch ihren raschen Wandel aus. Die in der ganzen frühen Neuzeit allgemein verbreitete Klage über die mangelnde Durchsetzung der policeylichen Vorschriften hat demnach nichts damit zu tun, dass es sich hier um eine Art »symbolische Gesetzgebung« ohne Durchsetzungsabsicht gehandelt hätte.⁵³ Vielmehr muss man hier das strukturelle Implementationsproblem in Rechnung stellen, das sich in der frühen Neuzeit aus dem Spannungsverhältnis zwischen einem immer noch stark observanzorientierten Geltungsdenken und dem zunehmend rascher werdenden policeylichen Normenwandel ergab.

Die neue Policeyrechtswissenschaft hatte demgemäß zwei Aufgaben zu bewältigen: Sie hatte zunächst aus der kaum beherrsch-

⁵¹ Ebd.

⁵² Ebd. 16.

⁵³ So vor allem J. SCHLUMBOHM, Gesetze, die nicht durchgesetzt werden – ein Strukturmerkmal des frühneuzeitlichen Staates?, in: Geschichte und Gesellschaft 23 (1997) 647–663.

baren Masse gedruckter Policeyordnungen diejenigen herauszufiltern, die tatsächlich zur Observanz gekommen waren, es also zur faktischen Befolgung gebracht hatten. Aus diesem Grundstock faktisch beobachteter territorialer Policeygesetze waren sodann gewisse einheitliche, häufig wiederkehrende Bestimmungen herauszuarbeiten. Erst dadurch gingen die policeyrechtlichen Darstellungen über eine bloße Gesetzessammlung hinaus. Die Policeyrechtswissenschaft sollte aus einer Vielzahl policeylicher Bestimmungen aus unterschiedlichen Territorien einen gemeinsamen Nenner bilden, in dem die einzelnen Gesetze »zusammenfließen«, wie es Heumann ausdrückt.⁵⁴ Auf diese Weise sollte so etwas wie ein »gemeines deutsches Policeyrecht« entstehen, dessen Einzelbestimmungen dann wiederum mit konkreten Einzelbeispielen aus der territorialen Policeygesetzgebung illustriert und belegt werden konnten.⁵⁵ Die Normenmasse wurde damit zugleich auf einen Kernbestand zurückgeführt, der eine gewisse Unabhängigkeit von der ständig im Fluss befindlichen Regelungslage in den einzelnen Territorien und damit auch eine gewisse Dauerhaftigkeit aufwies, weil er gewissermaßen zum »Standardprogramm« jeder territorialen Policeygesetzgebung zählte.

Insofern entsprachen Methode und Erkenntnisinteresse der Policeyrechtswissenschaft ganz denjenigen der Wissenschaft vom Deutschen Privatrecht: Hier wie dort ging es um die Zusammenschau einer schon von der schieren Masse her nur schwer zu überblickenden Anzahl von Normtexten. Durch Abstraktion zumindest häufig anzutreffender Grundregeln sollte ein aus der Masse der Partikularrechte abgeleiteter »concentus«⁵⁶ entstehen. Es blieb dabei eine letztlich ungelöste Frage, wie viele faktisch geübte und praktizierte Partikularrechte nachweisbar sein müssen, um von einer allgemeinen Regel ausgehen zu können.⁵⁷ Beim Policeyrecht stellte sich dieses Problem wegen der gesteigerten Vielfalt und dem raschen Normenwandel in verschärfter Form: Je disparater die Regelungslage und je schneller der Wandel, desto schwieriger musste sich die Suche nach verlässlichen, generell geltenden Regelungen gestalten. Die Sammlung und Erfassung der partikularen Rechtstexte und die Erarbeitung eines »aequabilis concentus« als eines gemeinsamen Nenners in der Vielfalt standen in der Policeyrechtswissenschaft zunächst ganz im Vordergrund.⁵⁸ Das Bemühen um eine Eingrenzung und Schärfung des Policeybegriffs zur rechtlichen Begrenzung staatlichen Handelns im Ver-

54 So auch die wörtliche Formulierung bei HEUMANN, *Initia iuris politiae Germanorum* (Fn. 3), Vorrede; zit. nach PAULY, *Entstehung* (Fn. 2) 11.

55 Ebd.

56 So die Formulierung bei J. H. CHR. V. SELCHOW, *Institutiones iurisprudentiae Germanicae*, Hannover 1751; entsprechend bei Heineccius: »*insignis concordia*«; beide

Zitate bei LUIG, *Anfänge* (Fn. 16) 222.

57 KLIPPEL, *Das Deutsche Privatrecht* (Fn. 20) 71; LUIG, *Deutsches Privatrecht*, in: HRG I (Fn. 19) 995.

58 PAULY, *Entstehung* (Fn. 2) 15.

hältnis zum Bürger hat sich demgegenüber erst ganz am Ende des 18. Jahrhunderts bemerkbar gemacht; bei Berg tritt dieser Gesichtspunkt dann jedenfalls deutlicher zutage.⁵⁹

IV.

Erst an der Wende zum 19. Jahrhundert wurde »die herrschende Zuordnung des Polizeirechts zum Privatrecht unsicher«.⁶⁰ Hintergrund dessen war eine allmähliche Verschiebung der Fächergrenzen, wie sie nicht zuletzt im neuartigen Begriff des »öffentlichen Rechts« zum Ausdruck kam.⁶¹ Gleichzeitig hat sich der Bedeutungsbereich des »Privatrechts« verengt.⁶² Dies wiederum brachte eine neue Verortung des Policeyrechts innerhalb des Fächergefüges mit sich: Es hatte dem modernen Verständnis nach im Privatrecht keinen Platz mehr und wurde nun – zusammen mit dem Staatsrecht, in dem sich die Tradition des *Ius publicum* fortsetzte – unter den neuen Begriff des »öffentlichen Rechts« gefasst.

In dem bekannten, an der Wende zum 19. Jahrhundert erschienenen »Handbuch des deutschen Policeyrechts«⁶³ von Günther Heinrich von Berg wird es allerdings nach wie vor im Privatrecht verortet. Berg vergleicht das Policeyrecht mit dem Prozessrecht: So wie dieses gehört auch jenes mit einem Teil zum Privat-, mit einem anderen zum Staatsrecht. Das Policeyrecht im engeren Sinne, das »eigentliche Policeyrecht«, wie er es nennt, ist ein Teil des Privatrechts. Dieses »eigentliche« Policeyrecht beinhaltet den »Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten, welche durch die Policeygewalt bestimmt sind«,⁶⁴ also die Normen der von den »Policeygewalten« erlassenen Gesetze. Das Policeyrecht im weiteren Sinne umfasst bei Berg darüber hinaus aber auch das »Recht der Policeygewalt«. Mit diesem Teil ist das Policeyrecht zugleich ein Teil des *ius publicum*, des Staatsrechts. Denn beim »Recht der Policeygewalt« geht es nicht um die Normen der Policeyordnungen selbst, sondern um das Recht zu deren Erlass und Sanktionierung. Hier werden in erster Linie die Rechte und Kompetenzen der verschiedenen »Policeygewalten« – Reich, Reichskreise, Territorien und schließlich Kommunen – voneinander abgegrenzt. Während es im ersteren Fall, nämlich bei den Normen der Policeyordnungen selbst, darum geht, »was die Policeygewalt will«, so geht es im »Recht der Policeygewalt« darum,

59 STOLLEIS, Geschichte I (Fn. 1) 388.

60 PAULY, Entstehung (Fn. 2) 138.

61 M. STOLLEIS hat diesen Vorgang im Einzelnen beschrieben: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2: 1800–1914, München 1992, 51 ff.

62 TH. SIMON, Öffentliches Recht, in: Enzyklopädie der Neuzeit, Bd. 9, Stuttgart 2009, 338–358 (353 f.).

63 Oben Fn. 10.

64 BERG, Handbuch (Fn. 10), I, Abschn. 1, 27.

»was sie darf«. ⁶⁵ Das betrifft auch bei Berg in erster Linie noch die Frage nach den Hoheitsrechten der verschiedenen Herrschaftsträger untereinander, die ja seit jeher im Mittelpunkt des *Ius publicum* gestanden war.

Allerdings wird bei Berg über diesen traditionellen Aspekt hinaus doch bereits ein erstes Gefahrenbewusstsein gegenüber einer *Policey* sichtbar, die sich als »fürchterlichste Plage und gefährliches Werkzeug der Unterdrückung« ⁶⁶ erweisen kann, wenn sie nicht rechtlich eingeehrt wird. Dem dient ein wenn auch noch sehr kurzer, aber doch bemerkenswert deutlich formulierter Abschnitt über die »Grenzen der *Policey*gewalt« gegenüber »den Staatsbürgern«. ⁶⁷ Werden sie überschritten, artet die *Policey* »in Despotismus und Tyranney« aus. ⁶⁸ In solchem Ton zeigt sich wohl tatsächlich ein erstes »rechtsstaatlichen Bemühen«. ⁶⁹

Aber dies ändert bei Berg nichts an der Zuordnung des »*Policey*rechts« zum Privat- bzw. zum Staatsrecht. Die Verselbständigung des *Policey*rechts hat bei ihm nur den Zweck, dasselbe »durch eigene Behandlung vollständiger und gründlicher« bearbeiten zu können; ⁷⁰ sie hat also keinerlei grundsätzliche Bedeutung im Sinne einer qualitativen Unterscheidung. Auch bei Berg wird im Übrigen noch das überkommene Geltungsverständnis sichtbar: Unter das »*Policey*recht« sollen zwar nur diejenigen Normen fallen, die von einer »*Policey*gewalt« »bestimmt« seien, ⁷¹ aber darunter fielen auch bei Berg keineswegs nur ausdrücklich »gesetzte«, sondern augenscheinlich auch gewohnheitsrechtlich überlieferte und vom Gesetzgeber lediglich geduldete Normen. ⁷² Daher ist für Berg auch das »Römische *Policey*recht« ohne weiteres gemäß der allgemeinen Geltungsregel »subsidiarisch« anwendbar, »wenn Provincial- und Reichsgesetze fehlen«. ⁷³

Am Ende des 18. Jahrhunderts lassen sich in der Diskussion um die Einordnung des *Policey*rechts aber auch neue Akzente wahrnehmen. Pauly verweist hier insbesondere auf Johann Friedrich Reitemeier, der als einer der Ersten das *Policey*recht ausdrücklich aus dem überkommenen privatrechtlichen Kontext gelöst und »einem über das Staatsrecht hinausreichenden »öffentlichen Recht« zugeordnet habe. ⁷⁴ Hand in Hand damit ging eine deutliche Neuakzentuierung bei der Definition des *Policey*rechts. In der Definition Reitemeiers wurde es nun beschränkt auf »die Rechte und Pflichten, die zwischen dem Staate und dem Bürger in den öffentlichen Verhältnissen eintreten«, also diejenigen »Rechte und

65 BERG, Handbuch (Fn. 10), IV, 4 f.

66 BERG, Handbuch (Fn. 10), I, 2.

67 Ebd. 87–91.

68 Ebd. 87.

69 So PAULY, Entstehung (Fn. 2) 117; STOLLEIS, Geschichte I (Fn. 1) 389.

70 BERG, Handbuch (Fn. 10), IV (Kap. I: »Gibt es ein *Policey*recht?«) 5.

71 BERG, Handbuch (Fn. 10), I, 16 und 27.

72 So auch ausdrücklich W. G. TAFINGER, der in seiner Abhandlung »Über der Zweck des teutschen Polizey- und Cameralrechts« (Tübingen 1787) alles dasjenige zum *Policey*recht zählt, »was in Absicht auf das Polizey- und Ca-

meralwesen [...] durch *Policey*gesetze oder *durch den Gebrauch entstandene usuelle Grundsätze* [...] verordnet seyn« (10). Eingehend hierzu SIMON, Geltung (Fn. 31) 103 ff.

73 BERG, Handbuch (Fn. 10), IV, 31 f.; ebenso Band I, 61 f.

74 PAULY, Entstehung (Fn. 2) 108 f.; zur Person Reitemeiers ebd. 107.

Pflichten, welche Abgaben [...] und alle die Einschränkungen betreffen, die sich jeder Bürger in dem Gebrauch seines Eigentums nach dem Inhalt der Polizey-Verordnungen gefallen lassen muß«. ⁷⁵ Und wenig später wies dann auch Thibaut das Polizeyrecht dem sog. »Regierungsrecht« als einem Teil des öffentlichen Rechts zu, wobei dieses »Regierungsrecht« die »besonderen Rechte und Verbindlichkeiten der Staatsbürger gegen den Staat und die höchste Gewalt« beinhalten sollte. ⁷⁶

Das waren in der Tat neuartige Formulierungen. Denn im älteren privatrechtlichen Kontext hatte man bei der Abgrenzung des Policeyrechts noch nicht auf »die zwischen dem Staate und dem Bürger in den öffentlichen Verhältnissen« eintretenden »Rechte und Pflichten«, sondern lediglich – wie etwa Berg – auf das Kriterium der »Policeygewalt« abgestellt, die die betreffenden Normen hervorgebracht hat, soweit man die Policeynormen nicht einfach unter dem Gesichtspunkt ihrer praktischen Relevanz für den »Policey- und Kameralbedienten« vom übrigen Privatrecht abgegrenzt hatte.

Zusammenfassend: Das sog. »Policeyrecht« erwächst aus einer policeywissenschaftlichen und einer deutschrechtlichen Wurzel. Das Policeyrecht ist im 18. Jahrhundert dem Privatrecht noch nicht als etwas wesensverschiedenes entgegengesetzt. Es ist vielmehr derjenige Teil des »Deutschen Privatrechts«, der für die zeitgenössische Policeywissenschaft von besonderer Bedeutung ist.

Thomas Simon

75 J. F. REITEMEIER, Votum zum Entwurf eines preußischen Kameralstudienplans (1794), zit. nach PAULY, Entstehung (Fn. 2) 108 f.

76 THIBAUT, Juristische Encyclopädie (Fn. 40) 86; zit. nach PAULY, Entstehung (Fn. 2) 139.