

# 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/rg19/333-352>

Rg **19** 2011 333–352

**Dietmar Willoweit**

## Landesstaatsrecht als Herrschaftsverfassung des 18. Jahrhunderts

# Landesstaatsrecht als Herrschaftsverfassung des 18. Jahrhunderts

## 1. Zum Forschungsstand

Michael Stolleis hat in seiner grundlegenden Geschichte des deutschen Öffentlichen Rechts den Darstellungen des Landesstaatsrechts nur wenige Zeilen gewidmet und dies in einem Unterabschnitt des Kapitels über Johann Jacob Moser, so dass die Werke eines Estor und Kreittmayr dort in einer Fußnote untergebracht werden mussten.<sup>1</sup> Das *ius publicum territoriale* sei »stets am Rande geblieben, wenn es überhaupt in Vorlesungen behandelt wurde«.<sup>2</sup> Auch der Verfasser dieses Beitrages hat vor über vierzig Jahren, obwohl naheliegend, weitgehend vermieden, Landesstaatsrechte heranzuziehen.<sup>3</sup> Sie scheinen für die Geschichte des *Ius publicum* nur geringe Bedeutung zu haben und mit ihren zahllosen Einzelheiten zuviel Belangloses anzuhäufen. Die wahren Gründe dieser Zurückhaltung liegen auf der Hand. Das *Ius publicum* als ein selbständiger Zweig der Jurisprudenz ist infolge der Juridifizierung politischer Verhältnisse und Probleme auf der Ebene des Reiches entstanden.<sup>4</sup> Einzelne Arbeiten zu reichsrechtlichen Themen sind daher seit dem Beginn des 17. Jahrhunderts nicht selten und erste Gesamtdarstellungen des Reichsstaatsrechts ließen nicht lange auf sich warten.<sup>5</sup>

Die territorialen Institutionen und Rechtsverhältnisse fanden in der Jurisprudenz dagegen weit weniger Beachtung, obwohl in einschlägigen Streitfällen Betroffene seit langem und erst recht im 16. Jahrhundert vor dem Reichskammergericht juristisch argumentierten.<sup>6</sup> Aber systematische Darstellungen des territorialen Staatsrechts existierten lange Zeit nicht. Um die Entstehung von Darstellungen deutscher Landesstaatsrechte in das Zeitalter der Aufklärung einzuordnen, ist zunächst ein kritischer Blick auf die geläufige Periodisierung der Rechtsgeschichte des 18. Jahrhunderts zu werfen. An die noch keineswegs allseits erkannte Bedeutung, die der Geschichtlichkeit des Rechts seit dem späten 17. Jahrhundert beigemessen wurde, ist zu erinnern und an die erst in der neuesten Forschung beachtete Genese der deutschen Partikularrechte als

1 M. STOLLEIS, Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1, München 1988, 263 Anm. 224.

2 STOLLEIS (Fn. 1) 186. Zur Berücksichtigung in den Vorlesungen vgl. u. Abschnitt 4.

3 D. WILLOWEIT, Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt, Köln [u. a.] 1975. Im Quellenverzeichnis dieses Buches fehlen Mosers Landesstaatsrechte völlig.

4 STOLLEIS (Fn. 1) 126 ff.

5 STOLLEIS (Fn. 1) 212 ff.

6 WILLOWEIT (Fn. 3) 33 ff. und passim.

wissenschaftliche Disziplin im Laufe des 18. Jahrhunderts. Vor diesem Hintergrund wird auch die etwa zeitgleich einsetzende Niederschrift von Landesstaatsrechten verständlicher und ihr Sinn erkennbar.

## 2. Zur herkömmlichen Periodisierung der neuzeitlichen Rechtsgeschichte

Franz Wieacker war im Vorwort zur zweiten Auflage seines Standardwerkes der Meinung, eine Wissenschaft vom deutschen Recht sei erst mit der historischen Schule entstanden, weil dieses Recht zuvor nur das »Rechtsleben«, die »vitale Lebenstradition«, die »Rechtswirklichkeit« bestimmt habe<sup>7</sup> – eine Charakterisierung, die auf mangelnde Wissenschaftlichkeit hinweist. Dazu fügt sich, dass der historischen Rechtsschule ein »Zeitalter des Vernunftrechts« vorangegangen sei, das seinerseits die Epoche des »Usus modernus« und damit den langen Prozess der Rezeption beendet habe.<sup>8</sup> Der Gegensatz von rational entworfenem und historisch gewachsenem Recht, der seit Savignys Programmschrift jedem rechtshistorisch Gebildeten geläufig ist, bietet keinen Raum für eine Wissenschaft vom deutschen Recht vor der historischen Rechtsschule und damit auch keinen Raum für eine wissenschaftsgeschichtliche Würdigung der mit den deutschen Partikularrechten befassten Jurisprudenz. Savigny selbst schaute geradezu mitleidig auf sein voriges Jahrhundert zurück:

»Unglücklicherweise nun ist das ganze achtzehnte Jahrhundert in Deutschland sehr arm an großen Juristen gewesen. Fleißige Männer zwar fanden sich in Menge, von welchen sehr schätzbare Vorarbeiten gethan wurden, aber weiter als zu Vorarbeiten kam es selten. Ein zweyfacher Sinn ist dem Juristen unentbehrlich: der historische, um das eigenthümliche jedes Zeitalters und jeder Rechtsform scharf aufzufassen, und der systematische, um jeden Begriff und jeden Satz in lebendiger Verbindung und Wechselwirkung mit dem Ganzen anzusehen, d. h. in dem Verhältniß, welches das allein wahre und natürliche ist. Dieser zweyfache wissenschaftliche Sinn findet sich ungemein wenig in den Juristen des achtzehnten Jahrhunderts, und vorzüglich ein vielfältiges flaches Bestreben in der Philosophie wirkte sehr ungünstig.«<sup>9</sup>

Weil sich die seit Jahrhunderten historisch gewachsenen Rechtsverhältnisse des Alten Reiches nicht in eine »wahre und natürliche« Systematik zusammenfügen lassen, ignoriert sie Savigny. Mit der Alternative von philosophischem und historisch-systematischem Recht hat er eine Periodisierung erfunden, der ein

<sup>7</sup> F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. Göttingen 1967, 8. Kritisch dazu jetzt F. L. SCHÄFER, *Juristische Germanistik. Eine Geschichte der Wissenschaft vom einheimischen Privatrecht*, Frankfurt a. M. 2008, 77.

<sup>8</sup> Die Periodisierung der neuzeitlichen Privatrechtsgeschichte nach dem Vorbild Wieackers liegt auch anderen rechtsgeschichtlichen

Darstellungen zugrunde, vgl. etwa H. SCHLOSSER, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 10. Aufl. Heidelberg 2005.

<sup>9</sup> F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814)*, in: Thibaut und Savigny. *Zum hundertjährigen Gedächtnis des Kampfes um ein einheitliches bürgerliches Recht in Deutschland*, J. STERN, Berlin 1914, 99.

zeitgebundener und in Hinblick auf das 18. Jahrhundert anachronistischer Wissenschaftsbegriff zugrunde liegt.

Die von Wieacker in der Nachfolge Savignys kanonisierte Periodisierung der neueren Rechtsgeschichte in eine naturrechtliche Epoche des 18. Jahrhunderts und eine historisch-dogmatische des 19. Jahrhunderts entspricht nicht der geschichtlichen Realität. Den folgenden Überlegungen liegt das Faktum zugrunde, dass mit der beginnenden Aufklärung das Rechtsdenken nicht nur durch den Rationalismus vernunftrechtlicher Axiomatisierung, Deduktion und Systematisierung verändert worden ist, sondern nicht weniger durch die konsequente Hinwendung zur Geschichtlichkeit des Rechts.<sup>10</sup>

### 3. Die Wahrnehmung der Geschichtlichkeit des Rechts um 1700

Das für unseren Zusammenhang unverzichtbare Stichwort ist der sogenannte »Usus modernus«. Der Begriff ist missverständlich, weil der vollständige Titel des Buches von Samuel Stryk aus dem Jahre 1690, dem er entnommen ist, bekanntlich »Usus modernus pandectarum« lautet und daher auf einen neuartigen Gebrauch des römischen Rechts hinzuweisen scheint.<sup>11</sup> Dieser soll nach verbreteter Überzeugung in der Intensivierung der praktischen Anwendung des römischen Rechts bestanden haben. Und da der Einfluss des römischen Rechts auf die Rechtspraxis spätestens seit dem Beginn der Neuzeit mit Händen zu greifen ist, hat man gleich den ganzen Zeitraum von 1500 bis zu den naturrechtlichen Kodifikationen zur Epoche des »Usus modernus« erklärt.<sup>12</sup> Mit der Rechtspraxis waren Juristen in zahllosen Gutachten allerdings schon seit dem 14. Jahrhundert befasst. Und wenn im 16. und 17. Jahrhundert an den Juristenfakultäten auch noch Übungsarbeiten zu den klassischen Texten angefertigt wurden, so hatten sich daneben aus praktischer Notwendigkeit längst drei weitere Rechtsgebiete etabliert, die ganz am Rande des römischen Rechts angesiedelt waren: das von der Kanonistik beeinflusste Prozessrecht, das Kriminalrecht und das Lehenrecht. Aber was berechtigt uns, das alles als »Usus modernus« zu etikettieren, wenn dieser Begriff erst von Stryk in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts geprägt worden ist? Wenn Stryk damit, wie zu vermuten, etwas Neues ankündigen wollte, dann verstellt sich die Wissenschaft mit der undifferen-

<sup>10</sup> Grundlegend schon N. HAMMERSTEIN, *Jus und Historie*, Göttingen 1972 und jetzt SCHÄFER (Fn. 7), dessen Kapitel über die Germanistik des 18. Jahrhunderts mit 218 Seiten allein schon der Charakter einer Monographie zukommt.

<sup>11</sup> S. STRYK, *Specimen usus moderni pandectarum ad libros V priores*, Frankfurt und Wittenberg 1690.

<sup>12</sup> So ausdrücklich A. SÖLLNER, *Die Literatur zum gemeinen und partikularen Recht in Deutschland, Österreich, den Niederlanden und der Schweiz*, in: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, hg. von H. COING, Bd. 2, München 1977, 501 ff.; H. COING, *Die juristische Fakultät und ihr Lehrprogramm*, ebda. 3–69, 29, kennt für »die Zeit von

1500 bis 1750« nur die »humanistische« und die »axiomatisch-systematische« Rechtswissenschaft; vgl. a. die von WIEACKER (Fn. 7) gewählte Gliederung seines Werkes. Kritisch zu der undifferenzierten Benutzung des Begriffs »Usus modernus« für die verschiedenen Erscheinungsformen der Jurisprudenz zwischen 1500 und den naturrechtlichen Kodifikationen des 18. Jahrhunderts schon K. LUIG, *Usus modernus*, in: *HRG*, 1. Aufl., Bd. 5, 628–636, 631.

zierten Benutzung des Wortes den Blick auf die Veränderungen der Jurisprudenz zwischen dem 16. und dem 18. Jahrhundert.<sup>13</sup>

Was Stryk mit dem »modernen Gebrauch« der Pandekten in Wirklichkeit meinte, ist schon der ersten Seite seines Buches zu entnehmen, auf welcher ausführlich nicht vom römischen Recht, sondern von der Bedeutung der einheimischen deutschen Rechte die Rede ist.<sup>14</sup> Der Jurist hat sich nach der Überzeugung von Stryk um die Kenntnis und Anwendung des Rechts seines Landes zu bemühen, ehe er auf das römische Recht zurückgreift. Der Autor kommentiert einen Digestentitel nach dem anderen mit Hinweisen auf die jetzige Rechtslage, auf veränderte Gewohnheiten, neuere Gesetze und Lehrmeinungen – ein Lesevergnügen nicht für Pandektisten, sondern für »Deutschrechtler«, die diese Fundgrube noch kaum entdeckt haben. Der *usus modernus pandectarum* läuft also paradoxerweise auf einen mehr oder weniger weitreichenden Nichtgebrauch der Pandekten hinaus.

Stryk's Werk hätte nicht so großes Aufsehen erregen können, wenn es nicht durch andere Autoren gut vorbereitet gewesen wäre. Es traf den Zeitgeist. Das in den Fegefeuern des Dreißigjährigen Krieges geläuterte Reich konnte nicht mehr eschatologisch, sondern nur noch historisch als Ergebnis der Geschichte begriffen werden.<sup>15</sup> Conrings Schrift »De origine iuris Germanici« hatte seine Wirkung getan<sup>16</sup> und bald eine noch zu Lebzeiten Conrings in Helmstedt erschienene »Introductio ad Ius Publicum Germanicum« veranlasst.<sup>17</sup> Ohne diese entscheidenden Impulse aus Helmstedt hätte auch Stryk sein Buch kaum geschrieben.<sup>18</sup> Der bedeutendste Multiplikator aber seiner Ideen war kein Geringerer als sein Hallenser Fakultätskollege Christian Thomasius. Der große Naturrechtler war zugleich auch ein historisch denkender Gelehrter.<sup>19</sup> Die 1694 eröffnete Universität Halle wurde nicht nur eine Hochburg der deutschen Naturrechtslehre, sondern auch das Zentrum eines neuen, reichsgeschichtlichen Denkens.<sup>20</sup>

Die rechtstheoretischen und rechtspolitischen Konsequenzen waren erheblich. Im Unterschied zur älteren Statutentheorie, die als ein spezifisches Kollisionsrecht die unterschiedlichen Normenkomplexe des römischen und des lokalen Statutarrechts zu gewichten und die Rechtsanwendung zu steuern hatte,<sup>21</sup> entpuppte sich das Recht nun als eine relative geschichtliche Größe. Erst jetzt, als der tiefe historische Raum des Reiches schärfer als je zuvor wahrgenommen wurde, war Zeitlichkeit zu einer Eigenschaft des Rechts

- 13 Zustimmung verdient daher LUIG (Fn. 12) 633, der in Stryk's Werk den »Beginn eines ›jüngeren Usus modernus« und im Grunde der eigentlichen selbstbewußten Modernität der Juristen« sieht.
- 14 Zum folgenden Text vgl. auch D. WILLOWEIT, Der Usus modernus und die geschichtliche Begründung des Rechts, in: DERS. unter Mitarbeit von E. MÜLLER-LUCKNER, Die Begründung des Rechts als historisches Problem, München 2000, 229–245, Neudr. in DERS., Staatsbildung und Jurisprudenz, Bd. 2, Stockstadt a. M. 2009, 373–389; SCHÄFER (Fn. 7) 59 ff., 84 ff.
- 15 Auf den Bewusstseinswandel infolge des langen Krieges weist auch HAMMERSTEIN (Fn. 10) 87 hin.
- 16 In: H. CONRING, Opera omnia, ed. J. W. Göbel, Tom. VI, Braunschweig 1730, Neudr. 1973, 775sq. Zu den Folgen dieser Schrift K. LUIG, Conring, das deutsche Recht und die Rechtsgeschichte, in: Hermann Conring (1606–1681). Beiträge zu Leben und Werk, hg. von M. STOLLEIS, Berlin 1983, 355–395.
- 17 S. RACHELIUS, Introductio ad Ius Publicum Germanicum, Amsterdam 1680.
- 18 Zum Echo in der Jurisprudenz vgl. LUIG (Fn. 16) 380 ff.; WILLOWEIT (Fn. 14) 235 ff., Neudr. 379 ff.
- 19 Zutreffend B.-R. KERN, Thomasius und das Deutsche Privatrecht, in: Christian Thomasius (1655–1728). Wegbereiter moderner Rechtskultur und Juristenausbil-

dung, hg. von H. LÜCK, Hildesheim [u. a.] 2006, 297–308, 308: Thomasius »(war) für die Entwicklung des Deutschen Privatrechts nach Hermann Conring ... von entscheidender Bedeutung«. Vgl. a. schon Georg Beseler, bei KERN 297; sowie HAMMERSTEIN (Fn. 10) 84 ff.; LUIG (Fn. 16) 385, 387 ff.; SCHÄFER (Fn. 7) 84 ff.; WILLOWEIT (Fn. 14) 240 ff., Neudr. 384 ff.

20 HAMMERSTEIN (Fn. 10) 148 ff. und passim.

21 W. WIEGAND, Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit, Ebelsbach 1977; LUIG (Fn. 16) 360 ff.; J. SCHRÖDER, Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur Historischen Schule (1500–1850), München 2001, 17 ff.

schlechthin geworden. Kein positives Recht galt mehr seit jeher, auch das kaiserliche nicht, sondern notwendigerweise von einem gewissen Zeitpunkt an und es konnte durch späteres Recht ersetzt werden. Das heißt zugleich: Der moderne Begriff der Rechtsgeltung setzte sich durch. »Dadurch wurde die Statuentheorie praktisch überflüssig.«<sup>22</sup> Der längst bekannte Satz »lex posterior derogat legi priori« gewann nun den Charakter einer Grundregel der Rechtsordnung.

Der Blick auf die Geschichtlichkeit des Rechts seit Conring und überall unter den Juristen seit 1700 ist an zahllosen Titeln der in den ersten Jahrzehnten des 18. Jahrhunderts erschienenen Literatur zum allgemeinen und partikularen deutschen Recht leicht zu erkennen.<sup>23</sup> Wie jeder Aufbruch zu neuen Ufern war natürlich auch dieser in den beiden vorangegangenen Jahrhunderten unter noch anderen geistes- und rechtsgeschichtlichen Bedingungen vorbereitet worden: durch die Geschichtswerke des Späthumanismus, durch die Bedürfnisse der mit einheimischem Recht befassten Gerichtspraxis, durch die Differentienliteratur, die Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechten erörterte. Auf unterschiedlichen Pfaden waren Gelehrte also zunächst unterwegs, die schließlich den Weg zu einem selbstbewussten Umgang mit den einheimischen Rechtsverhältnissen und Gesetzen bahnten.<sup>24</sup> Zu der durchaus epochalen Zäsur um 1700 dürfte mittelbar auch der Siegeszug des Naturrechts beigetragen haben. Es ist kaum ein Zufall, dass derselbe Christian Thomasius, der auf die Geschichtlichkeit des positiven Rechts hinwies, auch für das Naturrecht den metaphysischen Anspruch – der Theologie – aufgab.<sup>25</sup> Stellte das säkulare Naturrecht aber den Anspruch des römischen Rechts in Frage, so befreite es zugleich die deutschen Rechte von ihrem Schattendasein an den Universitäten.

#### 4. Die Entstehung einer partikularrechtlichen Jurisprudenz

Das aufgeklärte historische Denken zog noch eine weitere Konsequenz nach sich, die für unser Thema von Bedeutung ist. Wenn die deutschen Fürsten ihr Herrschaftsrecht nicht den römischen Kaisern verdankten, dann doch offenbar ihren eigenen Vorfahren, die einst als Häuptlinge an die Spitze ihrer Stämme traten und im Wege originären Rechtserwerbs die Legitimität der Territorialgewalt begründeten. Diese Erkenntnis setzte sich im 18. Jahr-

22 LUIG (Fn. 12) 632; SCHRÖDER (Fn. 21) 157 und 21 f. – Dies zu dem Versuch, in Hinblick auf die Statuentheorie die von Conring eingeleitete Wende des Rechtsverständnisses zu relativieren, vgl. M. LIPP, Deutsches Privatrecht und Usus modernus – eine Studie zur Rechtsgeltungs- und Rechtsanwendungslehre im 16. und 17. Jahrhundert, in: Rechtswissenschaft im Wandel. Festschrift

des Fachbereichs Rechtswissenschaft zum 400jährigen Gründungsjubiläum der Justus-Liebig-Universität Gießen, Tübingen 2007, 43–63. Es geht, anders als Lipp glaubt, nicht darum, im Sinne des 19. Jahrhunderts »eine genuin germanistische Rechtsordnung fixieren« zu wollen, ebda. 63, sondern es gilt, die über die statutenfreundliche Gerichtspraxis hinausgehende, massive Hinwen-

dung der akademischen Jurisprudenz zur Geschichte seit dem frühen 18. Jahrhundert zur Kenntnis zu nehmen.

23 Man vergleiche nur die verdienstvolle Bibliographie zur einschlägigen Literatur des 18. Jahrhunderts bei SCHÄFER (Fn. 7) 721 bis 742.

24 SCHÄFER (Fn. 7) 31 ff

25 CHR. LINK, Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit, Wien [u. a.] 1979, 253 ff.

hundert allgemein durch.<sup>26</sup> Damit gewann das Recht der einzelnen deutschen Staaten an Gewicht.

Das an der Schwelle zum 18. Jahrhundert grundlegend gewandelte Verständnis der deutschen partikularen Staatlichkeit lässt sich nur allmählich an der wenig flexiblen Struktur der Juristenfakultäten ablesen. Die Ausrichtung ihrer in der Regel vier Lehrstühle für die Institutionen, die Pandekten, den Codex und das Kanonische Recht<sup>27</sup> konnte durch weitere Rechtsgebiete nur ergänzt werden. So zum Beispiel auch an der damals modernsten Universität Halle, wo die Institutionenprofessur auch das Lehnrecht zu vertreten hatte, der Pandektist auch das Kriminalrecht, der Lehrer des Codex auch neueres Reichsrecht und der Kanonist das Prozessrecht und das *Ius publicum*.<sup>28</sup> Dieses Schema war so oder ähnlich auch an den anderen Juristenfakultäten bekannt. In der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts beginnt jedoch die Verselbständigung einzelner Fächer mit eigenen Vorlesungen, zum Teil auch mit eigenen Professuren. Diese Entwicklung betrifft nicht nur das *Ius publicum*,<sup>29</sup> sondern gerade auch die nun interessierenden deutschen Partikularrechte. Das insoweit bisher bestehende Forschungsdesiderat hat die Untersuchung von Frank L. Schäfer weitgehend beseitigen können. Danach haben sicher oder mit hoher Wahrscheinlichkeit schon im ersten Jahrzehnt des 18. Jahrhunderts Halle, Leipzig, Königsberg und Kiel Vorlesungen zu den Partikularrechten ihrer Länder angeboten, im zweiten und dritten Jahrzehnt Helmstedt, Altdorf, Freiburg und Tübingen, in den dreißiger Jahren Wittenberg, Köln und Würzburg, bis zur Jahrhundertmitte Prag, Rostock, Ingolstadt, Greifswald und Göttingen; in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts vervollständigen Wien, Erlangen, Herborn, Gießen und endlich auch Jena, Marburg und weitere, kleinere Universitäten dieses Bild.<sup>30</sup>

Im juristischen Schrifttum spiegeln sich die tiefgreifenden Veränderungen seit der Wende zum 18. Jahrhundert sehr ungleichmäßig wider. In erster Linie war es das in kompakten Überlieferungen und neueren Gesetzen vorliegende sächsische Recht, das zahlreiche, auch umfassend angelegte Publikationen herausforderte.<sup>31</sup> Ähnlich verhielt es sich mit dem lübischen Recht und mit dem 1620 kodifizierten Landrecht des außerhalb des Reiches gelegenen und auf seine Eigenständigkeit bedachten Herzogtums Preußen.<sup>32</sup> Nicht zuletzt Bayern verfügte mit seiner in das Mittelalter zurückreichenden Tradition schriftlich fixierten Rechts und dem Land-

26 WILLOWEIT (Fn. 3) 228.

27 COING (Fn. 12) 33 ff.

28 TH. HÜLS, Die Juristenausbildung an der Universität Halle. Jur. Diss. Göttingen 1996, 4. Vgl. auch

F. GUNDLACH, Die akademischen Lehrer der Philipps-Universität in Marburg von 1527 bis 1910, Marburg 1927, 95 ff. Weitere Beispiele ließen sich anfügen.

29 COING (Fn. 12) 34 f., 42 ff.; STOLLEIS (Fn. 1) 237 ff.; M. FRIEDRICH, Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, Berlin 1997, 84 ff.

30 SCHÄFER (Fn. 7) 171–200. Die Chronologie lässt den von Halle

ausgehenden Impuls und erste Wirkungen in Sachsen und an der Ostsee erkennen, dagegen – im Unterschied zu der ganz anders gelagerten Problematik des *Ius publicum* – keinen generellen Entwicklungsrückstand der katholischen Universitäten, wie SCHÄFER 193 annimmt.

31 SCHÄFER (Fn. 7) 171 ff.

32 SCHÄFER (Fn. 7) 176 ff., 182.

recht von 1616 über eine auf historischen Grundlagen modernisierte Rechtsordnung, auf deren Boden nicht zufällig schon 1756 die erste große deutsche Kodifikation des Zivilrechts entstand.<sup>33</sup> In allen diesen Rechtskreisen waren die Juristen mit der Existenz einheimischer Rechtstexte seit langem konfrontiert. Wo aber das gemeine Recht durch die territoriale Gesetzgebung nur modifiziert und ergänzt worden war, gab es weniger Raum für große Darstellungen des einheimischen Rechts.<sup>34</sup>

Der Weg zu einem partikularen Staatsrecht war steiniger. Zwar behandelten nicht wenige der partikularrechtlichen Publikationen auch einzelne Materien des *Ius publicum* oder doch verwandte Fragen.<sup>35</sup> Aber sie boten keine Grundlage für ein wie auch immer geartetes systematisches Verständnis des Landesstaatsrechts. Als tauglich für diesen Zweck erwiesen sich da schon eher eine Reihe von Rechtsbegriffen auf relativ hohem Abstraktionsniveau, die sich als Themen der juristischen Literatur schon im 17. Jahrhundert etabliert hatten. Sie waren teils dem gemeinen Recht, teils der politiktheoretischen Literatur entnommen. Während des ganzen 17. Jahrhunderts erscheinen Traktate de iurisdictione, de regalibus, de summa potestate, de homagio, de subditis, de advocatia und über andere, die Fürstenherrschaft unmittelbar betreffende Themen.<sup>36</sup> Doch blieben das Bausteine. Die Gesamtheit territorialstaatlicher Rechtsbeziehungen konnte auf diesem Wege nicht erfasst werden und erst recht entzogen sich die zahllosen Besonderheiten des territorialen Herrschaftswesens einer verallgemeinernden Darstellung.<sup>37</sup>

Mit dieser Schwierigkeit sahen sich auch die frühen Vertreter der Reichspublizistik konfrontiert. Sie interessierten sich für das Reich, nicht für die Fürstenherrschaft. Und wenn, dann erschien diese nur als Teil der Reichsgewalt, wie bei Theodor Reinkingk 1616.<sup>38</sup> Doch indem die Reichspublizisten genötigt waren, im Rahmen ihrer systematischen Darstellungen auch die territorialen Gewalten als Ganzes zu charakterisieren, mussten sie eine Begrifflichkeit finden, die einerseits die Territorialgewalt charakterisierte, andererseits aber die Rechte von Kaiser und Reich nicht tangierte. Als Lösung bot sich die im frühen 17. Jahrhundert noch dominierende politische Leitvokabel »Obrigkeit« und deren lateinische Form »superioritas« mit dem Zusatz »territoralis« an, weil das Wort »Obrigkeit« damals exakt den unmittelbaren Zugriff des lokalen Hoheitsträgers auf den Untertan ausdrückte.<sup>39</sup>

33 B. DÖLEMEYER, Bayerische Kodifikationen des Naturrechtszeitalters, in: HRG, 2. Aufl., Bd. 1, 478–480.

34 Das gilt besonders für die geistlichen Territorien, zum Beispiel das Hochstift Würzburg, an dessen Juristenfakultät der für das Recht Frankens zuständige Joseph Maria Schneidt seit 1787 unter Mitwirkung der Regierung des Hochstifts einen mehrbändigen,

aus zahlreichen Gesetzen, Dissertationen, Urkunden etc. zusammengesetzten Thesaurus Juris Franconici herausgab – ein System fränkischen Rechts existierte eben nicht. Vgl. a. F. MERZBACHER, Joseph Maria Schneidt, in: Fränkische Lebensbilder 9 (1980) 204–219, 214 ff. Ähnliches berichtet SCHÄFER (Fn. 7) 195 f. von der Publikation des fuldischen Privatrechts.

35 Vgl. die wiederholten Hinweise von SCHÄFER (Fn. 7) 172, 187, 196, 200.

36 STOLLEIS (Fn. 1) 156 ff., 166 ff., 174 ff.; WILLOWEIT (Fn. 3) 33 ff., 47 ff., 63 ff. und passim. Gelegentlich misslingt eine einschlägige Begriffsbildung: die von Andreas Knichen um 1600 geprägte Formel *ius territorii* – dazu WILLOWEIT ebda. 121 ff. – zum Beispiel setzte sich nicht durch und kann gerade deshalb im Westfälischen Frieden als Kompromissformel dienen, vgl. Art. VIII § 1 IPO.

37 Unter den dennoch zu beobachtenden Vorläufern aus späthumanistischem Geiste verdient der fern vom Helmstedter Umfeld in Süddeutschland als Rechtskonsulent von Reichsstädten und Reichsrittern tätige PHILIPP KNIPSCHILD Erwähnung, z. B. mit seinem ergebnisreichen *Tractatus de iuribus et privilegiis civitatum imperialium*, Ulm 1657.

38 TH. REINKINGK, *Tractatus de regimine seculari et ecclesiastico S. imperii Romano-Germanici*, 1616, 2. verm. Aufl. Basel 1622. Abgewogen zu diesem Autor STOLLEIS (Fn. 1) 218 ff. Zu Unrecht hat man sich daran gewöhnt, Reinkingk nur als kaiserlichen Parteigänger abzustempeln, vgl. etwa B. PAHLMANN, in: Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, hg. von G. KLEINHEYER, J. SCHRÖDER, 5. Aufl. Heidelberg 2008, 360 ff. Reinkingks Begriff der Territorialgewalt entspricht bereits exakt der sich seitdem entwickelnden herrschenden Lehre, die sich selbstverständlich auch durch Loyalität gegenüber dem Kaisertum auszeichnete, vgl. WILLOWEIT (Fn. 3) 126 ff. Was Reinkingks Glaube an das Reich als letzte Universalmonarchie der Weltgeschichte betrifft, so ist zu bedenken: Er schrieb vor der Erfahrung des Dreißigjährigen Krieges.

39 Vgl. dazu die Bedeutungsvarianten in der Online-Version des Deutschen Rechtswörterbuchs; ferner WILLOWEIT (Fn. 3) 123 ff.



Auf dem so vorbereiteten Boden setzt langsam im ausgehenden 17. Jahrhundert, wie eine Lawine aber in den ersten Jahrzehnten des 18. Jahrhunderts eine Publikationswelle ein, die eine Fülle spezieller landesrechtlicher Fragen auch öffentlichrechtlichen Charakters thematisiert. Es erscheinen Arbeiten zur Reichsritterschaft, zum deutschen Adel, zu den geschlossenen und ungeschlossenen deutschen Territorien, über die Rechte der Grafen, über die hessischen Landstände, über das Herzogtum der Würzburger Fürstbischöfe usw.<sup>40</sup> Es ist, als ob ein Bann gebrochen wäre.

##### 5. Juristische Darstellungen der Landesstaatsrechte

Robert von Mohl war der Meinung, die Reichspublizistik habe nur »ein gemeinschaftliches Landesstaatsrecht anerkannt und zwar ... ein sämtliche Reichsstaaten umfassendes«.<sup>41</sup> In dieser Überzeugung klingt noch die Genese des Territorialstaatsrechts aus den Wurzeln des Reichsstaatsrechts nach. Aber seitdem man die historischen Grundlagen des Rechts als dessen Geltungsgrund ernst nahm, dauerte es nicht mehr lange, bis die ersten Darstellungen des Staatsrechts einzelner Reichsterritorien erschienen. Als erster, doch wohl eher zufällig, ist der junge Johann Jacob Moser zu zitieren. Jahrgang 1701, ist Moser in die erste große Woge historischen Rechtsdenkens hineingeboren und von ihr in jungen Jahren als Schüler Gabriel Schweders mit aller Heftigkeit, deren eine erste nachrückende Generation fähig ist, erfasst worden.<sup>42</sup> Moser ist also keineswegs der Begründer dieses »historischen Positivismus«, wie nach dem Tenor erster Arbeiten über sein Werk zu vermuten.<sup>43</sup> Er fand ihn als die Aufgabe seiner Zeit schon vor und entwickelte ihn mit klarem Blick für das noch geltende historische Recht und Reichsherkommen und andererseits auszuscheidende Materien zu einem methodisch sicher zu handhabenden Instrument weiter.<sup>44</sup>

Als Moser am Collegium illustre in Tübingen adligen Nachwuchs unterrichtete, brachte er 1729 ein Buch heraus, in dessen umständlichem Titel der Begriff des Staatsrechts – vielleicht erstmals – ausdrücklich auf ein deutsches Territorium bezogen wurde: »Erläutertes Württemberg, oder Sammlung allerhand alt- und neuer Schrifften, Observationen und Urkunden, wodurch die Civil-Kirchen- Gelehrte und natürliche Historie, auch das Staats- und Land-Recht des Herzogthums Württemberg einiges Licht erhält«. Außer zu den genannten Zwecken »zu sammeln« hatte Moser aber

40 Symptomatisch etwa das Buch eines sich 1701 zu Wort meldenden unbekanntem Autors namens ANTON WILHELM ERTEL, dessen Titel mit barockem Gepränge die reichsrechtlichen Wurzeln der Landesobrigkeit vergessen lässt: »Neu-eröffneter Schau-Platz der Lands.-Fürstl. Ober-Bottmäßigkeit und so genannten Territorial-Superiorität«.

41 R. MOHL, Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, Bd. I–III, Erlangen 1855–1858, Bd. II 288 f.

42 Zum Studium Mosers E. SCHÖMBS, Das Staatsrecht Johann Jacob Mosers (1701–1785), Berlin 1968, 98 ff.

43 R. RÜRUP, Johann Jacob Moser – Pietismus und Reform, Wiesbaden 1965, 105 f.: »Epoche Moser«; SCHÖMBS (Fn. 42) schon im Un-

tertitel seines Buches: »Zur Entstehung des historischen Positivismus in der deutschen Reichspublizistik des 18. Jahrhunderts«, obwohl dem Autor 178 ff. die »Verbindung von Staatsrecht und Staatsgeschichte am Beginn des 18. Jahrhunderts« klar ist.

44 Zum Unterschied gegenüber der sich verselbständigenden »Reichshistorie« STOLLEIS (Fn. 1) 266 f.

kein Konzept.<sup>45</sup> Es sind die historischen Vorgänge und Dokumente, welche die Rechtslage des Landes bestimmen und daher wie selbstverständlich einer Erläuterung seines Staatsrechts zugrunde zu legen und mitzuteilen sind. Von unvergleichlich höherem systematischem Anspruch war die 1732 von einem sächsischen Appellationsgerichtsrat veröffentlichte Beschreibung der kursächsischen Justizverfassung, die schon in ihrem Titel ausdrücklich deren historische, durch »authentische Urkunden« belegte Dimension beschwor.<sup>46</sup> Das zu behandelnde Thema erfasst den überwiegenden Teil der Staatsverfassung, da der Autor mit drei Kapiteln über das Gesetzgebungsrecht beginnt, das die deutschen Reichsstände kraft ihrer »Landes-Herrlichen Macht und Hoheit« befähigt, Gesetze zu erlassen, zu ändern und aufzuheben. Besonders gelte dies für das Kurhaus Sachsen, das sich für die Gesetzgebung einer altergebrachten »Autonomia« erfreue.<sup>47</sup> Stützt insoweit das Rechtsherkommen die fürstliche Position, so offenbart der Blick auf die nur im Plural zu beschreibenden »kurfürstlichen Lande« ganz traditionale Verhältnisse im Rahmen der Reichsverfassung. Von den Erblanden sind die inkorporierten Stifter Meißen, Merseburg und Naumburg, ferner die Markgrafschaften Ober- und Niederlausitz und Anteile an der gefürsteten Grafschaft Henneberg zu unterscheiden. Die Erblande wiederum zerfallen in das Herzogtum Sachsen, die Markgrafschaft Meißen und Teile der Landgrafschaft Thüringen und des Vogtlandes, wobei das Herzogtum selbst wieder aus verschiedenen Elementen zusammengesetzt ist. Die Unterscheidung aller dieser Fürstentümer und Territorialsplitters ist wichtig, weil sich in ihnen die Herrschaft des kurfürstlichen Hauses durch ganz unterschiedliche Erwerbsgründe legitimiert: Belehnung, Erbe, Kauf, Vertrag, Heiratsgut usw.<sup>48</sup> Diese Funktion, die Rechtmäßigkeit der in Anspruch genommenen Landesobrigkeit am Objekt konkret nachzuweisen, wird auch in Zukunft ein Charakteristikum aller Darstellungen des Landesstaatsrechts sein.

1738, ein Jahr, nachdem Moser mit der Publikation seines »Teutschen Staats-Rechts« begonnen hatte, legte er auch einen »Entwurf« eines Staatsrechts der drei geistlichen Kurfürstentümer vor und erbot sich, »wann sich ein billicher Verleger findet«, die Staatsrechte aller Reichsstände abzuhandeln.<sup>49</sup> Er hatte eine Lücke im Schrifttum bemerkt. Aber dieser erste Versuch fiel inhaltlich noch so dürftig aus, dass er hier vernachlässigt werden kann. Die erste diesen Namen verdienende Systematik eines Landesstaats-

45 In seiner Einleitung wiederholt Moser lediglich den Titel des Werkes.

46 CHR. G. WABST, Historische Nachricht von des Churfürstenthums Sachsen und derer dazugehörigen Lande jetziger Verfassung der Hohen und niederen Justitz aus authentischen Urkunden abgefasset, Leipzig 1732.

47 WABST (Fn. 46) Sect. I Cap. I § I p. 1 und § II p. 2, wo an die

Ablehnung des von Kaiser Karl V. 1521 eingeführten Erbrechts der Enkel neben den Brüdern des vorverstorbenen Vaters durch den sächsischen Kurfürsten und des letzteren Bestätigung der abweichenden sächsischen Erbrechtsregelung erinnert wird.

48 WABST (Fn. 46) Sect. I Cap. II p. 78qq.

49 J. J. MOSER, Entwurf eines Staatsrechts derer geistlichen Chur-

Fürsten des Heil. Röm. Reichs, Frankfurt, Leipzig 1738, 2.

- 50 J. G. ESTOR, *Ius publicum Hassiacum hodiernum variis observationibus historicis et practicis illustratum*, Jena 1740.
- 51 ESTOR (Fn. 50) Cap. XV. Den Abschluss bildet seltsamerweise ein Kapitel über die Lehen und Allode der Landgrafen, die besser in die beiden Eingangskapitel passen würden.
- 52 J. J. MOSER, *Staats-Recht des Fürstlichen Hoch-Stifts Augsburg*, Leipzig 1740.
- 53 J. J. MOSER, *Staats-Recht des Fürstlichen Hoch-Stifts Costanz wie auch der Fürstlichen Abbtrey Reichenau*, Leipzig 1740.
- 54 J. J. MOSER, *Staats-Recht des Chur-Fürstlichen Erz-Stifts Trier wie auch der gefürsteten Abbtrey Prüm und der Abbtrey St. Maximin*, Leipzig und Frankfurt 1740.
- 55 J. J. MOSER, *Staats-Recht des Hoch-Fürstlichen Hauses Anhalt, wie auch der Abbtrey Gernrode, Graffschaft Holzappel und Herrschaft Jever*, Leipzig und Frankfurt 1740.
- 56 J. J. MOSER, *Staats-Recht derer Reichs-Gräflichen Häuser von der Leyen, von Plettenberg und von Pirmont*, Leipzig und Ebersdorf im Vogtland 1744; DERS., *Staats-Recht der Reichs-Graffschaft Sayn*, o. O. 1749.
- 57 J. J. MOSER, *Einleitung in das Chur-Fürstlich Bayrische Staats-Recht*, o. O. 1754.
- 58 J. J. MOSER, *Einleitung in das Churfürstlich-Maynzische Staats-Recht*, Frankfurt am Main 1755.
- 59 J. J. MOSER, *Einleitung in das chur-fürst- und herzoglich-braunschweig-lüneburgische Staats-Recht*, Frankfurt 1755.
- 60 J. J. MOSER, *Einleitung in das Churfürstlich-Pfälzische Staats-Recht*, Frankfurt und Leipzig 1762.
- 61 J. J. MOSER, *Einleitung in das Markgräflich-Badische Staats-recht*, Frankfurt und Leipzig 1772.

rechts hat nicht Moser, sondern 1739 der Gießener Ordinarius Johann Georg Estor in Gestalt eines »Ius publicum Hassiacum hodiernum«, das beide hessischen Fürstentümer umfasste, vorgelegt.<sup>50</sup> In sechzehn Kapiteln behandelt der Autor zunächst die verschiedenen Landesteile, Erwerbungen und ihre Rechtstitel, sodann die Landesteilungen und gemeinsam gebliebenen Institutionen, die Familienverträge, das Primogeniturrecht, Apanagen, Austräge, die Privilegien der Fürsten, ihr Stimmrecht im Reichstag, ihre sonstigen Vorzüge, Titel und Rechtsansprüche. Schließlich finden noch die Religion und akademische Einrichtungen Erwähnung, ehe fast am Ende des Buches etwas »De statibus Hassiae provincialibus et horum subiectione territoriale« zu lesen ist.<sup>51</sup> Das Tableau der von Estor behandelten Themen ist fast ausschließlich auf die Person des regierenden Fürsten und dynastische Fragen zugeschnitten. Sie vor allem sind offenbar Gegenstand des Ius publicum eines weltlichen Reichsfürstentums. Zwar scheint die Erwähnung der Religion und der Landstände auch auf ein umfassenderes staatsrechtliches Verständnis des nur einem Lande gewidmeten Ius publicum hinzuweisen. Doch legt der Kontext die Annahme nahe, dass es auch dabei um die Klarstellung der dominierenden Position des Fürstenhauses mit seinen beiden Linien geht.

Nur ein Jahr nachdem das Werk Estors im Druck erschienen war, wirft Moser gleich vier Landesstaatsrechte auf den Markt, nämlich solche der Hochstifte Augsburg,<sup>52</sup> Konstanz<sup>53</sup> und Trier<sup>54</sup> sowie das des »Hoch-fürstlichen Hauses Anhalt«.<sup>55</sup> 1744 und 1749 lässt Moser noch die Staatsrechte einiger Reichsgrafschaften folgen.<sup>56</sup> Einen weiteren Schub territorialer Staatsrechte publiziert Moser seit 1754, als er ein bayerisches,<sup>57</sup> im Jahr darauf ein mainzisches<sup>58</sup> und braunschweig-lüneburgisches<sup>59</sup> Staatsrecht, schließlich 1762 noch ein Staatsrecht der Kurpfalz publiziert.<sup>60</sup> Das letzte in dieser Reihe war ein badisches Staatsrecht von 1772.<sup>61</sup> Das ist insgesamt nur ein Bruchteil des 1738 ins Auge gefassten Programms. Frühzeitig hat sich Moser mit der Frage auseinandergesetzt, »Ob und wie ferne die besondere Staats-Verfassung der einzelnen Stände des Heil. Röm. Reichs zu lehren erlaubt seye?«<sup>62</sup> Diese Frage bejahte er, weil es nirgendwo verboten sei. Zwar könne ein Landesherr seinen Untertanen verbieten, über das Staatsrecht des eigenen Landes etwas zu Papier zu bringen. Doch über die Verfassungen anderer Staaten zu schreiben, sei »würcklichen und wahren Völcker-Rechtens und Herkommens«.<sup>63</sup> In schon vorge-

Bei dem in moderner Zeit unter dem Titel eines »Staatsrechts« edierten Manuskript handelt es sich um Mosers Tübinger Dissertation von 1720, die damals keine Druckerlaubnis erhalten hatte, vgl. Johann Jacob Mosers Mömpelgardisches Staatsrecht, hg. von W. H. STEIN, Stuttgart 1983, 24 f. – Mosers wenige reichsstädtische Staatsrechte wurden hier wegen ihrer unvergleichbaren Verfas-

sungsverhältnisse nicht berücksichtigt, vgl. die Titel in der Bibliographie der Schriften Mosers bei RÜRUP (Fn. 43) 262 f.

62 J. J. MOSERS Allgemeine Einleitung in die Lehre des besonderen Staats-Rechts aller einzelnen Stände des Heil. Röm. Reichs, und in sein von diesem Staats-Recht handelndes Werck, Frankfurt und Leipzig 1739, 3. Capitel.

63 MOSER (Fn. 62), 3. Cap. §§ 2, 3, 8.

rücktem Alter hat Moser recht deutlich die Schwierigkeiten zur Sprache gebracht, die dennoch gerade die Erarbeitung und Veröffentlichung von Landesstaatsrechten behinderten oder unmöglich machten: willkürliche Regierung des Landesherrn, dem sich der Autor eines solchen Buches verhasst mache wenn er nicht nach jenes Herrn Geschmack schreibe, aber auch eifersüchtige Geheimhaltung von Herrschaftswissen oder bloße Unsicherheit der Höfe, mit dieser Art von Publizistik umzugehen.<sup>64</sup> Kreittmayr meint, es habe sich vor dem Geheimen Rat von Moser niemand »recht daran getrauet«. Moser sei der Erste gewesen, »welcher dieses ungebraute Feld zu bearbeiten angefangen« – Estors hessisches Staatsrecht kannte er offenbar nicht.<sup>65</sup> Auch Kreittmayrs Andeutung meint wohl die Angst vor der Obrigkeit, nicht nur die Furcht vor der Fülle von landesstaatsrechtlichen Details.

Programmatisch hat Moser darauf bestanden, dass »ein jedweder, auch der geringste Stand des Heil. Röm. Reichs seine eigene Staats-Verfassung folglich auch sein eigenes Staats-Recht hat«, nämlich »das, was in specie er ... für Gerechtsame, Obliegenheiten und Strittigkeiten habe« und es sei gerade bei »schwachen Reichs-Ständen rathsam, von Stück zu Stück zu zeigen, ob und wie ferne ein solcher Stand in dem Besitz der Landes-Hoheit sey oder nicht«. <sup>66</sup> Moser hat schon für die ersten seiner Landesstaatsrechte im Jahre 1740 einen Aufbau in zwölf Kapiteln samt Urkundenanhang und Bibliographie entworfen, den er mit geringen Variationen allen von ihm veröffentlichten einschlägigen Werken zugrunde gelegt hat.<sup>67</sup> Unterschiede waren im Wesentlichen nur in Hinblick auf den geistlichen und weltlichen Charakter der behandelten Territorien zu machen. Anders als man es von manchen anderen Büchern Mosers gewohnt ist, bietet er in seinen Landesstaatsrechten also nicht nur zufällige Ergebnisse seiner Sammelleidenschaft. Zwar liegen ihm zu den einzelnen Kapiteln Informationen unterschiedlichen Umfangs vor, so dass die Gewichtung der einzelnen Themen verschieden ausfällt. Aber der Kreis der landesstaatsrechtlich beachtlichen Fragen bleibt derselbe. Moser hatte also eine bestimmte Vorstellung von der Verfassung eines deutschen Fürstentums. Das ist in einem Zeitalter, dem das Etikett des »Absolutismus« angeheftet wird, nicht wenig. Äußerungen herrscherlicher Willkür, wie die von Friedrich Wilhelm I.,<sup>68</sup> sind mit dem Bestand der rechtlich festliegenden Verhältnisse zu vergleichen. Das Ergebnis kann nicht zweifelhaft sein.

64 J. J. MOSER, Von dem neuesten Zustande des Besonderen Teutschen Staatsrechts, Frankfurt am Main 1770, 8 ff. Zum Verbot des Preußenkönigs Friedrich Wilhelm I. gegenüber Moser, »bey Vermeidung Unserer schweren Ungnade und ohnausbleiblicher scharffer Ahndung«, ein brandenburgisches Staatsrecht zu veröffentlichen, vgl. D. WILLOWEIT, Meinungsfreiheit im Prozeß der

alteuropäischen Staatswerdung, in: Meinungsfreiheit – Grundgedanken und Geschichte in Europa und USA, hg. von J. SCHWARTLÄNDER, D. WILLOWEIT, Kehl am Rhein [u. a.] 1986, 105–120, Neudr. (Fn. 14), Bd. 2, 239 ff., 249.

65 W. X. A. v. KREITTMAYR, Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayrischen Staatsrechtes, München und Leipzig 1769, 179 f.

66 MOSER (Fn. 62), I. Capitel, §§ 1, 11.

67 Nur die von ihm nicht selbst veröffentlichte Arbeit über Mömpelgard (Fn. 61) ist ganz anders gegliedert.

68 Vgl. o. Fn. 64.

Mosers Staatsrecht des Hochstifts Augsburg kann als Beispiel seines Konzepts dienen. Es beginnt mit der Wahl des Fürstbischofs, seinem Titel, Wappen und Hofstaat, Erbämtern und Koadjutoren sowie der Möglichkeit seiner Resignation. Danach erörtern die meisten Kapitel »Gerechtsame« des Hochstifts, so in Ansehung der Kaiserlichen Majestät, des Reiches, des fürstlichen Kollegiums, des Schwäbischen Kreises, einzelner Reichsstände, der Reichsgerichte, geistlicher Sachen und endlich Gerechtsame am Lande wie auch aller dort gelegenen Orte mit zugehörigen historischen Nachrichten. Kapitel über das Domkapitel sowie über Stände und Untertanen schließen sich an.<sup>69</sup> Das Staatsrecht des Erzstifts Mainz bietet noch einige Besonderheiten, die sich aus seiner herausgehobenen Stellung im Reichstag und gegenüber dem »Römischen Stuhl« ergeben.<sup>70</sup> Die Darstellungen der Landesstaatsrechte weltlicher Territorien fügen nach dem ersten Kapitel über den Landesherrn ein Kapitel über die dynastischen Familienangelegenheiten ein. Gemeinsam ist allen landesstaatsrechtlichen Werken Mosers der Blick auf die bestehenden landesherrlichen Rechte, die in seinem letzten, dem badischen Landesstaatsrecht auch als solche, nicht mehr altertümlich als »Gerechtsame« bezeichnet werden.<sup>71</sup> Wie ernst der Rechtscharakter der vielfach unterschiedlichen Landeshoheit genommen wurde, zeigen die ausführlichen Erörterungen der Streitfälle. Im Staatsrecht der geistlichen Fürstentümer dehnt sich ihre Darstellung über 25 bis 70 Prozent des jeweiligen Buchumfanges aus.<sup>72</sup> Im Staatsrecht der Grafschaft Sayn füllen die dynastischen Streitigkeiten des Herrscherhauses mehr als zwei Drittel des benötigten Raumes.<sup>73</sup> Das Staatsrecht dieser Länder ist nach der Vorstellung Mosers also in erster Linie als ein System subjektiver Herrscherrechte zu begreifen.

Aber er hat auch die Untertanen im Blick. In seiner »Allgemeinen Einleitung in die Lehre des besonderen Staats-Rechts« beklagt Moser, »daß ... einige Regenten in Teutschland oder doch ihre Hof-Teufel und böse Rathgebere, nur damit umgehen, ihre Land-Stände und Unterthanen vollends um alle ihre Gerechtigkeiten und platterdings unter ein slavisches Joch zu bringen« – zum Beispiel in Mecklenburg –, weshalb »ja dergleichen Leuten überhaupt und auch andern Land-Ständen und Unterthanen, sowohl in Corpore als einem jeden insbesondere daran gelegen (ist), daß gründlichen Bericht habe, wie weit sich des Landes-Herrns, der Land-Stände und der Unterthanen Gerechtsame erstrecken?«<sup>74</sup>

69 MOSER (Fn. 52). Den Abschluss bildet auch hier, wie bei Estor, ein Kapitel über die Passiv- und Aktivlehen.

70 MOSER (Fn. 58), Cap. 5 und 9.

71 MOSER (Fn. 61), Cap. 3 sqq.

72 MOSER (Fn. 52, 53, 54, 58), jeweils Cap. 6.

73 MOSER (Fn. 56), Cap. 2.

74 MOSER (Fn. 62), 2. Capitel, § 6.

Im Unterschied zu Estor kommt Moser jeweils in einem der letzten Kapitel seiner einzelnen Landesstaatsrechte auf die Untertanen zu sprechen, zuweilen nur mit wenigen Sätzen, gelegentlich aber auch recht ausführlich. Am meisten weiß er über die bayerischen Untertanen zu berichten. Sie sind entweder Bürger oder Landleute, letztere landgerichtliche oder Hofmarksuntertanen, wobei die landgerichtlichen Untertanen teils direkt dem Kurfürsten, teils aber noch einem weiteren Herrn ohne Hofmark unterworfen sind. Auch lässt sich die Bevölkerung in angesessene und unangesessene Leute einteilen. Zur Gruppe der Angesessenen gehören Bürger und Bauern, zu den Unangesessenen aber reisende Handwerker und Tagelöhner wie auch bloße Mieter und Pächter, selbst adeliger Güter, »welche keine Gerechtigkeit gaudiren«. <sup>75</sup> Im anhaltischen Staatsrecht berichtet Moser von einem Untertanenprozess, in dem der Reichshofrat der fürstlichen Regierung in Hinblick auf Hausverträge und die Landesordnung untersagte, »iura quae sita« in Gestalt bürgerlicher Brau- und Schankrechte zu verletzen. <sup>76</sup>

## 6. Kreittmayrs dreifaches Staatsrecht

Dieses Buch über das Allgemeine, Deutsche und Bayerische Staatsrecht zugleich verdient sowohl im Vergleich zu den Werken Mosers wie auch als eigenständige kreative Leistung ein besonderes Kapitel. <sup>77</sup> Nicht als einziger Autor seiner Epoche hat Kreittmayr den Versuch unternommen, die rational-naturrechtliche und die historisch-juristische Denkschule der Rechtswissenschaft seiner Zeit in einem Werk zu vereinigen. <sup>78</sup> Aber seine Handschrift ist unverwechselbar, sowohl im Bereich des Staatsrechts wie auch bei seiner umfänglichen gesetzgeberischen Tätigkeit mit ihren ganz anders gelagerten Problemen. <sup>79</sup> Wiguläus Xaver Aloysius von Kreittmayr ist nicht lediglich als Vorläufer der naturrechtlich geprägten Autoren und Kodifikatoren vage dem »Zeitalter des Vernunftrechts« zuzuordnen. Er ist ebenso sehr ein Vertreter des historischen Denkens in der Rechtswissenschaft und daher dem bisher geltenden Recht verpflichtet. <sup>80</sup> Wie sich beides in derselben Epoche miteinander vertragen konnte – naturrechtlicher Rationalismus und historisches Rechtsdenken –, dafür bietet Kreittmayrs Staatsrecht ein gutes Exempel.

Das Werk besteht bekanntlich aus drei Teilen, die zusammen genommen nicht ein einheitliches System bilden, sondern eher wie

<sup>75</sup> MOSER (Fn. 57), 351 sq.

<sup>76</sup> MOSER (Fn. 55), 217. Der kurze Text lässt nicht erkennen, ob hier die Existenz der wohlverordneten Rechte allein aus landesherrlichen Gesetzen gefolgt wird oder nicht doch auf individueller Privilegierung beruht.

<sup>77</sup> Vgl. o. Fn. 65 und dazu schon D. WILLOWEIT, Das Staatsrecht Kreittmayrs, in: Wiguläus Xaver Aloysius von Kreittmayr 1705–

1790. Ein Leben für Recht, Staat und Politik. Festschrift z. 200. Todestag, hg. von R. BAUER, H. SCHLOSSER, München 1991, 101–117, Neudr. (Fn. 14), Bd. 2, 289 ff.

<sup>78</sup> Man denke etwa an Daniel Nettelblatt oder an dessen Kritiker und doch von ihm beeinflussten Christoph Christian Dabelow, vgl. D. WILLOWEIT, Daniel Nettelblatt, in: HRG Bd. 3, 951 f.

<sup>79</sup> Vgl. a. M. LIPP, Wissenschaftstheorie und Vernunftrecht bei W. X. A. von Kreittmayr, in: BAUER, SCHLOSSER (Fn. 77) 181–210.

<sup>80</sup> SCHLOSSER (Fn. 8) 114 f.

Schalen einer Zwiebel übereinandergelegt sind: Allgemeines Staatsrecht, Reichsstaatsrecht, Bayerisches Staatsrecht. Für dieses besondere Konzept Kreittmayrs gab es nirgendwo ein Vorbild. Doch die Methodik des Naturrechts war ihm geläufig. Denn scheinbar schreitet der Gedankengang seines Buches vom Allgemeinen zum Besonderen fort, vom abstrakten Axiom zum konkreten Detail. Michael Stolleis charakterisiert das »Ius publicum universale« oder »Allgemeine Staatsrecht« als »einen Seitenzweig des Natur- und Völkerrechts«, in dem »die naturrechtlichen Sätze ... aller Völker und Zeiten zusammengefasst wurden«. <sup>81</sup> Das neue Fach entstand parallel zum Erlöschen der aristotelischen Politikwissenschaft und zugleich mit dem Aufstieg des Naturrechts an den Universitäten. Die philosophische Spekulation über den Staat erhebt im Vertrauen auf die Einsichtsfähigkeit der menschlichen Vernunft den Anspruch inhaltlicher Richtigkeit und rechtlicher Verbindlichkeit. Tatsächlich aber erfasst das Allgemeine Staatsrecht im Wege der Abstraktion die elementarsten gemeinsamen Merkmale des Staates, wie er den Zeitgenossen bekannt gewesen ist. Die Regeln des Allgemeinen Staatsrechts sind aus dem Besonderen, aus der empirischen Erfahrung herausgefiltert worden.

Kreittmayr fasst die Sätze des Allgemeinen Staatsrechts auf 74 Seiten knapp zusammen. Ausgehend vom *summum imperium seu supremam in republica potestatem vel maiestatem*, welche keine höhere Gewalt über sich anerkennt, d. h. ausgehend vom Souveränitätsbegriff Bodins, erörtert Kreittmayr die Majestätsrechte als Mittel, den Endzweck des Staates, die allgemeine Wohlfahrt, zu gewährleisten. Dazu gehören das Gesetzgebungs- und Privilegierungsrecht, die Gerichtsbarkeit, die Einrichtung öffentlicher Ämter, das Steuerungs- und Zollrecht, fiskalische Rechte wie die an Mineralien, Straßen oder Gewässern, die Regulierung des Wirtschaftslebens, die gute Policey, das Münz- und Postrecht, die Einrichtung von Universitäten, das *ius belli ac pacis*, das Bündnisrecht und anderes mehr, wie zum Beispiel die Verleihung fürstlicher oder adeliger Würden oder das Zeremonialwesen. <sup>82</sup> Je näher sich Kreittmayr auf Details einlässt, umso offensichtlicher tritt die Abhängigkeit seines universalen Staatsrechts von der politischen Welt seiner Epoche zutage.

Wegen der hohen Abstraktionsebene des Allgemeinen Staatsrechts überrascht es nicht, dass in Kreittmayrs um 50% stärkerem Deutschen Staatsrecht noch genügend Platz ist für die vielen Ein-

<sup>81</sup> STOLLEIS (Fn. 1) 291 ff.

<sup>82</sup> KREITTMAYR (Fn. 65) 1 ff.;

WILLOWEIT (Fn. 77) 103 ff.

zelheiten der deutschen Reichsverfassung.<sup>83</sup> Ihre Besonderheiten füllen die Vorgaben des allgemeinen Staatsrechts nur aus und konkretisieren sie durch den Inhalt der Reichsgrundgesetze, durch zahlreiche, auch internationale Vertragsschlüsse sowie durch das Reichsherkommen. Dieses »beruht auf solchen Staatssachen, welche zwar in keinem Reichsgrundgesetz oder Vertrag ausdrücklich bestimmt, gleichwohl aber ... schon in casibus similibus mit Wissen und Willen der Interessenten erweißlichermaßen so beobachtet worden sind, und dadurch vim juris non scripti erlangt haben.«<sup>84</sup> Der Geltungsgrund dieser teils in Gesetzen oder Verträgen ausformulierten, teils gewohnheitsrechtlich anerkannten Normen ist der historische Inkraftsetzungsakt oder die geschichtlich verifizierbare Anerkennung einer Übung als Recht. Die Verbindlichkeit des in der Vergangenheit entstandenen Rechts setzt Kreittmayr schon ganz selbstverständlich voraus. Den denkbaren Gegensatz und Konflikt mit dem naturrechtlich legitimierten allgemeinen Staatsrecht thematisiert er nicht. Denn er versteht das »Natur- und Völkerrecht« nicht als Quelle des öffentlichen Rechts, wohl aber dient es dem *Ius publicum* »in subsidium«. So allerdings können nicht alle Rechtsprobleme des positiven Rechts, zum Beispiel Kompetenz- und Verfahrensfragen, gelöst werden. Dann bleibt es eine Machtfrage, wer sich im Konfliktfall durchsetzt: »Ob und wie weit aber in deutschen Staatssachen, welche weder lege noch pacto vel observantia entschieden sind, nach der Analogie unserer Staatsverfassung praesumptio juris mehr pro imperatore als statibus universis vel singulis militare, ist noch nicht ausgemacht.«<sup>85</sup>

Im Einzelnen erörtert Kreittmayr in seinem »Deutschen Staatsrecht« alle dazu üblicherweise gehörenden Materien, von der Stellung des Kaisers bis zu den völkerrechtlichen Handlungsoptionen mit den jeweiligen reichsrechtlichen Besonderheiten. Die vom Autor in groben Zügen beabsichtigte Parallelität zu den Kapiteln des allgemeinen Staatsrechts gelingt nur unvollkommen, weil er nach den Rechten des Kaisers getreu dem herkömmlichen Aufbau des Reichsstaatsrechts die Rechtsstellung der Territorialgewalten als Reichsstände sehr ausführlich zur Darstellung bringt.<sup>86</sup> Das Gewicht des Kaisertums im Rahmen der Reichsverfassung schätzt der Zeitgenosse Kreittmayr jedoch ungleich höher ein, als viele Historiker lange wahrhaben wollten: »Das kaiserliche Amt und die dahin gehörige Obliegenheiten sind von sehr weitem Umfang, und haben fast in alle materias juris publici großen Einfluß ...«<sup>87</sup>

83 KREITTMAYR (Fn. 65) 77 ff.;  
WILLOWEIT (Fn. 77) 107 ff.

84 KREITTMAYR (Fn. 65) 82.

85 KREITTMAYR (Fn. 65) 82.

86 KREITTMAYR (Fn. 65) 98 ff., 145 f.

87 KREITTMAYR (Fn. 65) 86.



Kreittmayrs »Bayrisches Staatsrecht« übertrifft mit fast 270 Seiten die beiden anderen Teile des Buches bei weitem.<sup>88</sup> Nachdem der Autor über die reichsständischen Rechte schon ausführlich im »Deutschen Staatsrecht« informiert hat, darf man sich fragen, welche Rechtsverhältnisse im »Bayrischen Staatsrecht« überhaupt und in diesem Umfang zur Sprache kommen sollen. Die ersten zehn Abschnitte erscheinen dem heutigen Leser zunächst wie ein Geschichtsbuch. Am Anfang steht der dem damals moderneren Geschichtsbild entsprechende Satz »Bayern soll in den ältesten Zeiten ein Königreich gewesen seyn« – eine Vorstellung, auf die Max I. Joseph in seiner Proklamation des Königreiches vom 1. Januar 1806 Bezug genommen hat.<sup>89</sup> Kreittmayr schildert ausführlich die ursprünglich zu Bayern gehörenden Landschaften, um danach spätere Erwerbungen und deren besonderes rechtliches Schicksal zu erörtern. Außer der Oberpfalz und der Landgrafschaft Leuchtenberg kommt hier vor allem eine lange Reihe von Grafschaften und Herrschaften zur Sprache. Es geht dabei ersichtlich nicht um ein bloß geschichtliches Interesse, sondern um die Feststellung der historisch nachweisbaren Rechtstitel, welche die Landeshoheit der bayerischen Kurfürsten in den betreffenden Gebieten legitimieren. Herrschaft, d. h. die politische Gewalt über ein Gemeinwesen, muss sich als eine rechtliche erweisen können. Der Inhaber der Staatsgewalt ist zwar ein von den Untertanen hinzunehmendes Faktum, muss seinen Herrschaftsanspruch aber gegenüber anderen Herren rechtfertigen können. Diese Notwendigkeit ließ sich auch nicht mit den bekannten naturrechtlichen Vertragstheorien überspielen. Kreittmayr akzeptiert in seinem Allgemeinen Staatsrecht zwar jene Variante, nach welcher der Herrscher zu »Schutz, mithin auch Friede, Ruhe, Sicherheit und gemeine Wohlfahrtsverschaffung«, die Untertanen aber zu Gehorsam verpflichtet sind.<sup>90</sup> Aber dieses »Band der bürgerlichen Gesellschaft« allein vermag nicht zu begründen, warum gerade dieses Herrscherhaus an einem bestimmten Orte regieren darf oder auch davon ausgeschlossen ist, wie zum Beispiel in der Grafschaft Ortenburg, für die das Haus Bayern vom Kaiser nur eine Expektanz für den Fall des Aussterbens der Ortenburger erhalten hat.<sup>91</sup> Genau besehen, hat fast die Hälfte des dem Bayerischen Staatsrecht gewidmeten Textes direkt oder mittelbar mit derartigen Fragen der Herrschaftsbegründung zu tun, nicht zuletzt deshalb, weil in aller Ausführlichkeit das Verhältnis zu den benachbarten Territorialherren mit vielfältigen rechtlichen

88 KREITTMAYR (Fn. 65) 179 ff.;

WILLOWEIT (Fn. 77) 109 ff.

89 KREITTMAYR (Fn. 65) 181; F.

KRAMER, Bayerns Erhebung zum Königreich. Das offizielle Protokoll zur Annahme der Königswürde am 1. Januar 1806 (mit Edition), in: ZBLG 68 (2005) 815–834, besonders 816 f., 833.

90 KREITTMAYR (Fn. 65) 4 f.

91 KREITTMAYR (Fn. 65) 135, 332.

Beziehungen behandelt wird. Sämtliche Hochstifte im weiten Umkreis Bayerns werden durchgesprochen, die Reichsstädte, Fürstentümer von Böhmen und Tirol bis Franken und Württemberg. Nicht fehlen darf selbstverständlich auch die Eigenschaft des Herzogtums als Reichslehen, weil die Belehnung durch den Kaiser einen selbständigen Rechtstitel für die Herrschaft über das Kernland Bayern auch unabhängig von sonstigen historischen Nachforschungen bildet.

Als Subjekt aller dieser Rechtspositionen oder Rechtsansprüche ist auch das Herrscherhaus mit seinem Hofstaat, Hofämtern und kurfürstlichen Rechten, mit Primogenitur und Hausverträgen Gegenstand der Darstellung.<sup>92</sup> Auch hier geht es nicht nur, aber doch überwiegend um rechtlich festgeschriebene Verhältnisse, zum Teil um Verfassungsrecht auch nach modernem Verständnis. Denn die Regelung der Erbfolge in die Regierungsgewalt ist das zentrale Element des monarchischen Staatsrechts, mit dem das Problem des Machtwechsels ein für allemal gelöst werden sollte und in den meisten Fällen auch keine Schwierigkeiten bereitete. Ebenso erweckt Kreittmayrs Beschreibung der »Landesregierungssachen« den Eindruck, dass es sich um einen gewohnheitsrechtlich festliegenden Kreis öffentlicher Angelegenheiten handelt.<sup>93</sup> Dazu gehören als »Hauptgegenstände« die »Staats- Justitz- Policy- Finanz- Kriegs- und Kirchensachen«, wobei die Finanzangelegenheiten ein breites Spektrum unterschiedlicher Einnahmequellen von »Bräu- und Salzsachen« über Steuern bis zu den Zöllen umfassen. Auch hier überwiegen die kraft Herkommen festliegenden Abgaben. Der neben dem Militärwesen beweglichste Verwaltungszweig deutscher Territorien im 18. Jahrhundert, die Förderung von Manufaktur-sachen, findet zwar gleichfalls, aber mit skeptischem Unterton Erwähnung.<sup>94</sup> – Einen letzten Schwerpunkt des Bayerischen Staatsrechts bilden die Kapitel über die Landstände und über die eher nebenbei erwähnten schlichten Untertanen, den »gemeinen Bürgers- oder Bauersmann und andere dergleichen Leute von geringerer Condition«.<sup>95</sup> Von diesen unterscheiden sich die Landstände zwar nicht »in der Subjection und Unterthänigkeit«, wohl aber »durch Prärogativen und Freyheiten, womit sie vor jenen begabt sind, vornämlich aber durch Sitz und Stimme auf den Landtügen«. Dort ist der Bürgerstand nur jeweils korporativ vertreten und nur dann, sofern es sich um Städte handelt, die dem Landesherrn unmittelbar unterworfen sind. Auch dieser Teil des Bayerischen

92 KREITTMAYR (Fn. 65) 205 ff.

93 KREITTMAYR (Fn. 65) 353 ff.

94 KREITTMAYR (Fn. 65) 400.

95 KREITTMAYR (Fn. 65) 410 ff.

Staatsrechts ist also weitgehend von fixierten Rechtsverhältnissen geprägt. Insgesamt entspricht der von Kreittmayr in seinem Bayerischen Staatsrecht behandelte Stoff etwa den Themen, die auch Moser in seinen Landesstaatsrechten erörtert hat.

7. Die Einheit der Rechtsordnung:  
Herrschaftsrechte und *iura quaesita* der Untertanen

Was Estor, Moser und Kreittmayr in ihren Werken über das Staatsrecht deutscher Territorien zusammengetragen haben, sind ganz überwiegend Aspekte der reichsständischen Landeshoheit, und zwar Aspekte rechtlicher Art, nicht Regierungsakte politischen Charakters, die vom Willen des jeweiligen Herrschers abhängen. Insofern dabei alle Autoren Vollständigkeit anstreben und damit eine gewisse Systematik, ist es gerechtfertigt, von der »Verfassung« dieser Staatsgebilde im Sinne ihres rechtlich geordneten Zustandes zu sprechen. Besonders Moser ist dieser Wortgebrauch ganz geläufig.<sup>96</sup> Da die Landesstaatsrechte der genannten Autoren aber nicht den gesamten Funktionszusammenhang des damaligen politischen Systems zur Darstellung bringen, sondern ganz überwiegend dessen herrschaftliche und dynastische Komponenten und dies im Rahmen der Reichsverfassung, liegt es nahe, dafür den Begriff der »Herrschaftsverfassung« einzuführen. Er verspricht nicht zuviel Verfassungsrecht, bringt aber – im Gegensatz zu »Absolutismus« – die weitgehende rechtliche Gebundenheit der territorialen Staatsgewalt zum Ausdruck. Denn das insofern maßgebende Recht unterlag ganz überwiegend auch nicht dem willkürlichen Zugriff des Landesherrn. Von einigen Elementen der Hof- und Verwaltungsorganisation abgesehen, beruhten die beschriebenen Verhältnisse auf Rechtsgründen der Vergangenheit, die aktuell nur im Zusammenwirken mit anderen Hoheitsträgern, benachbarten Herren, Angehörigen der Dynastie oder Kaiser und Reich, zu ändern waren.

Dieses *Ius publicum particulare*, wie Moser das Landesstaatsrecht gelegentlich auch nennt,<sup>97</sup> unterlag zweifellos Gefährdungen. Der alternde Moser bestätigt diese Vermutung, da er in seiner Klage über die den Autoren bereiteten Schwierigkeiten kritisch die an den Höfen zu beobachtenden Veränderungen in den Blick nimmt. Das entlegene Zitat verdient, dem Vergessen entrissen zu werden:

<sup>96</sup> Vgl. zum Beispiel oben das Zitat zu Fn. 66.

<sup>97</sup> MOSER (Fn. 62), I. Capitel § 4.

»In Ansehung der Höfe ist als eine Hauptanmerckung hiebey wohl zu beobachten, daß an so vilen großen und mittleren teutschen Höfen die Landeshoheit je länger je mehr in eine willkührliche Gewalt in Regierungs-Sachen ausartet, und manche unserer Reichsstände in ihren Landen in der That weit souverainer herrschen als mehrere, oder fast die meiste, Europäische gecrönte Häupter.

Die natürliche Folge davon ist dise, daß man in solchen Landen von der Landes-Verfassung, denen Rechten der Landstände und Unterthanen, kurtz von allem, wodurch der willkührlichen Regierung des Landesherrn auch nur von weitem ein Zil gestecket wird, meistens ... gar nichts ... schreiben darff ...«<sup>98</sup>

Das Landesstaatsrecht beschränkt also nach Moser den Spielraum politischen Handelns, indem es der Willkür Grenzen setzt – Recht und Willkür auch hier, wie denknotwendig, ein Gegensatz. Diese Verfassungslage erlebt Moser aber im Wandel. Er bestätigt die sich auch sonst aufdrängende Vermutung, dass mit der fortschreitenden Aufklärung nicht nur die ursprüngliche Freiheit des Menschen zunehmend das Bewusstsein der Zeitgenossen bewegt hat, sondern auch die Staatsgewalt bislang verschlossene Freiräume für sich in Anspruch nahm. So verläuft auch das damalige wissenschaftliche Anliegen, die Landeshoheit der deutschen Fürsten als Recht zu begreifen und jedenfalls als Herrschaftsverfassung in einem Landesstaatsrecht zu beschreiben, letztlich im Sande – Moser kann seine Pläne nicht vollenden, seine Wirkung im Bereich des Landesstaatsrechts bleibt begrenzt.

Die dem *Ius publicum particulare* angehörende Herrschaftsverfassung bildet aber nur die eine Komponente der altständischen Rechtsordnung. Moser und mehrere seiner und anderer Autoren Landesstaatsrechte erwähnen die Rechte der Untertanen nicht zufällig. Sie sind als Träger ihrer wohl erworbenen Rechte stets als komplementäre Ergänzung des besonderen Staatsrechts eines Territoriums mitzudenken. Denn nicht anders als die Rechte der fürstlichen und gräflichen Herren gründen sich auch die *iura quaesita* der Untertanen auf Erbschaft und Vertrag, Privileg, Erbsitzung und Rechtsherkommen. Das Verständnis des Rechts als eines durch vergangene Rechtsakte und Rechtsgewohnheiten legitimierten Ordnungssystems überspannte die ganze Gesellschaft. Wohl ließ es, wie jede Rechtsordnung, rechtsfreie Räume. Und es war durch ein defizitäres Rechtsschutzangebot nur unzureichend gesichert. Aber ihre subjektiven Rechte begriffen die Zeitgenossen als Bestandteile eines einheitlichen, objektiven Rechtssystems. Am deutlichsten hat Kreittmayr den daraus folgenden Schutz der Unter-

98 MOSER (Fn. 64) 8.

tanen zum Ausdruck gebracht. Auch bei ihm kommen sie zwar erst am Ende seines Textes vor und dies als Subjekte, die vor allem Gehorsam und Treue schulden. Aber sie entbehren nicht ihrer Rechte. Anders als Hobbes glaube, sei das Staatsoberhaupt an das Naturrecht gebunden und habe daher auch zu respektieren, was der Untertan durch Vertrag, Privileg oder Gesetz, Gewohnheit oder Ersitzung erworben hat.<sup>99</sup> Dazu gehören vor allem das Eigentum und ebenso der Schutz anderer subjektiver Rechte, die der Existenzsicherung des Untertanen dienen. Das preußische Allgemeine Landrecht ist das vornehmste Zeugnis der Epoche für diese unverzichtbare Komponente einer Rechtsordnung.<sup>100</sup>

Im System der *iura quaesita* bleibt kein Raum für die Idee von Grund- oder Menschenrechten. Sie werden unentbehrlich erst, wenn sich der Staat von den herkömmlichen Bindungen an das überkommene Recht löst, wie Moser beobachtet hat. In der altständischen Rechtsordnung dagegen gibt es einerseits zwar keinen Raum für subjektive Rechte politischen Charakters wie Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit, Religionsfreiheit, Freizügigkeit oder gar Gleichheit über alle Stände hinweg. All das kann vom Monarchen gewährt oder verweigert werden, soweit er nicht durch den privilegierten Status seiner Untertanen oder Verträge, wie in Sachen Religion, gebunden ist. Und persönliche Freiheitsrechte, wie Eheschließung oder Berufswahl, sind durch die Strukturen der Ständegesellschaft begrenzt. Andererseits aber bilden private und feudale Rechte wie Eigentum und Erbrecht, Gewerberechte und grundherrliche Ansprüche in dem ihnen vorgegebenen Rahmen unentbehrliche Elemente der damaligen Rechtsordnung. Die gelegentlich zu vernehmende Klage über das Fehlen von Menschenrechten in dieser Epoche ist also in Hinblick auf die ständische und monarchische Verfassung teils anachronistisch, teils aber auch unbegründet.

**Dietmar Willoweit**

<sup>99</sup> KREITTMAYR (Fn. 65) 62 f.

<sup>100</sup> D. WILLOWEIT, Die bürgerlichen Rechte und das gemeine Wohl. Das rechtspolitische Profil des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten von 1794, in: Gemeinwohl – Freiheit – Vernunft – Rechtsstaat. 200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Symposium der Juristischen Gesellschaft zu Berlin 27.–29. Mai 1994, hg. von

F. EBEL, Berlin [u. a.] 1995, 1–15, Neudr. (Fn. 14), Bd. 2, 571 ff.