

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1069

Staat – Wirtschaft – Gemeinde

**Festschrift für Werner Frotscher
zum 70. Geburtstag**

Herausgegeben von

**Gilbert H. Gornig
Urs Kramer
Uwe Volkmann**



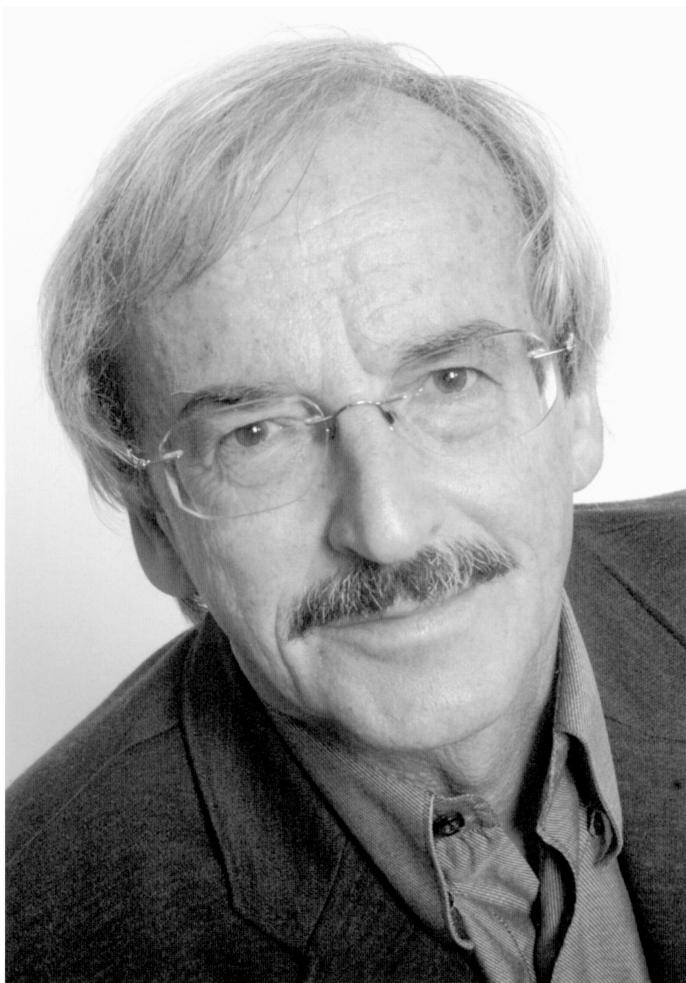
Duncker & Humblot · Berlin

Staat – Wirtschaft – Gemeinde

**Festschrift für Werner Frotscher
zum 70. Geburtstag**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1069



Urs Lüthi

Staat – Wirtschaft – Gemeinde

Festschrift für Werner Frotscher
zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von

Gilbert H. Gornig
Urs Kramer
Uwe Volkmann



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten
© 2007 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-12565-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ⊗

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Geleitwort

Das wissenschaftliche Werk Werner Frotschers, zu dessen 70. Geburtstag am 20.9.2007 Autoren und Herausgeber diese Festschrift überreichen, ist von zwei Grundmotiven geprägt, die nur auf den ersten Blick in einem gewissen Widerspruch zueinander zu stehen scheinen, sich in Wahrheit aber zu einem Gesamtbild runden, in dem das intellektuelle Credo einer ganzen Generation von Rechtswissenschaftlern aufbewahrt ist. Da ist zum einen die Erkenntnis, dass die Institutionen des heutigen Staates nur in ihrer real- und ideengeschichtlichen Bedingtheit angemessen begriffen werden können und auch über das Recht dieses Staates sinnvoll nur reden kann, wer weiß, wie es zu dem geworden ist, was es ist. Ihr ist die Beschäftigung mit der Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte zu verdanken, die von Anfang an einen Schwerpunkt im Wirken Werner Frotschers bildete und als solcher in den letzten Jahren und Jahrzehnten an Bedeutung ständig gewann. Dem steht auf der anderen Seite die Einsicht gegenüber, dass das Recht seine Legitimation statt aus einer mehr oder weniger glorreichen Vergangenheit vornehmlich aus seiner Leistungsfähigkeit für die Lösung der Gegenwartsprobleme einer Gesellschaft bezieht. Es muss sich dann vor allem in seiner praktischen Anwendung bewähren, so wie auch die Rechtswissenschaft insgesamt eine praktische, dem je und je vorhandenen, demokratisch erzeugten Recht verpflichtete Wissenschaft ist. In der Aufnahme dieser Erkenntnis erweist sich Werner Frotscher als, wie er einmal selbst von sich sagte, „gemäßiger Positivist“, der die Lösung der alltäglichen Probleme einer Rechtsordnung nicht im geschichtlich-philosophischen Himmel sucht, sondern in den ganz profanen Gefilden einer traditionellen, unaufgeregten Dogmatik. Den sichtbaren Beleg liefern die anderen Bereiche und Themen, denen sich der Wissenschaftler Werner Frotscher zugewandt hat. Es sind dies vor allem das klassische Staats- und Verfassungsrecht, das öffentliche Wirtschaftsrecht und das Kommunalrecht, die je für sich in ihrer konkreten Nutzanwendung in zahlreichen Veröffentlichungen entfaltet werden. Sie bilden neben der Verfassungsgeschichte die weiteren Schwerpunkte seiner Tätigkeit, die darum auch in dieser Festschrift mit je einem eigenen Abschnitt gewürdigt werden.

Werner Frotscher wurde in Kiel als Sohn des Studiendirektors Dr. Walter Frotscher und dessen Ehefrau Annelies geboren. In Kiel absolvierte er auch seine Schulzeit und einen Großteil seines Studiums, das er im Jahre 1957 aufnahm und – nach einem einsemestrigen Intermezzo in Freiburg – im Februar 1962 mit der Ersten juristischen Staatsprüfung abschloss. Von hier aus ging es unmittelbar hinüber in den Referendardienst, der neben Stationsaufenthalten in Berlin, Liverpool und Marseille zur Erstellung und Anfertigung der Dissertation bei Christian-Friedrich Menger genutzt wurde. 1964 promovierte Werner Frotscher

an der Universität Kiel mit einer Arbeit über die Abgrenzung der Zuständigkeit der Großen Senate der oberen Bundesgerichte von der Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 Abs. 1 GG; 1967 schloss er das Referendariat mit der Zweiten juristischen Staatsprüfung ab. Es folgte – erneut in Kiel – die Assistenzzeit bei Georg-Christoph von Unruh, mit der auch die Habilitation erfolgreich in Angriff genommen wurde. 1974 erhielt Werner Frotscher aufgrund der Habilitationsschrift „Regierung als Rechtsbegriff“ und einer Probevorlesung über die Ausgestaltung kommunaler Nutzungsverhältnisse bei Anschluss- und Benutzungzwang von der Universität Kiel die Lehrbefugnis für das Gebiet des Öffentlichen Rechts. Nach Lehrstuhlvertretungen in Kiel und Heidelberg wurde er 1976 zum ordentlichen Professor an der Universität Hohenheim berufen, deren Institut für Rechtswissenschaft er mehrere Jahre als geschäftsführender Direktor leitete. 1983 nahm er den Ruf auf die ordentliche Professur für öffentliches Recht an der Philipps-Universität Marburg an, der er bis zu seiner Emeritierung treu blieb. Gastprofessuren führten ihn zwischenzeitlich nach Kent, Jena und Poitiers, im zweiten Hauptamt war er von 1987 bis 1994 als Richter am Hessischen VGH in Kassel tätig. Für die Ausbildung der Studierenden engagierte er sich neben der aktiven Lehre als ständiger Mitarbeiter des „JuS-Lernbogens“ der „Juristischen Schulung“. Lebensmittelpunkt aber war und blieb nun Marburg, das ihm nach Kiel zur zweiten Heimat geworden ist. 2005, im Alter von 68 Jahren, wurde Werner Frotscher emeritiert und schied, nicht ohne Wehmut, aus dem Amt.

Die beiden Leitmotive des Wissenschaftlers Werner Frotscher, die für das spätere Wirken bestimmd sein sollten, klingen bereits in der Kieler Habilitationsschrift markant an: einerseits der Versuch, ein vertieftes Verständnis des geltenden Rechts von der Erschließung seiner politisch-historischen Grundlagen her zu erreichen, andererseits das Beharren auf jenem Selbststand des Rechts, der aus dem Akt seiner autonomen Setzung resultiert. Im Begriff der Regierung, dem sich die Arbeit widmet, treffen nicht zufällig beide Seiten aufeinander, und es ist das bis heute bleibende Verdienst der Arbeit, sie in einer Zeit, in der gerade solche Begriffe für ideologische Vereinnahmungen anfällig waren, in ihrer wechselseitigen Bezogenheit wie auch ihrer prinzipiellen Unabhängigkeit und unverwechselbaren Eigenart sichtbar gemacht zu haben. Zugleich ist mit der Habilitation ein Fundament gelegt, auf dem vor allem die späteren Arbeiten zur Verfassungsgeschichte aufbauen können. Selbstverständnis und Funktion des Beamten im Wechsel der politischen Systeme (Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat, 1975), die geschichtliche Entwicklung der Verwaltungsorganisation (in der von Kurt Jeserich, Hans Pohl und Georg-Christoph von Unruh herausgegebenen Deutschen Verwaltungsgeschichte), die Erfahrungen mit der direkten Demokratie in Weimar (etwa in DVBl. 1989, 541 ff.) oder die kurhessische Verfassungsdiskussion als deutscher Präzedenzfall (etwa in der Festschrift 50 Jahre Hessische Verfassung) bilden nun und in den folgenden Jahren die Themen. Daneben und im Wechsel damit wird auch das öffentliche Wirt-

schaftsrecht als Themengebiet entdeckt und literarisch erschlossen: in verschiedenen Veröffentlichungen zur Berufsfreiheit, in dem großen Artikel zum Gewerberecht im von Reiner Schmidt herausgegebenen Handbuch zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht, in den von 1981 an in loser Folge in der Juristischen Schulung erscheinenden Grundfällen zum Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, aus denen schließlich das nunmehr in 4. Auflage erschienene Lehrbuch hervorgeht. Im Kommunal- im Staatsrecht sind es dann – neben zahlreichen Veröffentlichungen zu Einzelfragen – vor allem das demokratische Prinzip und die Möglichkeiten unmittelbarer Bürgerbeteiligung, denen Werner Frotschers Augenmerk gilt und die zugleich die verbindende Klammer zwischen den beiden Materien bilden. Der stete Ausbau der plebisitären Elemente in den Kommunalverfassungen, die Möglichkeiten der Volksgesetzgebung auf Bundes- und Landesebene, die Spannungen zum repräsentativen Prinzip, die Rolle von Parteien und staatlichen Funktionsträgern werden in zahlreichen, das Thema von verschiedenen Seiten umkreisenden Arbeiten ausgelotet: in dem Beitrag „Selbstverwaltung und Demokratie“ in der Festgabe für Georg Christoph von Unruh (1983), in der Abhandlung zur direkten Demokratie in Weimar, in verschiedenen Beiträgen zu den Rechtsfragen kommunaler Bürgerbegehren. Der direkten Demokratie steht Werner Frotscher dabei aufgeschlossen, aber in der für ihn charakteristischen Mischung aus Nüchternheit und Skepsis gegenüber; die überzogenen und geradezu euphorischen Hoffnungen, die manche ihrer Befürworter in sie setzen, sind ihm fremd. Dass er gleichwohl, wenn es Not tut, klare Worte nicht scheut, bewies er in seiner Marburger Antrittsvorlesung über Krisenzeichen und Zukunftsperspektiven des Parteienstaats, in der er die Allmachtsansprüche der Parteien ebenso scharf zurückwies wie ihre zunehmend zu beobachtende Selbstabschottung (DVBl. 1985, 917 ff.). Überhaupt beharrt er stets auf der Notwendigkeit eines eigenen, beständig einer kritischen Prüfung zu unterwerfenden Standpunktes. Geistige und damit notwendig auch politische Unabhängigkeit ist ihm wichtig, Gesinnungsjurisprudenz jeder Couleur verdächtig. Das Gutachten zum Verhältnis von Reality-TV und Menschenwürde („Big Brother“ und das deutsche Rundfunkrecht, 2000), an das sich verschiedene Folgeveröffentlichungen zu verwandten Themen knüpften, war in der Nüchternheit der juristischen Analyse wohl auch seinen Auftraggebern unbequem. Hervorgetreten ist Werner Frotscher in seinen Veröffentlichungen aber nicht zuletzt und, wie die vielen Beiträge in Ausbildungszeitschriften belegen, vielleicht sogar in erster Linie als Lehrer und Didaktiker: Examens- und Übungsklausuren, an den Notwendigkeiten studentischer Fallbearbeitung orientierte Urteilsbesprechungen, die an den studentischen Bedürfnissen orientierte Aufarbeitung abstrakter Themen wie der Grundrechtsfunktionen oder der juristischen Personen des öffentlichen Rechts – all dies bildet über die Jahre hinweg ein keineswegs geheimes, immer wieder aufgesuchtes Zentrum seines Schaffens. Im zusammen mit Bodo Pieroth geschriebenen Lehrbuch zur Verfassungsgeschichte, einem späten Erfolg, hat diese Seite seines Wirkens ihren Lohn und – vorläufigen – Abschluss erhalten; mittlerweile bereits in der 6. Auf-

lage erschienen, erfreut es sich in der Übersichtlichkeit seiner Struktur, in der Anschaulichkeit seiner Darstellung, in der gelungenen Verbindung von Erläuterung und Quellentexten sowohl bei Lehrenden als auch unter Studierenden einer außerordentlichen Beliebtheit.

Werner Frotscher war, wie sich darin zeigt, wesentlich nicht nur Forscher, sondern auch Lehrer. Dass zwischen Forschung und Lehre ein Gleichgewicht herrschen soll, hat er stets wörtlich genommen. Den spöttischen, auf die Gepflogenheiten des heutigen Wissenschaftsbetriebs gemünzten Satz Niklas Luhmanns: Nur wer nicht lehrt, fällt auf, würde er für sich nicht akzeptieren, jedenfalls nicht, wenn man ihn zum Vorwand nähme, die Lehre zu vernachlässigen. Ihm ist sie nicht äußere Verpflichtung oder Last, sondern innerer Auftrag und Berufung. Dem entspricht die Art und Weise, in der er unterrichtet. Seine Veranstaltungen waren, was man zu der Zeit, als er nach Marburg kam, so nicht von allen sagen konnte, lehrreich, strukturiert, lebendig. In den Vorlesungen las er nicht vor, sondern erklärte und vermittelte. Viele eingestreute, klausurgerecht gelöste Fälle trugen zur Veranschaulichung bei und bereiteten auf die nachfolgenden Übungen so vor, dass man sie bestehen konnte. Dass sich der Stoff mit Hilfe von Overheadfolien, Merkblättern und Übersichten präsentieren lässt, war man seinerzeit als Student nicht unbedingt gewohnt. In seinen Seminaren – zu aktuellen Problemen des Staatsrechts, zur Verfassungsgeschichte, zum Wirtschaftsverwaltungsrecht – ging es lebhaft und kontrovers zu; die Diskussionsfreude, die ihn selbst bis heute auszeichnet, erwartet er auch von seinen Studenten und Mitarbeitern. Am Lehrstuhl entsprach dem neben einer unaufgeregten Betriebsamkeit ein Klima von Liberalität, Offenheit, menschlicher Wärme. Man arbeitete miteinander, aber man sprach auch viel miteinander: über Literatur, über Politik, über Persönliches.

Mit dieser Festschrift wollen Kollegen, Weggefährten, Mitarbeiter und Schüler den Wissenschaftler und Menschen Werner Frotscher ehren. Sie ist daher auch ein Anlass, Dank zu sagen für die über die Jahre hinweg immer angenehme Zusammenarbeit, für vielfältige persönliche Begegnungen, angeregte Gespräche und aufrichtige Gastfreundschaft. Die Mitwirkenden an dieser Festschrift verbinden dies mit den herzlichsten Glückwünschen zum Geburtstag und hoffen, dass dem Jubilar zusammen mit seiner Ehefrau noch viele produktive, erfüllte Jahre beschieden sein mögen. Zugleich danken die Herausgeber dem Verlag Duncker & Humblot für die Möglichkeit, diese Festschrift zu realisieren, und dem Hessischen Justizministerium für einen Druckkostenzuschuss. Dank gebührt ferner in Marburg Herrn stud. iur. Tobias André und Frau stud. iur. Kristin Schäfer sowie in Mainz Frau Stephanie Averbeck-Rauch für die Hilfe bei der Erstellung der Druckvorlagen.

Gilbert Gornig, Urs Kramer, Uwe Volkmann

Inhaltsverzeichnis

A. Verfassungsgeschichte

| | |
|---|-----|
| <i>Michael Stolleis</i> , „Respublica mixta“. Zur Verfassung des Alten Reichs | 23 |
| <i>Dieter Werkmüller</i> , Weistümer als Quellen zur Verfassungsgeschichte | 35 |
| <i>Hartmut Maurer</i> , Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit | 45 |
| <i>Rainer Störmer</i> , Auslegungsverbote und authentische Interpretation. Exemplarische Be- trachtungen unter besonderer Berücksichtigung der obligatorischen Richtervorlage an die Gesetzeskommission im Preußen des ausgehenden 18. Jahrhunderts | 67 |
| <i>Stephan Buchholz/Rüdiger Ham</i> , Ludwig Hassenpflug – Religiöser Konservativismus und die Frage der Judenemanzipation im Kurfürstentum Hessen | 93 |
| <i>Klaus-Peter Schroeder</i> , Hermann von Schulze-Gaevernitz (1824 – 1888) – Preußischer Kronsyndikus und Heidelberger Staatsrechtslehrer | 111 |
| <i>Hans Peter Bull</i> , „Freiheit der Arbeit“ als Unterdrückung der Koalitionsfreiheit – Die loi Le Chapelier von 1791 und ihre Folgen | 129 |
| <i>Dominique Breillat</i> , Dix réflexions autour d'une centenaire – La loi du 9. 12. 1905 un siècle après | 145 |
| <i>Gilbert Gornig</i> , Schleswig-Holstein als Kondominium und Koimperium | 165 |
| <i>Uwe Volkmann</i> , Die Neuordnung des Bundesstaates im Spiegel seiner Geschichte | 183 |

B. Verfassungsrecht und Verfassungspolitik

| | |
|---|-----|
| <i>Winfried Brugger</i> , Gerechtigkeit, streitige Rechtsfälle und unstreitige Unrechtsfälle | 205 |
| <i>Klaus Lange</i> , Staatsverschuldung als Verfassungskrise? | 237 |
| <i>Armin Dittmann</i> , Art. 84 Abs. 1 GG nach der Föderalismusreform | 253 |
| <i>Hans Herbert von Arnim</i> , Die deutsche Krankheit. Organisierte politische Unverant- wortlichkeit? | 267 |
| <i>Jörg Müller-Volbehr</i> , Die Religionsfreiheit in der neueren Rechtsprechung des Bundes- verfassungsgerichts | 285 |
| <i>Theo Schiller</i> , Volksinitiativrechte in Europa – ein vergleichender Überblick | 301 |

| | |
|--|-----|
| <i>Murad Erdemir</i> , Vom Schutz der Menschenwürde vor Gewaltdarstellungen in Rundfunk und Telemedien – Eine medienrechtliche und medienethische Betrachtung | 317 |
| <i>Konrad Scorf</i> , Begriff, System und Grenzen deutscher und europäischer Wirtschaftsverfassung | 335 |
| <i>Norbert Walter</i> , Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik | 365 |
| C. Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht | |
| <i>Hans-Detlef Horn</i> , Die Regulierung im Ordnungswerk des Wirtschaftsverwaltungsrechts | 379 |
| <i>Steffen Detterbeck</i> , Rechtswegprobleme im Wirtschaftsverwaltungsrecht | 399 |
| <i>Wolfgang Rüfner</i> , Daseinsvorsorge in Deutschland vor den Anforderungen der Europäischen Union | 423 |
| <i>Hans D. Jarass</i> , Die Enteignung bei der Errichtung und Änderung von Flughäfen | 435 |
| <i>Christian Koenig</i> , Werner Frotschers Lehren zur Gewerbefreiheit und Marktplatzvergabe helfen auch bei der Auswahl des richtigen Insolvenzverwalters | 449 |
| <i>Ulrich Spies</i> , Gewerbeuntersagung, Insolvenz und verwaltungsprozessuale Vertretung der GmbH | 467 |
| <i>Hans-Werner Laubinger</i> , Reisehandwerk | 497 |
| <i>Urs Kramer</i> , Die Betriebspflicht im Eisenbahnrecht und ihre Grenzen. Ein allgemeines Problem netzgebundener Infrastrukturen lösbar mit Hilfe der Widmung? | 529 |
| <i>Christian Flämig</i> , Die Erbschaftsteuer auf dem Prüfstand | 557 |
| <i>Franc Pernek / Uroš Rožič</i> , Änderungen des Steuersystems im Rahmen der Wirtschaftsreformen Sloweniens | 593 |
| <i>Joachim Scherer</i> , Vom staatlichen zum staatlich regulierten Maßregelvollzug | 617 |
| <i>Olaf Werner</i> , Unselbstständige Stiftungen in hoheitlicher Trägerschaft – dargestellt am Beispiel der Altstiftungen | 635 |
| D. Kommunalrecht | |
| <i>Sebastian Müller-Franken</i> , Bürgerentscheid und kommunale Finanzhöheit – Vorgaben aus dem Demokratieprinzip sowie der Selbstverwaltungsgarantie für das Plebisitz auf der Ebene der Gemeinden | 657 |
| <i>Thomas Schäfer</i> , „Checks and Balances“ im Verhältnis von Bürgermeister, Gemeindevorstand und Gemeindevertretung – nach der Kommunalverfassungsnovelle durch das Gesetz zur Stärkung der Bürgerbeteiligung und kommunalen Selbstverwaltung | 685 |
| <i>Christian Wefelmeier</i> , Der Kostendeckungsvorschlag – eine (zu) hohe Hürde für das Bürgerbegehren | 705 |

| | |
|--|-----|
| <i>Wilhelm Nassauer</i> , Die Anfechtung kommunaler Wahlen nach hessischem Landesrecht | 729 |
| <i>Martin Thormann</i> , PPP / ÖPP als Mittel zur Konsolidierung kommunaler Haushalte? – Das Beispiel Schwimmbäder | 747 |
| <i>Wolf-Rüdiger Schenke</i> , Der Rechtsschutz von Nachbargemeinden in Verbindung mit Bauleitplänen | 765 |
| E. Ausbildung und Hochschulrecht | |
| <i>Bodo Pieroth</i> , Literarische Streifzüge durch die Geschichte der Juristenausbildung in Deutschland | 795 |
| <i>Reinhard Hendl</i> , Universitäten im Reformprozess – Zu einigen Aspekten der Neuordnung des Hochschulwesens | 811 |
| <i>Hermann Stephan</i> , Rechtsstaat ohne Menschlichkeit? – Der Zufallsfaktor Angst bei den juristischen Examina | 823 |
| Schriftenverzeichnis Werner Frotscher | 841 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|----------|---|
| a.A. | anderer Ansicht |
| a.a.O. | am angegebenen Ort |
| a.E. | am Ende |
| a.F. | alter Fassung |
| Abl.EG | Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft |
| Anm. | Anmerkung |
| Abs. | Absatz |
| AfK | Arbeitsgemeinschaft für Friedens- und Konfliktforschung |
| AG | Amtsgericht |
| AöR | Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift) |
| APuZ | Aus Politik und Zeitgeschichte (Zeitschrift) |
| Art. | Artikel |
| AS RP-SL | Amtliche Sammlung Rheinland-Pfalz-Saarland |
| Aufl. | Auflage |
| Az. | Aktenzeichen |
| BA | Beschlussabdruck |
| Bay | Bayern, bayerisch |
| BayVBl. | Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift) |
| BB | Betriebsberater (Zeitschrift) |
| Bbg | Brandenburg, brandenburgisch |
| ber. | bereinigt, berichtigt |
| Berl | Berlin, berlinisch |
| BezVerwG | Bezirksverwaltungsgesetz |
| BFH | Bundesfinanzhof |
| BFH/NV | Bundesfinanzhof Nichtveröffentlichte Entscheidungen |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |

| | |
|---------|---|
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHSt | Amtliche Entscheidungssammlung des BGH (Strafsachen) |
| BGHZ | Amtliche Entscheidungssammlung des BGH (Zivilsachen) |
| BHO | Bundeshaushaltsordnung |
| BR-Drs. | Bundesrats-Drucksache |
| Brem | Bremen, bremisch |
| BSG | Bundessozialgericht |
| BSGE | Amtliche Entscheidungssammlung des BSG |
| BStBl. | Bundessteuerblatt |
| BT-Drs. | Bundestags-Drucksache |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE | Amtliche Entscheidungssammlung des BVerfG |
| BVerfGG | Bundesverfassungsgerichtsgesetz |
| BVerwG | Bundesverwaltungsgericht |
| BVerwGE | Amtliche Entscheidungssammlung des BVerwG |
| BW | Baden-Württemberg, baden-württembergisch |
| BWGZ | Baden-Württembergische Gemeindezeitung (Zeitschrift) |
| bzw. | beziehungsweise |
| ca. | circa |
| CR | Computer und Recht (Zeitschrift) |
| DB | Der Betrieb (Zeitschrift) |
| ders. | derselbe |
| dies. | dieselbe(n) |
| DIHK | Deutscher Industrie- und Handelskammertag |
| DJT | Deutscher Juristentag |
| DJZ | Deutsche Juristenzeitung (Zeitschrift) |
| DNotZ | Deutsche Notarzeitung (Zeitschrift) |
| DÖV | Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift) |
| DStR | Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift) |
| DStRE | Deutsches Steuerrecht Entscheidungsdienst (Zeitschrift) |
| DStZ | Deutsche Steuerzeitung (Zeitschrift) |

| | |
|---------|--|
| DV | Deutsche Verwaltung (Zeitschrift) |
| DVBl. | Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift) |
| DVP | Deutsche Verwaltungspraxis (Zeitschrift) |
| DZWIR | Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht |
| ebd. | ebenda, ebendort |
| EG | Europäische Gemeinschaft, Vertrag über die EG |
| EGMR | Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte |
| EMRK | Europäische Menschenrechtskonvention |
| ErbStB | Erbschafts-Steuer-Berater (Zeitschrift) |
| ErbStR | Erbschaftssteuer-Richtlinien |
| Erl. | Erläuterung |
| ESVGH | Entscheidungssammlung der VGH Mannheim und Kassel |
| etc. | et cetera |
| EU | Europäische Union |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| EuGRZ | Europäische Grundrechte-Zeitschrift |
| EuZW | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| EWG | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft |
| EWiR | Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift) |
| EWS | Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift) |
| EzGewR | Entscheidungssammlung zum Gewerberecht |
| f., ff. | folgende |
| FamRZ | Familienrechtszeitung (Zeitschrift) |
| FG | Finanzgericht |
| Fn. | Fußnote |
| fol. | Foliant (Band) |
| FR | Finanzrundschau (Zeitschrift) |
| FS | Festschrift |
| GewArch | Gewerbe-Archiv (Zeitschrift) |
| GG | Grundgesetz |
| GO | Gemeindeordnung |

| | |
|----------|---|
| GRUR | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift) |
| GV/GVBl. | Gesetz- und Verordnungsblatt |
| GVG | Gerichtsverfassungsgesetz |
| GWB | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen |
| h.M. | herrschende Meinung |
| Hbg | Hamburg, hamburgisch |
| Hess | Hessen, hessisch |
| Hrsg. | Herausgeber(in) |
| Hs. | Halbsatz |
| HSGZ | Hessische Städte- und Gemeindezeitung (Zeitschrift) |
| i.d.F. | in der Fassung |
| i.E. | im Ergebnis |
| i.S.d. | im Sinne des, im Sinne der |
| i.S.v. | im Sinne von |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| InsbürO | Zeitschrift für das Insolvenzbüro |
| IStR | Internationales Steuerrecht (Zeitschrift) |
| JAG | Juristenausbildungsgesetz |
| JBl. | Juristische Blätter (Zeitschrift) |
| JöR | Jahrbuch für öffentliches Recht (Zeitschrift) |
| JuS | Juristische Schulung (Zeitschrift) |
| JuSchG | Jugendschutzgesetz |
| JZ | Juristen-Zeitung (Zeitschrift) |
| K&R | Kommunikation & Recht (Zeitschrift) |
| Kap. | Kapitel |
| KO | Kreisordnung |
| KOM | Mitteilungen der EU-Kommission (Zeitschrift) |
| KommJuR | Kommunaljurist (Zeitschrift) |
| KOSDI | Kölner Steuerdialog (Zeitschrift) |
| KSVG | Kommunalselbstverwaltungsgesetz |
| KTS | Konkurs Treuhand Sanierung – Zeitschrift für Insolvenzrecht |

| | |
|---------|---|
| KV | Kommunalverfassung |
| LG | Landgericht |
| LHO | Landeshaushaltsordnung |
| lit. | Litera (Buchstabe) |
| LKO | Landkreisordnung |
| LKV | Landes- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift) |
| m. | mit |
| m.w.N. | mit weiteren Nachweisen |
| MDR | Monatsschrift des Deutschen Rechts (Zeitschrift) |
| MV | Mecklenburg-Vorpommern, mecklenburg-vorpommerisch |
| n.F. | neuer Fassung |
| Nds | Niedersachsen, niedersächsisch |
| NJ | Neue Justiz (Zeitschrift) |
| NJOZ | Neue Juristische Online Zeitschrift |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift) |
| NJW-RR | Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report |
| NordÖR | Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland |
| Nr. | Nummer(n) |
| NRW | Nordrhein-Westfalen, nordrhein-westfälisch |
| NStZ | Neue Zeitschrift für Strafrecht |
| NStZ-RR | Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechungs-Report |
| NuR | Natur und Recht (Zeitschrift) |
| NVwZ | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht |
| NVwZ-RR | NVwZ-Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift) |
| NWVBl. | Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (Zeitschrift) |
| NZBau | Neue Zeitschrift für Baurecht |
| NZI | Neue Zeitschrift für Insolvenz und Sanierung |
| NZM | Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht |
| OLG | Oberlandesgericht |
| OVG | Oberverwaltungsgericht |
| OVGE | Amtliche Entscheidungssammlung des OVG |

| | |
|-----------|---|
| R&P | Recht und Psychiatrie (Zeitschrift) |
| RdE | Recht der Energiewirtschaft (Zeitschrift) |
| RdJB | Recht der Jugend und des Bildungswesens (Zeitschrift) |
| RGBI. | Reichsgesetzblatt |
| RGSt | Amtliche Entscheidungssammlung d. Reichsgericht (Strafsachen) |
| RhPf | Rheinland-Pfalz, rheinland-pfälzisch |
| Rn. | Randnummer |
| RPfleger | Der Rechtspfleger (Zeitschrift) |
| RStBl. | Reichssteuerblatt |
| Rz. | Randziffer |
| S. | Satz, Seite |
| Saarl | Saarland, saarländisch |
| Sächs | Sachsen, sächsisch |
| SachsAnh | Sachsen-Anhalt, sachsen-anhaltinisch |
| SächsVBl. | Sächsische Verwaltungsblätter (Zeitschrift) |
| SchlH | Schleswig-Holstein, schleswig-holsteinisch |
| Slg. | Sammlung |
| StAnz. | Staatsanzeiger (Zeitschrift) |
| Stbg. | Die Steuerberatung (Zeitschrift) |
| StGB | Strafgesetzbuch |
| StGH | Staatsgerichtshof |
| StuW | Steuer und Wirtschaft (Zeitschrift) |
| SZ | Süddeutsche Zeitung |
| Thür | Thüringen, thüringisch |
| ThürVBl. | Thüringer Verwaltungsblätter (Zeitschrift) |
| u.a. | unter anderem, und andere |
| UA | Urteilsabdruck |
| UPR | Umwelt- und Planungsrecht (Zeitschrift) |
| usf. | und so fort |
| usw. | und so weiter |
| UVR | Umsatzsteuer- und Verkehrssteuer-Recht (Zeitschrift) |

| | |
|-----------|---|
| VBIBW | Verwaltungsblätter Baden-Württemberg (Zeitschrift) |
| Verf. | Verfassung |
| VerfGH | Verfassungsgerichtshof |
| VerfGHE | Amtliche Entscheidungssammlung des VerfGH |
| VergabeR | Vergaberecht (Zeitschrift) |
| VerwArch. | Verwaltungsarchiv (Zeitschrift) |
| VG | Verwaltungsgericht |
| VGH | Verwaltungsgerichtshof |
| VGHE | Amtliche Entscheidungssammlung des VGH |
| VGRspr. | Rechtsprechung der hessischen Verwaltungsgerichte (Zeitschrift) |
| VgV | Vergabeverordnung |
| VK | Vergabekammer |
| VOB | Verdingungsordnung für Bauleistungen |
| vol. | volume (Band) |
| VR | Versicherungsrundschau (Zeitschrift) |
| VVDStRL | Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Zeitschrift) |
| VwRR N | Verwaltungsrechtsreport Ausgabe Nord (Zeitschrift) |
| VwVfG | Verwaltungsverfahrensgesetz |
| WissR | Wissenschaftsrecht (Zeitschrift) |
| WiVerw. | Wirtschaft und Verwaltung (Zeitschrift) |
| WM | Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift) |
| WRP | Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift) |
| WRV | Weimarer Reichsverfassung |
| WuW | Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift) |
| z.B. | zum Beispiel |
| ZBR | Zeitschrift für Beamtenrecht |
| ZER | Zeitschrift für Europarecht |
| ZErbR | Zeitschrift für Erbrecht |
| ZEuS | Zeitschrift für Europarechtliche Studien |
| ZEV | Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge |
| ZevKR | Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht |

| | |
|--------|---|
| ZfBR | Zeitschrift für Baurecht |
| ZG | Zeitschrift für Gesetzgebung |
| Ziff. | Ziffer |
| ZinsO | Zeitschrift für das gesamte Insolventecht |
| ZIP | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| ZNER | Zeitschrift für Neues Energierecht |
| ZNR | Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte |
| ZögU | Zeitschrift für öffentliche und gemeinnützige Unternehmen |
| ZParl. | Zeitschrift für Parlamentsfragen |
| ZPO | Zivilprozessordnung |
| ZRP | Zeitschrift für Rechtspolitik |
| ZSt | Zeitschrift zum Stiftungswesen |
| ZUM | Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht |
| ZWeR | Zeitschrift für Wettbewerbsrecht |
| ZZP | Zeitschrift für Zivilprozess |

A. Verfassungsgeschichte

„Respublica mixta“. Zur Verfassung des Alten Reichs

Von Michael Stolleis

I.

Wenn wir unter dem 17. Jahrhundert in Deutschland das Jahrhundert der Krise des Reichs und des großen Dreißigjährigen Kriegs verstehen, dann beginnt es in der Mitte des 16. Jahrhunderts mit dem Augsburger Religionsfrieden von 1555, und es endet 1648. Dieser Krieg bestand aus vier aufeinander folgenden Kriegen.¹ Es war ein europäischer Krieg mit drei Machtzentren: Schweden, Frankreich und Habsburg. Mit ihm endet mehr oder weniger das „konfessionelle Zeitalter“.² Gleichzeitig beginnt eine Epoche der neueren Völkerrechtsgeschichte.³

In diesem „konfessionellen Zeitalter“ zerfiel Deutschland schrittweise in ein katholisches und ein evangelisches Deutschland. Die Hoffnungen, die man noch mit dem Konzil von Trient verbunden hatte, wurden langsam aufgegeben. Neben der alten römischen Kirche entstanden in jedem Territorium eigene protestantische Landeskirchen. Die Landesherren, meist Lutheraner, fungierten als „Notbischöfe“, sie erlangten den Summepiskopat. Mit dem Calvinismus kam noch eine dritte, von den beiden anderen mit besonderem Misstrauen betrachtete Konfession hinzu. Erst 1648 wurden die Reformierten auf der Ebene der Reichsverfassung anerkannt. Andere „Sekten“ (Schwärmer, Wiedertäufer) blieben ausgeschlossen.

Im Jahr 1555 schien es noch einmal gelungen zu sein, die religiösen Konflikte, die zugleich Konflikte des *Sacrum Imperium* wurden, mit Formelkompromissen zu schlichten. Im Augsburger Religionsfrieden löste man die Religionsfrage zwar nicht, ließ sie aber „in der Schwebе“. Beide Konfessionen garantierten einander ihren *status quo*, beide blieben unter dem Dach der Reichsverfassung. Die einzelnen weltlichen Territorien hatten damit das Recht, über die Religion ihrer Untertanen zu entscheiden (*ius reformandi*). Die geistlichen Territorialherren durften dies nicht, sondern sie mussten katholisch bleiben.⁴ Wechsel-

¹ Böhmischo-Pfälzischer Krieg 1618–1623; Dänisch-Niedersächsischer Krieg 1625–1629; Schwedischer Krieg 1630–1635; Schwedisch-Französischer Krieg 1635–1648.

² Grundlegend Heckel, Das konfessionelle Zeitalter, 1983.

³ Grawe, The Epochs of International Law, 2000, S. 279 ff.

⁴ So der Fall des evangelischen Administrators des Erzstifts Magdeburg, der Sitz und Stimme auf dem Reichstag (zu Augsburg 1582) erlangen wollte und dies nicht erreichte; Gebhard Truchseß von Waldburg (1547–1601), Erzbischof von Köln und Kurfürst, der

ten sie aus privater Überzeugung die Konfession, verloren sie ihr Amt (so genannter Geistlicher Vorbehalt). Der Augsburger Religionsfriede von 1555 bildete also gewissermaßen das Eingangsportal in das konfessionelle Zeitalter. Er formte die Reichsverfassung in einer Weise, die für die Verwendung der Formel *respublica mixta* im 17. Jahrhundert wichtig werden sollte. Wie sah diese Reichsverfassung aus?

Der Kaiser wurde „von den Kurfürsten nach den Regeln der Goldenen Bulle von 1356“ durch Mehrheitsentscheidung der Kurfürsten in Frankfurt gewählt und ebendort gekrönt, ebenso der römische König.⁵ In Zeiten von Vakanz regierten die Reichsvikare (Kurpfalz, Kursachsen und Savoyen für Reichsitalien). Die kaiserlichen Rechte blieben ein Bündel verschiedener Titel aus dem Reichslehenrecht und aus den Reichsregalien, sie enthielten das Recht, Standeserhöhungen vorzunehmen und bestimmte Titel zu verleihen. Bedeutender waren verschiedene ungeschriebene Zuständigkeiten (Reichsherkommen) und politische Vermittlungsmöglichkeiten, die vor allem von schwächeren Gliedern des Reichs genutzt wurden. Immerhin: Das Reich hatte ein monarchisches Oberhaupt.

Der Reichstag⁶ war die Versammlung der großen und kleinen Reichsstände. Er tagte in dieser Zeit noch nicht regelmäßig, sondern wurde von Fall zu Fall einberufen. Er war das Forum, auf dem die Reichsangelegenheiten verhandelt und beschlossen wurden. Die dort verabschiedeten „Gesetze“ (Reichsabschiede) hatten eher Vertragscharakter. Reichsstände waren diejenigen Fürsten bzw. Territorien, die in einer Reichsmatrikel zugelassen waren. Diese Matrikel änderte sich natürlich im Laufe der Zeit entsprechend den dynastischen Entwicklungen, aber sie gab dem Reichstag den Charakter einer geschlossenen Notablenversammlung. Nicht die Bauern und Bürger waren vertreten, sondern die Stände. Sie waren *cives imperii*. Von einer Repräsentation des Volkes konnte keine Rede sein. Insofern hatte der Reichstag nicht demokratischen, sondern aristokratischen Charakter.

Die Gewichte zwischen der monarchischen Spitze des Reichs und dem „aristokratischen“ Reichstag waren durch den Augsburger Religionsfrieden zugunsten der Fürsten verschoben worden. Die protestantischen weltlichen Fürsten waren nun in der Frage der Konfession unabhängig vom Kaiser. Sie konnten über die Religion ihrer Untertanen bestimmen (*cuius regio, eius religio*). Auch die Garantien des säkularisierten Kirchenguts kamen den protestantischen Fürsten entgegen. Damit war das Kaisertum in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts stark entwertet. Sieben Zehntel des Reichs sollen zehn Jahre nach dem

evangelisch werden sollte, löste 1583 den Kölner Krieg aus. Er wurde von Kaiser und Papst abgesetzt. Seither besetzte das Haus Wittelsbach bis 1761 den Erzstuhl.

⁵ Frotscher/Pieroth, Verfassungsgeschichte, 5. Aufl., 2005, Rn. 96.

⁶ Frotscher/Pieroth (Fn. 5), Rn. 97.