

Europäische Dimensionen im *Ius Publicum* des 16. bis 18. Jahrhunderts

Gemeinsamkeiten und Divergenzen vor dem Hintergrund der heutigen Europäischen Union

HEINZ MOHNHAUPT

1. „Europa“ als Ausgangspunkt für eine Beobachtung des „*ius publicum*“ zu wählen, steht heute angesichts der Globalisierung und globaler Beobachtungsstrategien unter dem Verdacht, zu sehr einem eurozentrischen Geschichtsbild anzuhängen¹. Wenn in den 50er Jahren des 20. Jahrhunderts ein europäischer Untersuchungsrahmen gegen eine nationalstaatliche Optik gerichtet war, so wird heute „Europa“ als forschungsstrategische Verengung angesehen. Es kann jedoch innerhalb Europas unterschieden werden: 1. zwischen dem historischen Europa als geographisch bestimmbarer Raum mit seinem in Theorie und Praxis sowohl gemeinsamen als auch divergierenden Recht sowie seinen positiven Rechtsbeständen – zumeist mit dem etwas vagen Begriff einer spezifisch europäischen „Rechtskultur“ bezeichnet², und 2. dem Rechtsraum, den heute das Recht der „Europäischen Union“ und das ihrer Mitgliedstaaten gemeinsam bilden.

Diesem Recht haben A. von Bogdandy, P.C. Villalón und P.M. Huber in dem von ihnen 2007 herausgegebenen Handbuch den traditionsreichen und altherwürdigen Titel eines „*Ius Publicum Europaeum*“ gegeben³. Sie nennen dieses öffentliche Recht «im Zeichen der europäischen Integration ... das *neue ius publicum europaeum*»⁴. Hasso Hofmann nannte es das «*ius publicum modernum*»⁵. Hofmanns Begriffswahl lässt die politisch-historische Problematik dieser auf Europa bezogenen Bezeichnung erkennen, denn das „*Ius Publicum Europaeum*“ ist mit dem Namen Carl Schmitts „belastet“⁶, der 1950 den «*Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*» behandelt hatte⁷ und mit dieser begrifflichen Latinisierung eine eigene Rechtssphäre schaffen wollte. Angesichts dieser „belasteten“ Problematik haben von Bogdandy und Hinghofer-Szalkay auch vom «etwas unheimliche(n) *Ius Publicum Europaeum*» gesprochen⁸.

Diesem „neuen *Ius Publicum Europaeum*“ steht somit – wenn man den Gegen-

satz entsprechend formuliert – ein „*altes Ius Publicum Europaeum*“ gegenüber, das hier als erklärungsbedürftiges historisches Phänomen beobachtet werden soll. Im Gegensatz zum „neuen *Ius Publicum Europaeum*“ repräsentiert es einen in der Vergangenheit abgeschlossenen wissenschaftlichen Entstehungsprozess, der auch politische Situationen und Machtverhältnisse widerspiegelt. Diese historische europäische Dimension unterscheidet sich vom heutigen „neuen *Ius Publicum Europaeum*“ bereits dadurch, dass es nicht durch einen politisch-verfassungsrechtlichen Gründungsakt als heutige „Europäische Union“ entstand, die im Sinne eines politischen Auftrags realisiert werden soll, sondern sich allmählich als Diskurs und wissenschaftliche Disziplin über unterschiedliche „*iura publica*“ im europäischen Rechtsraum des *Ancien Régime* entwickelte. Der Rechtshistoriker fragt sich dabei, welches „Recht“ nun diesen europäischen Raum historisch und aktuell konstituiert – oder besser im Plural gefragt, welche Rechte die verschiedenen – heute nationalen – Rechtsräume innerhalb Europas bilden, um daraus auf ein übergeordnetes „Allgemeines“ europäischen Rechts und europäischer Rechtskultur schließen zu können. Für das *Ius Commune* des Privatrechts ist diese europäische Gemeinsamkeit bekannt und auch mit seinen Einflüssen auf das „*Ius Publicum*“ vielfach untersucht worden⁹.

Für das historische „*ius publicum*“ den Gemeinsamkeiten in Europa nachzuspüren, bedeutet, diese öffentlich-rechtliche Sphäre der einzelnen Länder, Monarchien und „Staaten“ des *Ancien Régime* nach bestimmten einheitlichen Kriterien zu untersuchen. Das verlangt eine vergleichende Beobachtung, die auch bei der Er-

mittlung europäischer Gemeinsamkeiten und Unterschiede methodisch in Erscheinung tritt¹⁰ und heute für die Darstellung „rechtskultureller Differenzen in Europa“ praktiziert wird¹¹. Als Vergleichskriterien wähle ich – modern gesprochen – die staatlichen Gewalten „Verfassung, Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit“, die als Hoheits- und Souveränitätsrechte zum Inbegriff des frühneuzeitlichen „*Ius Publicum*“ in Europa gehören. Es darf jedoch nicht verkannt werden, dass diese Begriffe zahlreiche untergeordnete positive und überpositive Rechtskategorien umfassen, die der Materie des „*Ius Publicum*“ einen großen Umfang verleihen. Das Recht der öffentlichen Sphäre besteht in den einzelnen Ländern, Monarchien und „Staaten“ aus einem äußerst vielgestaltigen Konglomerat unterschiedlicher Rechtsgattungen, die sich nur in ihrer Pluralität erfassen lassen und im *Ancien Régime* noch nicht zum Kollektivsingular eines einheitlichen „*Ius Publicum*“ verbinden. Sie bilden demgemäß Voraussetzungen für eine Gemeinsamkeit europäischer Qualität im Recht der einzelnen „Staaten“: *Consuetudo*, *Leges Fundamentales*, *Pacta*, *Leges*, *Privilegien*, *Constitutio*, *Decisiones* und *Praejudicata*, aber auch *Principia* und rechtswissenschaftliche Überzeugungen in Gestalt der *Communis Opinio* sind Bestandteile des Sammelbegriffs des *Ius Publicum* – wie auch des *Ius Privatum* – mit graduellen Unterschieden in ihrer normativen Qualität. Sie bilden die Rechtsquellen, die – nach heutigem Verständnis – öffentlich-rechtliche Konflikte rechtlich entscheidbar machen. Eine europäische Dimension dieses Rechts und seiner gewachsenen Rechtswissenschaft hat Prost de Royer 1781 so beschrieben:

La jurisprudence de l'Europe est le résultat de la Religion, des Moers, des Principes de chaque Gouvernement, des Coutumes primitives, des Loix Romaine, des Loix Barbares, des Loix Féodales, des Loix Ecclésiastiques, des Loix particulières de chaque souverain, des systèmes des Tribunaux et des opinions des Jurisconsultes¹².

Diese Rechtsquellenpluralität des „alten“ *Ius Publicum* besitzt eine gewisse Parallele im „neuen“ *Ius Publicum Europaeum*, das nach Artikel 6 EUV die nationalen Verfassungsrechte und somit auch die fremden „Rechte, Freiheiten und Grundsätze“ anerkennt, die in der Charta der Grundrechte der EU niedergelegt sind.

2. Begriff und Bedeutung des „*ius publicum*“ leiten sich aus der berühmten Ulpian-Formel des römischen Rechts aus *Digesten* 1.1.1.2 ab, die nur für das Rechtsstudium diese Einteilung festlegte: «*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*». Das Nicht-Private im Recht dieser römischen Einteilung bestand «in sacris, in sacerdotibus» und in «magistratibus»¹³. Dieser religiös-institutionelle Bezug im römischen Recht ist dem *Ius Publicum* in der heutigen europäischen Staatenwelt nicht zu eigen. Allenfalls die römischen „magistratus“ haben eine Entsprechung zur Ämterverfassung in der öffentlichen Sphäre der monarchischen Gemeinwesen im *Ancien Régime*. Zwar benutzte die Lehre römischrechtliche *Digestenstellen*, um Phänomene mittelalterlicher Institutionen und Verfahren erfassen und regeln zu können¹⁴. Im Bereich des Reichsverfassungsrechts wurden z.B.

römische Begriffe und Prinzipien der „*lex regia*“ und der „*praesides provinciae*“ auf die Rechtsstellung von Kaiser und Reichsständen angewendet oder Fragen der Gesetzgebungshoheit zwischen Herrscher und Ständen im Widerstreit der Maximen von D 1.4.1 (*quod principi placuit*), D 1.3.31 (*princeps legibus solutus est*) und C 5.59.5.2 (*quod omnes similiter tangit*) behandelt. Die Entstehung einer eigenständigen Disziplin „*ius publicum*“ – abweichend vom „*ius privatum*“ – wird für das Alte Reich auf den Zeitraum zwischen dem 16. und 17. Jahrhundert eingegrenzt. Das hat Michael Stolleis ausführlich belegt¹⁵. Als Vorlesungsfach erscheint das *Ius Publicum* zu Beginn des 17. Jahrhunderts¹⁶. Feste Gründungsdaten und eindeutige Gründer der neuen Disziplin lassen sich nicht benennen. So betont Johannes Limnaeus 1629, was den «*originem Iurispublici*» betreffe, «*non una omnium est opinio*», denn der Stoff des *Ius Publicum* sei auch aus «*praeceptis naturalibus, Gentium et civilibus*» entnommen worden¹⁷. Eines steht aber für Limnaeus fest: «*I meri legisti sono puri asini*»¹⁸. Politische Problemlagen der Zeit, wie z.B. das Spannungsverhältnis zwischen Ständen und Herrscher sowie zwischen katholischen und protestantischen Parteien, die Konsolidierung des Fürstenstaates, der Aufbau von Verwaltungs- und Rechtsprechungsinstanzen sowie die Verwirklichung des „*bonum commune*“ im Zeitalter der Aufklärung verstärkten überall in Europa die Notwendigkeit von Konfliktlösungen auf rechtlicher Grundlage. Die dafür notwendigen Entscheidungsgrundlagen bildeten die positiven Rechtsquellen, deren Produktion durch Gesetz, Vertrag oder Urteil den Stoff des *Ius Publicum* in jedem territorialen Herrschaftsbereich darstell-

te, der in zahlreichen Publikationen des 17. und 18. Jahrhunderts behandelt wurde¹⁹. Es handelte sich dabei in der Regel immer um territorial gebundene und um einen von individuellen monarchischen oder kollektiv-ständischen Herrschaftsträgern begründeten Rechtsquellenbestand. Der territorial eingegrenzte Geltungsrahmen der Rechtsquellen oder Entscheidungsgrundlagen des *Ius Publicum* auf ein Hoheitsgebiet oder einen Rechtsprechungsraum zwingt dazu, mehr von der Bezeichnung der „iura publica“ in Europa zu sprechen als von einem „europäischen ius publicum“ bzw. „ius Publicum Europaeum“, wie es die heutige Wissenschaft des Europarechts tun kann.

3. Wenn man den engen rechtspositivistischen partikularen Rahmen verlässt und danach fragt, wo die Begriffe „Europa“ und „Ius Publicum“ einander näher treten und zusammengedacht werden, so sind europäische Gemeinsamkeiten in Methode, System und Begriffswelt zu erkennen²⁰. Die Realität einer im wesentlichen einheitlichen Rechtskultur auf dem Gebiet des Privatrechts durch das „Ius Commune“ ließ den beobachtenden Blick auch auf mögliche Gemeinsamkeiten der politischen Organisation in den europäischen „Staaten“ richten, die bei Rechenberg 1681 zu der Frage nach «einer Monarchia universalis Europae» führt, denn «est autem Europa illa cultissima orbis universi pars...»²¹. Die aristotelische Staatsformenlehre bildet den Maßstab, um alle vorfindbaren Herrschaftsstrukturen in Europa nach Kaiserreichen, Königreichen, Freistaaten,

ständisch organisierten Republiken und geistlichen Fürstentümern einzuteilen²². Über die kulturellen Gemeinsamkeiten in «Religion, Sitten und Bräuche» hinausgehend betont z.B. Jean Jacques Rousseau sogar die «Gemeinschaft der Gesetze» in Europa, – allerdings ohne nähere Begründung²³. Er meint wohl die europäische Geltungsbreite des privatrechtlichen „Ius Commune“. In dieser Beziehung kann man einen gesamteuropäischen Kommunikationszusammenhang beobachten, wenn z.B. Christian Thomasius «alle Ictos Europae» zur Kritik an seinem geplanten Kommentar über die römischen Institutionen auffordert, «mir zu zeugen, wo ich wider die principia Juris oder die Wahrheit was geschrieben habe»²⁴. Ähnlich lässt Simon van Leeuwen in seiner „Censura forensis“ von 1662 in der Betrachtung der gesamten europäischen Literatur erkennen, wie genau man in Europa die Fortgeltung des römischen Rechts und dessen teilweise Ersetzung durch ein „patrium ius“ rechtsvergleichend und kritisch verfolgt hat²⁵. Für den Bereich des „Ius Publicum“ kann der Gießener Professor Johann August Schlettwein als Beispiel für den Bedarf offener europäischer Kommunikation dienen, wenn er erklärt: «Besonders ... flehe ich hier die Regierungs-, Cameral- und Finanz-Collegia und Academien und Societäten der Wissenschaften in allen europäischen Staaten an, meine Ideen und Grundsätze ... aufs strengste zu beurtheilen»²⁶.

Untersucht man, in welcher Kombination der Begriff „Europa“ in der wissenschaftlichen Literatur des 17. und 18. Jahrhunderts mit supranationalem Geltungsanspruch auftaucht, so sind dies vor allem das Christentum – z. B. bei Arthur

Duck der «*usus juris civilis Romanorum in dominiis principum Christianorum*»²⁷, die allgemeine Wissenskultur der lateinischen Sprache als Kommunikationsmittel, die „*communis utilitas*“ oder das „*bonum commune*“ als allgemeines Handlungsgebot für den aufgeklärten Monarchen und das „Staatinteresse der Europäischen Mächte“, wie es z.B. bei Gottfried Achenwall heißt²⁸. In diesem Sinne dient auch Pufendorffs „Einleitung in die Historie der vornehmsten Europäischen Staaten“ in der Ausgabe von 1746 einer Analyse «der heutigen Gestalt des Europäischen Staats Körpers»²⁹. Die Ermittlung des „Staatsinteresses“ gilt einerseits jedem einzelnen Reich und andererseits dem «gemeinschaftliche(n) Staatsinteresse vieler reiche zusammengekommen»³⁰. Die Literaturgattung, die diese wissenschaftliche Fragestellung behandelt, wird durch die „*Politica*“, „*Statistik*“³¹, „*Notitia rerum publicarum*“ oder „Staatenkunde“ repräsentiert³². Alle diese Elemente einer definitionsfähigen europäischen „*communitas*“ konkretisieren sich teilweise – aber nicht vollständig – im „*Ius Publicum*“ und geben diesem damit eine europäische Dimension. Diese werden im europäisch gedachten Naturrecht zu allgemeinen „Rechten und Verbindlichkeiten“ sowie zu „allgemeinen Grundsätzen“ verdichtet, die als „*ius publicum universale*“ oder „allgemeines Staatsrecht“ die Rechte und Pflichten „der höchsten Gewalt im Staate“ bestimmen³³. Diese vom aufgeklärten Naturrecht propagierte „*universalitas*“ wissenschaftlicher Betrachtung richtet den Blick auch über den europäischen Raum hinaus auf «alle Rechte jeder Völker und Zeiten, soweit nur glaubwürdige Nachrichten reichen»³⁴. Es ist zu beobachten, wie

hier für das *Ius Publicum* der Rahmen eurozentrischer Betrachtung verlassen wird und dieser sich auf globale Tatbestände ausweitet. Vor allem Johann Heinrich Gottlob von Justi hat 1762 in seinen „Vergleichungen der Europäischen mit den Asiatischen Regierungen“ den Eurozentrismus scharf kritisiert, der – wie er schreibt – «himmelschreiende Ungerechtigkeiten begeht»³⁵. Ähnliches ist auch bei Pufendorf zu beobachten, der im 4. Band seiner „Einleitung in die Historie der vornehmsten Europäischen Staaten“ auf die «vornehmsten Reiche und Staaten von Asia, Africa und America» ausgreift³⁶.

Die universal gewerteten allgemeinen Grundsätze, Handlungsmaximen, Rechte und Pflichten im Rahmen des *Ius Publicum* sind jedoch keineswegs alle juristischer Natur, so dass naturrechtliche Maximen und „Staatenkunde“ – trotz ihrer europäischen Dimension – deutlich vom *Ius Publicum* europäischer Staaten abgegrenzt werden³⁷. Dieses stellt – wie Leibniz erklärt – einen «*complexus [...] constitutionum, legum ac consuetudinum ad gubernationem*» dar, der einen deutlichen Bezug auf «*forma reipublicae seu constitutio summae potestatis*» aufweist³⁸.

4. Diesen allgemeinen historischen Bezügen zwischen dem Rechtsbegriff „*Ius Publicum*“ und dem Rechts- und Kulturraum „Europa“ lassen sich die konkreten Rechtsgattungen in Gestalt von Verfassung, Gesetzgebung und gerichtlicher Urteilspraxis zur Seite stellen. Diese sind die Instrumente zur rechtlichen Ordnung der staatlichen Gemeinwesen in Europa. Der Unterschied und Abstand zwischen diesen

Prüfungskriterien für das „Ius publicum“ des *Ancien Régime* und den Prüfungskriterien in dem Fragebogen, den die Autoren des Handbuchs des neuen „Ius Publicum Europaeum“ von 2007 ihren Untersuchungen zugrunde zu legen hatten, ist überdeutlich. Die Autoren des „Handbuchs“ behandeln und analysieren vergleichend die heutigen konsolidierten Rechtsstaaten in Europa mit aktueller nationaler Verfassung sowie das Spannungsverhältnis zwischen nationalen und supranationalen rechtlichen und außerrechtlichen Identitäten und Identifikationsmöglichkeiten gemäß Artikel 6, Abs. 3 EUV. Im Sinne des hier behandelten Themas lautet die erste Frage an die Bearbeiter des Handbuchs: «Welche historischen Erfahrungen verarbeitet die *Verfassung*?»³⁹. Im Gegensatz dazu befindet sich das zumeist monarchische *Dominium* oder *Imperium* des *Ancien Régime* noch im Prozess zu einem entpersonalisierten Verfassungsstaat. Der monarchische oder ständische Staat war weitgehend durch persönliche Machtbefugnisse rechtlich und außerrechtlich bestimmt. Wenn man im *Ancien Régime* von „Staat“ spricht, so ist darunter vor allem die Institution einer Regierung mit ihrem personalisierten Herrschaftsapparat zu verstehen. Erst mit der „Verfassung“ setzt die umfassende Verrechtlichung der öffentlichen Gewalt ein.

4.1. *Verfassung*

Als kodifiziertes umfassendes Ordnungsinstrument für das monarchische bzw. ständisch organisierte Gemeinwesen existierte sie bis zum Ende des 18. Jahrhunderts noch nicht. Mit der polnischen Verfassung vom 3. Mai 1791 und vor allem mit der fran-

zösischen „Constitution“ vom 3. September 1791, die die „Déclaration des droits de l’homme et des citoyens“ einschloss, wurde politische Macht kalkulierbar und juristisch entscheidbar unter das Recht gestellt. Das bedeutete jedoch nicht, dass es vor dieser Phase juristischer Verfassungstexte keine juristischen Normierungen über die Ausübung monarchischer oder politischer Macht gegeben hätte. Der „Staat“ des *Ancien Régime* besaß eine Verfasstheit nach juristischen Regeln, auch ohne Verfassung im modernen Sinne zu sein⁴⁰.

In Traktaten und Dissertationen über das „Ius Publicum“ tritt seit Beginn des 17. Jahrhunderts mit unterschiedlicher Betonung der Begriff der „leges fundamentales“ in allen europäischen Ländern in Erscheinung⁴¹. Diese neue Rechtskategorie geht auf die Religionswirren im französischen Königreich in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts zurück, als die Monarchie durch Glaubensspaltung, Thronfolgestreit und Bürgerkrieg in ihren Grundfesten erschüttert wurde. Theodor de Bèze verwendet 1574 erstmals die Formel „Loix fondamentales d’un Roiaume“⁴². Der Kern dieser neuen Rechtskategorie bestand in der Beschränkung monarchischer Machtfülle durch Bindung des französischen Königs an die „Lex Salica“ mit der Sicherung männlicher Erbfolge und der Unveräußerlichkeit der Kronländer. Spätestens seit dem Ende des 17. Jahrhunderts tauchen die landessprachlichen Varianten der „leges fundamentales“ in allen europäischen Ländern auf: „Reichsgrundgesetze“, „leyes fundamentales“ in Spanien, „fundamental laws“ in England, „leis fondamentais“ in Portugal, „leggi fondamentali“ in Italien, „fundamental lag“ in Schweden, „fundamentele wetten“ in den

Niederlanden, „prawa fundamentalne“ oder „kardynalne“ in Polen. Ihr Inhalt ist in den einzelnen europäischen Ländern durchaus verschieden. Nach Begriff, Bezeichnung und Funktion besteht jedoch eine umfassende europäische Gemeinsamkeit, die sich auf vier Punkte konzentriert: a) Limitierung monarchischer Macht; b) die Begründung der „lex fundamentalis“ erfolgt zumeist im Wege eines Vertragsschlusses⁴³; c) aus der Vertragseigenschaft resultiert die Unmöglichkeit einseitigen Widerrufs und d) der höhere Rang gegenüber allen anderen Rechtsgattungen. Joachim Hagemeier identifiziert 1677 z.B. das „Ius Publicum“ aller europäischen Länder generell mit ihren Grundgesetzen: «Habet etiam reliqua Regna Europae leges suas Fundamentales...»⁴⁴. So bildet die Pluralität der „Leges Fundamentales“ in jedem europäischen Land einen Kanon fester Regeln für die öffentliche Gewalt, der noch nicht im Singular einer „Verfassung“ oder „Constitution“ als geschlossenes kodifiziertes Verfassungsdokument aufgegangen ist. Noch 1789 verstand man in Frankreich unter dem „Droit public“ die «connaissance des lois fondamentales et la constitution d'une société politique»⁴⁵.

4.2. Gesetzgebung

Sie gehört zum grundlegenden Lenkungsmechanismus eines jeden monarchischen oder ständischen Gemeinwesens jeglicher Staatsform: «Pertinet denique ad potestatem legislativam ius mandandi, id est singulis subditorum actionibus, pro civitatis fine leges praescribendi»⁴⁶. Gesetzgebungskompetenz und die vielgestaltigen gesetzlichen Formen und Gattungen,

durch die die gesetzgebende Gewalt sich verwirklicht und regelnd tätig wird, sind während des *Ancien Régime* im Begriff der „potestas legislativa“ zusammengefasst⁴⁷. Diese bildet ein gesamteuropäisches Phänomen und gliedert sich in verschiedene legislatorische Einzelformen normativer Qualität. Als Beispiele werden hier vorrangig die lateinischen Gesetzesbegriffe angeführt, da diese am besten den Gleichklang europäischer Gemeinsamkeiten dokumentieren: nämlich «leges statuere, ferre, condere, accomodare, mutare, interpretare abrogare, recipere», die Durchbrechung des Gesetzes oder Befreiung vom allgemeinen Gesetz durch „privilegia“ und „dispensationes“ sowie die „publicatio legum“⁴⁸. Die Bündelung aller möglichen legislatorischen Einzeltätigkeiten im Begriff der „Potestas legislativa“ begünstigte alle Tendenzen – vor allem in der Theorie – absolutistische Staatsformen zu legitimieren. Das einmalige Musterbeispiel für diese extreme absolutistische Staatspraxis bildet die dänische „Lex Regia“ von 1665, durch die Friedrich III. die Gesetzgebungsgewalt – vom Erlass bis zur Aufhebung aller Gesetzesakte – in seiner Hand konzentrierte⁴⁹. Alles, was vom herrscherlichen Inhaber der „Potestas legislativa“ mit einem Regelungsanspruch ausging, hatte die normative Qualität gesetzlicher Verbindlichkeit. Wenn man die großen Gesetzessammlungen in Europa nach ihren Titeln in Bezug auf die Verwendung der Bezeichnung „Gesetz“, „lois“, „leyes“, „wetten“, „leggi“ usw. untersucht, so kann man nur das Fehlen einer einheitlichen Bezeichnung „Gesetz“ usw. feststellen. Es besteht eine Gemeinsamkeit in der Vielfalt der legislatorischen Formen und Bezeichnungen in Europa, – unabhängig davon, ob es sich um

einen monarchischen, ständischen oder republikanischen Gesetzgeber, wie z.B. im „Corpus Helveticum“, handelt. Noch 1806 hat der Niederländer Theodor van Swinderen auf diese «*diversae significationes, quibus vocabulum lex venire solet*», wie sie sich aus der gemeinrechtlichen Erfahrung in Europa ablesen ließen, nachdrücklich hingewiesen⁵⁰. So zeigen die Gesetzessammlungen in allen europäischen Ländern die unendliche Bezeichnungsvielfalt legislatorischer Einzelakte von den «*recessus, ordinationes, decreta, rescript, responsa, mandata, edicta, privilegia, concessiones, confirmationes, sanctiones pragmaticae, resolutiones, instructien, interdicta, reglementa*» bis zu den «*consuetudines, coutumes, fueros*», den «Landtags-Schlüssen, Handvesten, Erbvereinigungen» und «Arrets des Parlements» usw⁵¹. Die meisten dieser legislatorischen Formen beherrschen die Gebotspraxis des Policy-Rechts im europäischen *Ancien Régime*⁵².

Wo diese Normativ-Formen im Fürstenstaat keine direkte Ableitung aus der unmittelbaren willensbestimmten „Potestas legislativa“ des Herrschers besaßen – wie z.B. bei den Gewohnheitsrechten und *Coutumes* – vermittelte die Fiktion eines „tacitus consensus“ und einer „vis legis“ solchen Rechtsakten unmittelbare Bindungskraft. In der historischen Bedingtheit der Begriffsbildung und Begriffsverwendung des Terminus „Gesetz“ wird die Verbindung mit der europäischen „*ius commune*“-Tradition erkennbar, die eine privatrechtliche Prägung der zahlreichen Gesetzgebungsakte im Bereich des europäisch dimensionierten „*ius publicum*“ zeigt⁵³. Erst der konstitutionelle Verfassungsstaat hat diese legislatorische Vielfalt bereinigt und die Gesetzgebungsgewalt

– und damit den Norm-Begriff „Gesetz“ – unter das unifizierende Regelungsgebot der Verfassung gestellt.

4.3. Gerichtsbarkeit und Rechtsprechung

Auch im Bild des dritten Souveränitätsrechts der „Potestas iudiciaria“ überschneiden sich die europäischen Gemeinsamkeiten und Unterschiede. In der Einrichtung oberster Gerichte in allen europäischen Ländern dominiert ein Gleichklang von Instanzenordnung und zunehmender Berufung von gelehrten bzw. studierten Richtern für Konfliktlösungen durch Gerichte⁵⁴. Der Schwerpunkt ist hier jedoch auf die Rechtsprechungsprodukte in Gestalt der Urteile und auf deren Bedeutung im System der Rechtsquellen insgesamt zu legen. Es gehört zu den grundlegenden Aufgaben des Rechtssystems, die „dubia“, „ambiguitates“ in den Gesetzen sowie die gesetzlich nicht geregelten Problemfelder im Wege einer Selbstkorrektur durch Rechtsprechung – wie auch mit Hilfe der Rechtswissenschaft – nachzuregeln und so entsprechend den sich wandelnden gesellschaftlichen Anforderungen jurisdiktionell entscheidungsfähig zu machen. Hier liegt heute der verfassungsmäßige Auftrag an die Rechtsprechung zur „Fortbildung“ des Rechts und der Grund für die mögliche normative Kraft der Urteilspraxis. Im *Ancien Régime* standen Gesetzgebung und Rechtsprechung umso mehr in einem engen Zusammenhang als normproduzierende Kräfte, da es vor Ende des 18. Jahrhunderts weder eine umfassende Kodifikation gab noch eine rechtsstaatlich operierende Verfassung eine Aufsicht führte. Oberster Richter war grundsätzlich der Herrscher

als Inhaber der „plenitudo potestatis“, unabhängig davon, ob eine „iurisdictio delegata“ vorlag oder der Herrscher selbst als Richter auftrat. Das Richterpersonal war im *Ancien Régime* im Vergleich zum heutigen Rechtsstaat und den Gerichten des „neuen Ius Publicum Europaeum“ nicht unabhängig. Eine Gewaltenteilung existierte nicht. Unabhängig davon konnten Urteile jedoch die Autorität eine gleichsam rechtlich-legislatorischen Bindungskraft entfalten, die mit dem Begriff der „vis legis“ gekennzeichnet werden. Voraussetzung war, dass über längere Zeit durch gleichlautende Entscheidungen sich eine gewohnheitsrechtliche Praxis gebildet hatte. Im englischen Rechtssystem war häufig die Autorität der Rechtsprechung an die Autorität einer Richterpersönlichkeit gebunden und die Methode der „Precedents“ im 18. Jahrhundert durch das Prinzip des „stare decisis“ gestützt worden⁵⁵. Die gleichsam gesetzliche Leitbildfunktion des Urteils durch den „mos iudiciorum“⁵⁶ zeigt, dass einer gleichmäßigen Urteilspraxis eine gesetzesähnliche Ersatzfunktion zukommen konnte⁵⁷. Sie wurde auch die „vis legis“ der „res iudicata“ bezeichnet. Daraus resultierten Präjudizienlehre und Kodifikationsbewegung auf dem Kontinent und im weitreichend gesetzessfreien England das „case Law System“. Für das Prozessrecht traten die obersten Gerichte auf dem Kontinent sogar ausdrücklich als Quasigesetzgeber auf, wenn sie in Stellvertretung für den untätig gebliebenen Gesetzgeber Regelungen für das eigene Prozessverfahren trafen: Im Reichskammergericht durch „Gemeine Bescheide“ bzw. „Decreta Communia“, in der portugiesischen „Casa da Supplicacao do Civil“ durch „assentos“, in den französischen Parlements durch „arrêts de règlements“

und in den spanischen Höchstgerichten durch die „autos acordados“⁵⁸.

Die Hoffnung in der europäischen Aufklärung durch eine umfassende Kodifikation dem Gesetz die Endgültigkeit, Klarheit, Stabilität und Dauerhaftigkeit eines „ius certum“ und einer „lex certa“ verschaffen zu können⁵⁹, ging nicht in Erfüllung und konnte entsprechend der Strukturschwäche des Gesetzes auch nicht in Erfüllung gehen. Kein Gesetz vermag durch Vorschau alle möglichen Fälle zu erfassen und sprachlich präzise tatbestandlich festzulegen. So rücken Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsgewalt auch bei rechtsstaatlicher Gewaltenteilung einander näher und bleiben auf einander angewiesen. Dies ist eine historische Erfahrung, die auch den heutigen verfassungsrechtlichen Befund prägt.

5. Das „alte Ius Publicum Europaeum“ kann man angesichts fehlender Verfassung auch als eine offene Wissenschaft des „Staats-Rechts“ bezeichnen, die z.B. für das Alte Reich alle Rechtsquellen – eingeteilt in „Haupt- und Nebenquellen“ – für die rechtliche Ordnung der öffentlichen Sphäre zu erfassen und zu systematisieren suchte und dabei besonders auf die Bewahrung rechtlicher Besonderheiten streng achtete⁶⁰. Im „neuen Ius Publicum Europaeum“ gibt es dafür eine gewisse Entsprechung im „Willen“ und „Bekenntnis zur Partikularität“, die in einer „europäischen Verfassungsidentität“ angelegt ist und „unverzichtbaren Verfassungsppluralismus“ verbürgt⁶¹.

- ¹ Zurecht kritisch zum unreflektierten „Eurozentrismus“ der „europäischen Rechtsgeschichte“, cf. Th. Duve, *Global Legal History: Setting Europe in Perspective*, in H. Pihlajamäki, M.D. Dubber, M. Godfrey (eds.), *The Oxford Handbook of European Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 115–142.
- ² P. Häberle, *Europäische Rechtskultur. Versuch einer Annäherung in zwölf Schritten*, Baden-Baden, Nomos, 1994; J. Basedow, *Rechtskultur – zwischen nationalem Mythos und europäischem Ideal*, in «Zeitschrift für Europäisches Privatrecht», n. 4, 1996, pp. 379–381; S. Simon, *Rechtskulturelle Differenzen in Europa*, in «Archiv des öffentlichen Rechts», n. 143, 2018, pp. 597–622.
- ³ A. von Bogdandy, P.C. Villalón, P.M. Huber (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, VIII Bde., Heidelberg, C.F. Müller, 2007–2019.
- ⁴ Von Bogdandy (e.a.), *Handbuch*, Bd. I, cit., Vorwort.
- ⁵ H. Hofmann, *Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht. Zum griechisch-römischen Erbe der europäischen Rechtswissenschaft*, in «Der Staat», n. 57, 2018, pp. 5–33, pp. 22–24.
- ⁶ Ivi, p. 23.
- ⁷ Mit diagnostischer Klarsicht erklärt Schmitt: «Die bisherige, europa-zentrische Ordnung des Völkerrechts geht heute unter», C. Schmitt, *Nomos der Erde im Völkerrecht des Ius Publicum Europaeum*, Köln, Greven, 1950, Vorwort.
- ⁸ A. von Bogdandy, St. Hinghofer Szalkay, *Das etwas unheimliche Ius Publicum Europaeum*, in «Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht», n. 73, 2013, pp. 209–248, p. 209.
- ⁹ Zum früheren Forschungsprogramm H. Coing, *Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet*, in «Ius Commune», n. 1, 1967, pp. 3 ss.; F. Wieacker, *Ursprünge und Elemente des europäischen Rechtsbewusstseins*, in H. Göhring (hrsg.), *Europa – Erbe und Aufgabe. Internationaler Gelehrtenkongress Mainz 1955*, Wiesbaden, Steiner, 1956, pp. 105–119.
- ¹⁰ Cf. H. Mohnhaupt, *Historische Vergleichung als Erkenntnismethode. Die vergleichende Beobachtung von Recht und Staat im 18. Jahrhundert*, in «Právněhistorické Studie», n. 51/1, 2021, pp. 31–50.
- ¹¹ S. Simon, *Rechtskulturelle Differenzen*, cit.
- ¹² A.F. Prost de Royer, *Dictionnaire de Jurisprudence et des Arrêts*, vol. I, Lyon, de la Roche, 1781, Discours Préliminaire (p. IV).
- ¹³ Zur Herkunft des *Ius Publicum* aus dem römischen Recht, cf. D. Wyduckel, *Ius Publicum. Grundlagen und Entwicklung des Öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlin, Duncker und Humblot, 1984, pp. 47–76.
- ¹⁴ Cf. M. Stolleis, *Öffentliches Recht I (bis 1750)*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (HRC), 25. Lieferung, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2017², col. 92.
- ¹⁵ M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Erster Band: Reichspublizistik und Policywissenschaft 1600–1800*, München, Verlag C.H. Beck, 1988, pp. 141–146. So auch R. von Stintzing, E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 1. Abteilung, München, Oldenbourg, 1880, Repr. Aalen, Scientia, 1978, pp. 663, 666.
- ¹⁶ Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, cit., pp. 142 s.
- ¹⁷ J. Limnaeus, *Liber primus iuris publici imperii romano-germanici, de origine iuris publici*, Argentorati 1729, p. 3 (nr. 17).
- ¹⁸ Limnaeus, *Liber primus iuris publici*, cit., *Dedicatio* (s.p., III).
- ¹⁹ Gedrängte Übersicht bei Stolleis, *Öffentliches Recht I*, in HRC, cit., col. 91–93.
- ²⁰ Einzelheiten bei H. Mohnhaupt, „Europa“ und „ius publicum“ im 17. Und 18. Jahrhundert, in Chr. Bergfeld (hrsg.), *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburts-*
- tag* (Ius Commune, Sonderhefte 17), Frankfurt am Main, Verlag Vittorio Klostermann, 1982, pp. 206–232, worauf sich auch die folgenden Ausführungen teilweise beziehen.
- ²¹ A. Rechenberg (Praeses), *Dissertatio de monarchia universali, quae Europae imminere dicitur* (Respondent: G. Chr. von Doelau), Lipsiae 1681, § IV.
- ²² In diesem Sinn bei Friedrich Leutholfs von Franckenberg, *Europäischer Herold oder Zuverlässige Beschreibung derer Europäischen-Christlichen Kayserthums, Königreiche, freyer Staaten und Fürstenthümer ...*, Leipzig, bey Thomas Fritschen, 1705.
- ²³ J.J. Rousseau, *Auszug aus dem Plan des Ewigen Friedens des Herrn Abbé de Saint-Pierre (1756/1761)*, hier zitiert nach K. von Raumer, *Ewiger Friede. Friedensruf und Friedenspläne seit der Renaissance*, Freiburg/München, Verlag Alber, 1953, p. 347.
- ²⁴ Chr. Thomasius, *Kurtzer Entwurff, was auff der Chur-Brandenburgischen Friedrichs-Universität zu Halle Christian Thomasius voriges Jahr gelesen und künftig für Lectiōners und Collegia zu halten gesonnen sey*, Halle 1694.
- ²⁵ S. van Leeuwen, *Censura forensis, theoretico-practica, id est toius iuris civilis, Romani, usque recepti et practici methodica collatio ...*, Lugduni Batavorum 1662, Prolegomina.
- ²⁶ J.A. Schlettwein, *Grundfeste der Staaten oder die politische Oekonomie*, Gießen, Krieger, 1779, Vorrede.
- ²⁷ A. Duck, *De usu et autoritate iuris civilis Romanorum, in dominiis principum Christianorum, libro duo*, Lipsiae, Sumptibus Johannis Lüderwaldi, 1668, pp. 120–141.
- ²⁸ G. Achenwall, *Vorbereitung zur Staatswissenschaft der heutigen fürnehmsten Europäischen Reiche und Staaten ...*, Göttingen, Vandenhoeck, 1748.
- ²⁹ S. von Pufendorff, *Einleitung in die Historie der vornehmsten Europäischen Staaten*, Bd. I, Frankfurt/

Mohnhaupt

- Main, Knoch und Eßlinger, 1746, Vorrede (s.p., V).
- ³⁰ So Achenwall, *Vorbereitung*, cit., p. 41.
- ³¹ Cf. J.St. Pütter, *Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie*, Göttingen, Vandenhoeck, 1767, p. 50 (§ 91).
- ³² Cf. M. Rassem, J. Stagl (hrsg.), *Statistik und Staatsbeschreibung in der Neuzeit, vornehmlich im 16.-18. Jahrhundert*, Paderborn (e.a.), F. Schöningh, 1980.
- ³³ Pütter, *Neuer Versuch*, cit., p. 10 (§ 17).
- ³⁴ So *ivi*, p. 23 (§ 43).
- ³⁵ J.H.G. von Justi, *Vergleichungen der europäischen mit den Asiatischen und andern vermeintlich Barbarischen Regierungen*, in *drey Büchern verfasst*, Berlin (e.a.), Rüdiger, 1762, Vorrede (s.p.).
- ³⁶ Cf. von Pufendorff, *Einleitung*, cit.
- ³⁷ Cf. Mohnhaupt, „Europa“ und „*ius publicum*“, cit., p. 104.
- ³⁸ G.W. Leibniz, *Tractatio* (ca. 1690–1695), in G. Grua, *Tectes Inédits*, Vol. II, Paris, Presses Univ., 1948, p. 801.
- ³⁹ V. Bogdandy, *Handbuch*, cit., Bd. I, p. 777. Die Frage nach den historischen Erfahrungen ist jedoch von den einzelnen Bearbeitern des Fragebogens nur wenig und sehr unterschiedlich beantwortet worden.
- ⁴⁰ Cf. H. Mohnhaupt, D. Grimm, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart. Zwei Studien*, Berlin, Duncker und Humblot, 2002², pp. 71–75.
- ⁴¹ Mohnhaupt, *Verfassung*, cit., pp. 62–66; *idem*, *Von den „Leges fundamentales“ zur modernen Verfassung in Europa. Zum begriffs- und dogmengeschichtlichen Befund (16.-18. Jahrhundert)*, in «*Ius Commune*», n. 25, 1998, pp. 121–158; I. Birocchi, *La Carta autonómica della Sardegna tra antico e moderno. Le „Leggi Fondamentali“ nel triennio rivoluzionario (1793–96)*, Torino, Giappichelli Editore, 1992, pp. 163, 199, 204, 208.
- ⁴² Th. de Bèze, *Du droit des magistrats sur leurs subiets*, s.l. 1574, repr. Genève, Kingdon, 1970, p. 61.
- ⁴³ J.J. Moser, *Compendium juris publici moderni regni germanici ...*, Tübingen, Cotta, 1742, erklärt z.B. zu «des Teutschen Reiches geschriebenen Grund-Gesetzen»: «... erste Haupt-Quelle der Lehre von der heutigen Staats-Verfassung ... seynd diejenigen Verträge und Gesetze, welche ... bißhero zwischen des Reichs Oberhaupt und dessen gesammten ohnmittelbaren Ständen ... auf Reichs-Tägen ... verglichen und zu Papier gebracht worden» (p. 18); Birocchi, *La Carta autonómica*, cit., p. 214.
- ⁴⁴ J. Hagemeyer, *Juris publici Europaei de trium regnorum septentrionalium Daniae, Norvegiae et Sveciae statu epistula prima*, Francofurti ad Moenum 1677, Ad lectorem (s.p.).
- ⁴⁵ J. Le Saige, *Catéchisme du citoyen ou éléments du droit public français par demandes & réponses; suivi de Fragmens politiques par le même auteur*, Paris, s.e., 1789, p. 5 (chap. I).
- ⁴⁶ Als Beispiel: C.U.D. de Eggers, *Institutiones juris civitatis publici et gentium universalis*, Hafniae, Proft et Storcu, 1796, p. 123 (§ 97).
- ⁴⁷ Cf. H. Mohnhaupt, *Potestas legislatoria und Gesetzesbegriff im Ancien Régime*, in «*Ius Commune*», n. 4, 1972, pp. 188–239.
- ⁴⁸ Mohnhaupt, *Potestas legislatoria*, cit., pp. 208–213; Eggers, *Institutiones juris civitatis publici*, cit., pp. 119–124.
- ⁴⁹ L. Wienbarg, *Das dänische Königsgesetz oder das in Dänemark geltende Grundgesetz ...*, Hamburg, Hoffmann u. Campe, 1847, p. 108.
- ⁵⁰ Th. van Swinderen, *Disputatio iuridica de legibus*, Groningae, Spoormaker, 1806, p. 10 s.
- ⁵¹ Übersicht auch bei Mohnhaupt, *Potestas legislatoria*, cit., pp. 115 s.
- ⁵² Cf. K. Härter, M. Stolleis (hrsg.), *Repertorium der Polieyordnungen der Frühen Neuzeit*, Bd. I ss., Frankfurt am Main, Verlag Klostermann, 1996.
- ⁵³ H. Mohnhaupt, *Grundlinien in der Geschichte der Gesetzgebung auf dem europäischen Kontinent vom 16. bis 18. Jahrhundert. Ein experimenteller Überblick*, in «*Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*», n. 28, 2006, pp. 135–141.
- ⁵⁴ Grundlegend sind hierfür die vergleichenden Analysen bei B. Diestelkamp (ed.), *Oberste Gerichtsbarkeit und zentrale Gewalt in Europa in der frühen Neuzeit* (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich 19), Köln (e.a.), Böhlau, 1996; A. Denzler (e.a., eds.), *Prozessakten, Parteien, Partikularinteressen. Höchstgerichtsbarkeit in der Mitte Europas vom 15. bis 19. Jahrhundert*, Berlin, de Gruyter, 2014.
- ⁵⁵ Cf. St. Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent. Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, pp. 1236 s.; R. Cross, *Precedent in English Law*, Oxford, Clarendon, 1968, pp. 102–145.
- ⁵⁶ Cf. Codex 2.3.14 des römischen *Corpus Juris Civilis*.
- ⁵⁷ Cf. Mohnhaupt, *Grundlinien*, cit., pp. 160 s.
- ⁵⁸ Nachweise bei *ivi*, pp. 163 s.
- ⁵⁹ H. Mohnhaupt, „*Lex certa*“ and „*ius certum*“: *The Search for Legal Certainty and Security*, in L. Daston, M. Stolleis (eds.), *Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe*, Aldershot, Ashgate 2008, pp. 73–88.
- ⁶⁰ Erkennbar bei Moser, *Compendium iuris publici moderni*, cit., pp. 1–17.
- ⁶¹ So P.C. Villalón, *Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Vergleich*, in von Bogdandy (hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, cit., pp. 775 s.