

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**



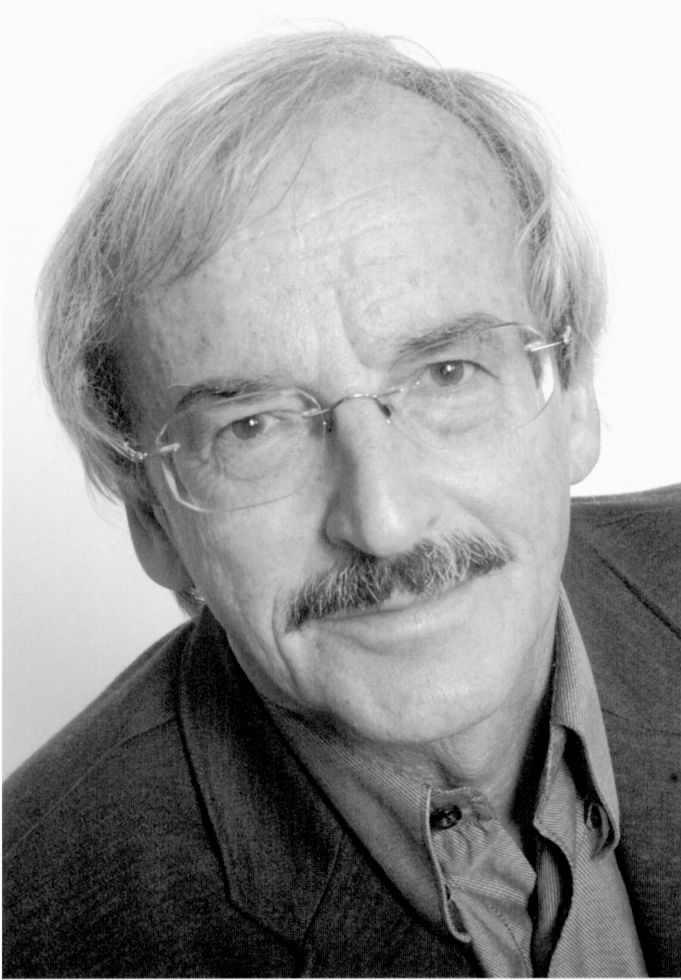
Duncker & Humblot · Berlin

Staat – Wirtschaft – Gemeinde

Festschrift für Werner Frotscher
zum 70. Geburtstag

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1069



Urs Fischer

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, „gemäßigter 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 Nutzenanwendung 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 Benutzungszwang 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 bestimmend 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 plebiszitären 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 Betrachtungen 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 Konservatismus 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 unstrittige 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 Unverantwortlichkeit?	267
<i>Jörg Müller-Volbeh</i> , Die Religionsfreiheit in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	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 Scori</i> , Begriff, System und Grenzen deutscher und europäischer Wirtschafts- verfassung	335
<i>Norbert Walter</i> , Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik	365

C. Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht

<i>Hans-Detlef Horn</i> , Die Regulierung im Ordnungswerk des Wirtschaftsverwaltungs- rechts	379
<i>Steffen Detterbeck</i> , Rechtswegprobleme im Wirtschaftsverwaltungsrecht	399
<i>Wolfgang Rüfner</i> , Daseinsvorsorge in Deutschland vor den Anforderungen der Euro- päischen 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 Marktplatzver- gabe 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 Wirtschafts- reformen 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 Finanzhoheit – Vorgaben aus dem Demokratieprinzip sowie der Selbstverwaltungsgarantie für das Plebiszit auf der Ebene der Gemeinden	657
<i>Thomas Schäfer</i> , „Checks and Balances“ im Verhältnis von Bürgermeister, Gemein- devorstand 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 Hendler</i> , Universitäten im Reformprozess – Zu einigen Aspekten der Neu- ordnung 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-vorpommersch
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)
NWVB1.	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 Landesherrn, 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 Schwebe“. 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 Böhmisches-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 Grewe, 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 Eingangsportale 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.