

Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden
zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte

Band 24

HASSO HOFMANN

Das Recht des Rechts
das Recht der Herrschaft und
die Einheit der Verfassung



Duncker & Humblot · Berlin

Hasso Hofmann

Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft
und die Einheit der Verfassung

Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden
zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte

Band 24

Das Recht des Rechts das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung

Von

Prof. Dr. Hasso Hofmann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Hofmann, Hasso:

Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit
der Verfassung / von Hasso Hofmann. – Berlin : Duncker und
Humblot, 1998

(Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie,
Politik und Geistesgeschichte ; Bd. 24)

ISBN 3-428-09351-8

Alle Rechte vorbehalten

© 1998 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0935-5200

ISBN 3-428-09351-8

Vorwort

Der nachfolgende Text ist aus einem Vortrag entstanden, den der Verfasser unter dem Titel „Das Recht des Rechts und das Recht der Herrschaft“ am 10. April 1997 im Historischen Kolleg München gehalten hat. Anlaß und Rahmen war ein von Dietmar Willoweit veranstaltetes Kolloquium zum Thema „Die Begründung des Rechts als historisches Problem“.

Das Fellowship 1996/97 der Carl Friedrich von Siemens Stiftung München bot die außerordentliche Gelegenheit, diesen und einigen anderen grundsätzlichen Überlegungen* in Ruhe nachzugehen. Das sei hier dankbar vermerkt.

Berlin, im Herbst 1997

H. H.

* Bilder des Friedens oder Die vergessene Gerechtigkeit – Drei anschauliche Kapitel der Staatsphilosophie, München: Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 1997 (Reihe „Themen“, Bd. 64); La dottrina classica del Contratto sociale ed il Neocontrattualismo, in: *Filosofia Politica* XI (Bologna 1997), Heft 3; Rechtsdogmatik, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, in: FS f. G. Roelleke, 1997; Vielfalt, Sicherheit und Solidarität statt Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit?, in: FS f. E. Denninger, 1998; Gerechtigkeitsphilosophie aus Unrechtserfahrung – Zum Gerechtigkeitssinn der Arbeiter im Weinberg, demnächst in: FS f. M. Heckel.

Inhalt

I. Die absolutistische Opposition	9
II. Aufhebung der Opposition in der verfassungsrechtlichen Einheit von politisch-legislativer und justizieller Rechtsbegründung?	18
III. Der schwierige Kontrapunkt: Gesetz und Richter	27
IV. Die zwei Brennpunkte der Rechtsordnung	40
V. Einwendungen gegen die Prinzipienlehre des Rechts	49
VI. Noch einmal: Die Einheit kraft Verfassung	52
Literaturverzeichnis	58

I. Die absolutistische Opposition

Kern der frühneuzeitlichen Theorie der souveränen Landesherrschaft ist die These, daß der Wille des Herrschers Gesetz und das Gesetz nichts anderes als der Wille des Königs sei. Bodin wie Hobbes definieren das Gesetz als „Befehl“ oder „Willen“ des Souveräns¹, der sich gerade durch die Gesetzgebung als solcher erweist: *Condere legem, est signum supremæ potestatis*². Im Zeichen der Souveränität überstrahlt das neue Bild des fürstlichen Gesetzgebers die alte Figur des königlichen Richters³. Damit erklärt die Souveränitätsdoktrin den Willen des Monarchen zur höchsten irdischen Rechtsquelle und schneidet ihm gegenüber jede Berufung auf andere herkömmliche Rechtsquellen ab: Irdisch-positive Rechte gehen dem Wort des Königs demgemäß im Range nach, und die Gebote und Verbote des natürlichen oder göttlichen Rechts werden solcherart in das *forum internum* des Fürsten verwiesen, d.h. als bloß moralische und damit von keinem Untertanen reklamierbare Gewissensbindungen des Monarchen politisch neutralisiert⁴. Der Gesetzesbegriff dieser souveränen Landesherrschaft ist also von Haus aus ein voluntativer und politischer. Als solcher markiert er fortan den Kernpunkt aller

¹ Siehe *Bodin*, Sechs Bücher über den Staat, Buch I Kap. 8 (Bd. 1 S. 234): „... das Gesetz ... ist nichts anderes ... als der Befehl des Souveräns“; vgl. ebd. S. 222 u. Kap. 10 (Bd. 1 S. 293 f.); *Hobbes*, Leviathan, Kap. 26 (S. 208): „... Gesetz, das heißt, ... der Wille des Souveräns“; u. ö. Im einzelnen dazu mit weit. Nachw. *Mohnhaupt*, Potestas legislativa, S. 199 - 208.

² *Sebastian Medicis*, De legibus, statutis, et consuetudine, Coloniae 1574, P. I qu. 8 (S. 34).

³ Dazu *Stolleis*, Idee des souveränen Staates, S. 70ff. Siehe auch *Eder*, Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften, S. 165.

⁴ Dazu mit weit. Nachw. *Hofmann*, Legitimität und Rechtsgeltung S. 25 f.

Kämpfe um die Beteiligung an der Ausübung der Staatsgewalt⁵. Macht nun auch die Souveränitätsbehauptung alle Rechtsverhältnisse jenseits gewisser *leges fundamentales*⁶ theoretisch-prinzipiell zu einem möglichen Gegenstand einseitiger herrscherlicher Rechtsetzung, so impliziert dieser Gesetzesbegriff gleichwohl nicht von Anfang an den Anspruch, all' die unzähligen Rechte und Privilegien, Gerechtsame, Gesetze, Statuten und Gewohnheiten des Landes durch fürstliche Normen zu verdrängen und zu ersetzen. Die spezifisch etatistische Technik der Positivierung des Rechts von einem „einheitlichen Ausstrahlungspunkt“ her⁷, bricht sich erst allmählich Bahn. Dazu mußte sich die Vorstellung einer allgemeinen, d. h. generellen und abstrakten, flächendeckenden Gesetzgebung ausbilden. Und die wiederum setzt ein gewisses Maß bürgerlicher Gleichheit, die Adoption des Begriffs von Naturgesetzen als Lebensordnungen und die aufklärerische Überzeugung voraus, auch alle *sozialen* Beziehungen ließen sich planmäßig rekonstruieren⁸. Aber selbst dort, wo dieser nicht zuletzt dank Montesquieu populär gewordene Vernunftbegriff des Gesetzes in und mit dem Kodifikationsgedanken triumphiert, folgt daraus nicht umgekehrt, daß der Souverän sich mit der Promulgation eines umfassenden Gesetzbuches des Rechts begeben hätte, seinen Willen künftig mit Gesetzeskraft durchzusetzen.

Zum einen behielten sich die Souveräne die Interpretation ihrer Gesetzeswerke vor und verboten sie ihren Richtern⁹. Die

⁵ Zu dem hier gründenden Problem des doppelten Gesetzesbegriffs s. vom *Verf.*, Allgemeinheit des Gesetzes, S. 277 - 282.

⁶ Dazu *Mohnhaupt*, Lehre von der „Lex Fundamentalis“; *ders.*, in: *Verfassung*, S. 36 ff., 62 ff.; *Hofmann*, Idee des Staatsgrundgesetzes, S. 275 - 277.

⁷ *del Vecchio*, Über die Staatlichkeit des Rechts, S. 222 ff.

⁸ Dazu *Hofmann*, Allgemeinheit des Gesetzes, S. 265 - 270.

⁹ Zu nennen sind: *Ordonnance civile touchant la réformation de la justice* Ludwigs XIV. von 1667, tit. I art. 7: *Recueil général*, tome XVIII, S. 103 - 180 (106); *Codex Theresianus* [1766], Erster Teil, Cap. I § V no. 81 ff.: bei *Harrasowsky*, Bd. 1, S. 49 ff.; *Allgemeine Gerichtsordnung* v. 1. Mai 1781

mußten im Zweifel bei Hofe nachfragen. In Frankreich wurde die Herbeiführung der Entscheidung des Königs in derartigen Fällen (später) *référé législatif* genannt¹⁰. Ein zweiter Vorbehalt ergab sich aus dem anderen zentralen Majestätsrecht: der vom alten Richterkönigtum ererbten höchsten Gerichtsbarkeit des Souveräns¹¹. Sie äußere sich nämlich auch, schrieb der bayerische Kanzler Kreittmayr in seinem „Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayrischen Staatsrechtes“ von 1769, „in den Machtsprüchen, welche er ex plenitudine potestatis so weit ergehen lassen kann, als es utilitas vel necessitas publica erfordert“¹². Wenige Jahre später hat, wie man weiß, Friedrich der Große diesem staatsrechtlichen Institut des Machtspruchs im Falle des Müllers Arnold zu einer gewissen, zwar zweifelhaften, aber bleibenden Popularität verholfen¹³.

Richter und Reformen, die gegen solche Eingriffe kämpften, bis sie im 19. Jahrhundert die Anerkennung der Unabhängigkeit der Rechtspflege erreichten¹⁴, begründeten die Unzulässig-

Josephs II.: Gesetze und Verordnungen im Justizfache für Böhmen usw., no. 13, § 437; *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* Josephs II. von 1786: ebd. Jg. 1785 bis 1786, no. 591, I §§ 24, 26; *PrALR* von 1794, Einl. §§ 47, 48. – Im einzelnen dazu *Conrad*, Richter und Gesetz, S. 12f., 16f., 20f.

¹⁰ Dazu *Spiegel*, Der *référé législatif*; *Vogel*, Praxis und Theorie der richterlichen Bindung, S. 20ff.; *Mohnhaupt*, Potestas legislativa, S. 223ff.

¹¹ Siehe etwa *PrALR* II 13 § 6 „Das Recht, Gesetze und allgemeine Polizeiverordnungen zu geben, dieselben wieder aufzuheben und Erklärungen darüber mit gesetzlicher Kraft zu erteilen, ist ein Majestätsrecht“; II 17 § 18 „Die allgemeine und höchste Gerichtsbarkeit im Staate gebührt dem Oberhaupte desselben und ist als ein Hoheitsrecht unveräußerlich“. Dazu *Conrad*, Staatsgedanke und Staatspraxis, S. 38 - 59. Zur Zentralisierung der Rechtsprechung *Roellecke*, Bindung des Richters, S. 25f.

¹² *Kreittmayr*, Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayrischen Staatsrechtes, S. 21 (§ 9). Unveränderte Wiederholung in der 2. Aufl. Hierzu u. zum folg. *Conrad*, Richter und Gesetz, S. 23ff.; speziell zur Einbettung der richterlichen Tätigkeit in die friderizianische Staatspraxis und dem darin angelegten Dualismus vom Fürstendienst und Dienst an der Gerechtigkeit *Maiwald*, Herstellung von Recht, S. 139 - 202 (bes. 192 - 195).

¹³ Dazu *Dießelhorst*, Die Prozesse des Müllers Arnold, S. 52ff., 62ff.

¹⁴ Dazu *Simon*, Unabhängigkeit des Richters, S. 1 - 7, 12 - 14.