

BIBLIOTHEK DES EIGENTUMS

Otto Depenheuer
Foroud Shirvani
Herausgeber

Die Enteignung

Historische, vergleichende, dogmatische
und politische Perspektiven auf ein
Rechtsinstitut

 Springer

Bibliothek des Eigentums

Im Auftrag der Deutschen Stiftung Eigentum (Berlin, Deutschland)
herausgegeben von Otto Depenheuer

Band 16

Weitere Bände in dieser Reihe <http://www.springer.com/series/5051>

Otto Depenheuer · Foroud Shirvani
Hrsg.

Die Enteignung

Historische, vergleichende, dogmatische und
politische Perspektiven auf ein Rechtsinstitut



Springer

Herausgeber

Otto Depenheuer
Seminar für Staatsphilosophie
und Rechtspolitik
Universität zu Köln
Köln
Deutschland

Foroud Shirvani
Fachbereich Rechtswissenschaft
Rheinische Friedrich-Wilhelms-
Universität Bonn
Bonn
Deutschland

ISSN 1613-8686

Bibliothek des Eigentums

ISBN 978-3-662-54689-5

ISBN 978-3-662-54690-1 (eBook)

DOI 10.1007/978-3-662-54690-1

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

© Springer-Verlag GmbH Deutschland 2018

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag, noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Springer ist Teil von Springer Nature

Die eingetragene Gesellschaft ist Springer-Verlag GmbH Deutschland

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Heidelberger Platz 3, 14197 Berlin, Germany

Vorwort

Das Rechtsinstitut der Enteignung verfügt über eine lange Geschichte, ist als Rechtsprinzip überall in der Welt anerkannt, findet positivrechtlich seinen Niederschlag in fast allen Verfassungen und regionalen Menschenrechtspakten. Und doch ist es zugleich stets neu zu bewältigende Herausforderung der juristischen Praxis. Die Enteignung bildet das Korrelat zur Eigentumsgarantie. Garantiert diese den Bestand des Eigentums, zielt jene auf dessen Entzug. In der Korrelation von Eigentumsgarantie und Enteignung wird die dialektische Struktur gesellschaftlicher Ordnung sichtbar: als permanente Suche nach der je „rechten Ordnung des Gemeinwesens“.

Die konkrete Ausgestaltung der Eigentums- und Enteignungsordnung ist ein ebenso sensibler wie aussagekräftiger Indikator für die Freiheitlichkeit des Gemeinwesens. Zwar erscheint die Enteignung einerseits als Negation der grundgesetzlichen Eigentumsgarantie. In dem Umfang, in dem der Staat das Eigentum seiner Bürger im Wege der Enteignung entzieht und damit Staatseigentum schafft, steht es dem Bürger nicht mehr als privates Eigentum zur Verfügung. Andererseits aber dient das Enteignungsrecht auch der Stärkung der Eigentumsgarantie. So normiert die freiheitliche Verfassung für die Enteignung hohe Anforderungen und stellt dem Bürger effektive Instrumente des Rechtsschutzes gegen staatliche Enteignungsakte zur Verfügung. Enteignungen haben *Ultima-ratio*-Charakter, weil das Eigentum andernfalls seine grundlegende Funktion verlöre, dem Bürger einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern und eine eigenverantwortliche Lebensgestaltung zu ermöglichen. Ein Staat, in dem Eigentum willkürlich entzogen, konfisziert oder der privaten Verfügungsbefugnis vorenthalten werden könnte, wäre kein freiheitlicher mehr. Insoweit erweist sich das Rechtsinstitut der Enteignung als eine höchst sensible sozialpolitische Stellschraube, deren stete Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Dogmatik in Rechtsprechung und Literatur überantwortet ist.

Nicht zuletzt aus diesem Grunde muss das Rechtsinstitut der Enteignung als permanente Herausforderung für die Rechtswissenschaft verstanden werden, um den Schutz des privaten Eigentums auch unter veränderten politischen Rahmenbedingungen zu bewahren und fortzuentwickeln. Vorliegender Sammelband will in diesem Sinne das traditionsreiche Rechtsinstitut der Enteignung aus unterschiedlichen Perspektiven in systematischer Absicht beleuchten. Rechtsgeschichtliche und

verfassungshistorische Aspekte der Enteignung ermöglichen eine erfahrungsgesättigte wissenschaftliche Auseinandersetzung mit diesem Rechtsinstitut, der rechtsvergleichende Blick auf die verschiedenen international- und europarechtlichen Implikationen des Enteignungsrechts lässt die Gemeinsamkeiten wie Besonderheiten des nationalen Rechts erkennen. Auf dieser Grundlage kann schließlich das grundgesetzliche Institut der Enteignung dogmatisch vermessen und kritisch hinterfragt werden, um sich abzeichnenden Entwicklungen nachzuspüren, gegebenenfalls neue Perspektiven aufzuzeigen und damit die wissenschaftliche Diskussion dieses Rechtsinstituts auf der Höhe der Zeit zu halten.

Die Herausgeber danken den Verfassern für Ihr Engagement bei der Erstellung ihrer Beiträge, ohne die die Publikation eines solchen Sammelbandes nicht möglich gewesen wäre. Die am 6. Dezember 2016 ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Atomausstieg konnte in den einschlägigen Beiträgen noch eingearbeitet werden.

Köln/Bonn, im Januar 2017

Otto Depenheuer und Foroud Shirvani

Inhaltsverzeichnis

I. Rechtsgeschichte

§ 1 Omnia sunt regis: Vom allgemeinen Eigentum des Königs zur Enteignung des Bürgers. Ein Überblick zur Geschichte der Enteignung bis zum 18. Jahrhundert	3
--	---

Mathias Schmoeckel

§ 2 Entwicklung des Enteignungsrechts vom frühen 19. Jahrhundert bis zur Weimarer Reichsverfassung	25
---	----

Foroud Shirvani

II. Internationales und europäisches Recht

§ 3 Internationales Recht: Enteignung und Entschädigung im Systemvergleich	53
---	----

Burkhard Schöbener

§ 4 Enteignung und Entschädigung nach der EMRK	89
---	----

Angelika Nußberger

III. Enteignung und Grundgesetz

§ 5 „Nassauskiesung“ und ihre Folgen – Wirkungsgeschichte einer Entscheidung	111
---	-----

Wolfgang Schlick

§ 6 Der Begriff der Enteignung – Rückschritt als Fortschritt?	137
--	-----

Matthias Cornils

§ 7 Die ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung: Enteignung zweiter Klasse?	221
--	-----

Joachim Lege

§ 8 Was bleibt vom enteignungsgleichen und vom enteignenden Eingriff?	235
Lerke Osterloh	
§ 9 Entschädigung und Ausgleich	255
Judith Froese	
IV. Rechtspolitik	
§ 10 Verborgener Sinn und latentes Potential – Die Enteignungsentschädigung zwischen normativem Gebot, pragmatischer Problemlösung und verführerischem Paradigma	285
Otto Depenheuer	
Bibliothek des Eigentums	309

Autorenverzeichnis

Professor Dr. Matthias Cornils, Inhaber des Lehrstuhls für Medienrecht, Kulturrecht und öffentliches Recht der Johannes Gutenberg-Universität Mainz sowie stellvertretender Direktor des Mainzer Medieninstituts. <http://www.jura.uni-mainz.de/cornils>

Professor Dr. Otto Depenheuer, Inhaber des Lehrstuhls für Allgemeine Staatslehre, Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie sowie Direktor des Seminars für Staatsphilosophie und Rechtspolitik der Universität zu Köln. Vorsitzender des wissenschaftlichen Beirates der Deutschen Stiftung Eigentum. www.depenheuer.de

Dr. Judith Froese, Akademische Rätin a.Z. und Habilitandin am Seminar für Staatsphilosophie und Rechtspolitik der Universität zu Köln.

Professor Dr. Joachim Lege, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte, Rechts- und Staatsphilosophie der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald. <https://rsf.uni-greifswald.de/lehrstuehle/rewi/oeffentliches-recht/lehrstuhl-lege/personen/prof-dr-joachim-lege-lehrstuhlinhaber/>

Professorin Dr. Dr. h.c. Angelika Nußberger, Inhaberin des Lehrstuhls für Verfassungsrecht, Völkerrecht und Rechtsvergleichung sowie Direktorin des Instituts für osteuropäisches Recht und Rechtsvergleichung der Universität zu Köln. Richterin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. <http://www.iorr.uni-koeln.de/11548.html>

Professorin em. Dr. Lerke Osterloh, Emeritierte Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Steuerrecht der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main. Ehemalige Richterin am Bundesverfassungsgericht.

Wolfgang Schlick, Ehemaliger Vizepräsident des Bundesgerichtshofs.

Professor Dr. Mathias Schmoeckel, Geschäftsführender Direktor des Instituts für Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn sowie geschäftsführender Vorstand

des Rheinischen Instituts für Notarrecht. <https://www.jura.uni-bonn.de/institut-fuer-deutsche-und-rheinische-rechtsgeschichte/mitarbeiter/prof-dr-mathias-schmoeckel/>

Professor Dr. Burkhard Schöbener, Inhaber der Professur für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht der Universität zu Köln sowie Mitglied des Direktoriums des Zentrums für Internationales Investitionsrecht/International Investment Law Centre Cologne (IILCC). <http://www.voelkerrechts.jura.uni-koeln.de/4464.html>

Professor Dr. Foroud Shirvani, Inhaber der Gottfried-Meulenbergh-Stiftungsprofessur für Öffentliches Recht, insbesondere das Eigentumsgrundrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Mitglied im Wissenschaftlichen Beirat der Deutschen Stiftung Eigentum. <https://www.jura.uni-bonn.de/lehrstuhl-prof-dr-shirvani/prof-dr-foroud-shirvani/>

I. Rechtsgeschichte

§ 1 Omnia sunt regis: Vom allgemeinen Eigentum des Königs zur Enteignung des Bürgers. Ein Überblick zur Geschichte der Enteignung bis zum 18. Jahrhundert

Mathias Schmoeckel

I. Einleitung

Die Darstellung der Enteignung in der Geschichte ist schwierig. Die Probleme haben sogar dazu verführt, zu glauben, es gäbe kaum eine Geschichte vor dem 19. Jahrhundert.¹ Ein erstes Problem liegt im Fehlen eines Fachbegriffs und auch einer eindeutigen *sedes materiae*, unter der zu diesem Problem gesucht werden könnte. Schon das Recht, das weggenommen werden könnte, ist terminologisch nicht bestimmt. Spricht man von *dominium*, kann es sich um Herrschaft handeln, dann ist dem Begriff die Gerichtsgewalt gleichgestellt.² Doch es kann auch die Gewalt des Einzelnen über seine Sachen bezeichnen, dann hat dieser Begriff mit der Jurisdiktion nichts zu tun.³ Der Unterschied zwischen *proprietas* und *dominium* war nicht bestimmt.⁴

¹ Beispielsweise *Michael Kotulla*, Art. Enteignung, HRG Band 1, 2. Aufl., Berlin 2008, 1348-1350, sowie die entsprechenden Übernahmen in Wikipedia etc. *Andreas Thier*, Art. Enteignung, in: Enzyklopädie der Neuzeit, Band 3, Stuttgart/ Weimar 2006, 336-338, begreift Enteignung nur im modernen Sinne, so dass der mittelalterliche Zwangskauf aus dem Thema ausscheidet, das Thema also erst mit Grotius beginnt.

² *Albericus de Rosate*, Dictionarium iuris tam civilis quam canonici, Venedig 1573, 198: „Dominium et iurisdictio aequiparatur“.

³ *Albericus de Rosate*, Dictionarium (Fn. 2), 198: „Dominium et proprietas nihil habet communem cum iurisdictione“. Zum Begriff bzw. dem Beginn eines Eigentum-Verständnisses s. *Andreas Thier*, Art. Enteignung, in: Enzyklopädie der Neuzeit, Band 3, Stuttgart/ Weimar 2006, 98-103, 98, 101.

⁴ Vgl. *Albericus de Rosate*, Dictionarium (Fn. 2), 651 „proprietas rei rerum dominium“. Vgl. *Rémi Faivre-Faucompré*, Aux origines du concept moderne de propriété : *dominium* et *proprietas* dans le droit romano-canonique, in : N. Laurent-Bonne u.a. (Hrsg.), Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat, Paris 2014, 103-117.

M. Schmoeckel (✉)

Universität Bonn, Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn, Deutschland

e-mail: rgesch@jura.uni-bonn.de

Der Begriff *aufferre* bzw. *privare* (wegnehmen) war zu allgemein, als dass er schon in dieser Zeit als Rechtsbegriff erfasst wurde. In der Neuzeit entstand in Frankreich erst der Begriff der *saisie* (Wegnahme). Mit der Französischen Revolution entstand durch das Gesetz vom 9. Messidor des Jahres 3 ein erstes Gesetz mit diesem Begriff,⁵ obgleich sich die Revolutionäre noch nicht an die rechtlichen Konsequenzen halten wollten. Erst Napoleon schuf nach seiner Schönbrunner Erklärung 1810 ein erstes modernes Expropriationsgesetz.⁶

Eigentlich ging es also um Herrschaft über Dinge. Damit ließ sich gleichzeitig die Stellung des Einzelnen über seine Vermögensgegenstände als auch die Stellung des Herrschers bezeichnen. Weder begrifflich noch konzeptionell ließen sich diese Herrschaftstatbestände weder bei der Begründung von Besitz noch bei der Wegnahme von Sachen differenzieren. Vielmehr zeigte dieses Wegnahmerecht die Gefahr auf, die mit einem König und seiner Herrschaftsgewalt von vornherein verbunden wurde.

Dieses Problem ist seit alters her bekannt, wie das etwa 1 Sam 8 verdeutlicht: Samuel erklärte hier dem jüdischen Volk, das sich einen König wünschte, welche Gefahren mit einem König verbunden seien. Die Wegnahme der Kinder für das Heer sowie von Hab und Gut sei untrennbar mit einem König verbunden. Damit gehört die Geschichte der Enteignung in den Zentralbereich der Begründung fürstlicher Macht insbesondere über das Recht.

Dieser unerhört zentrale wie große Themenbereich erschwert den Zugang zum Thema, weil man kaum alle einschlägigen Texte durchforsten kann, um die für den Umgang mit Gütern entscheidenden Aussagen herauszudestillieren. Ein Blick auf die Rechtspraxis lässt ebensowenig die Existenz der Enteignung als Rechtsinstitut erkennen. Man beobachtet, dass Könige Güter umverteilten, doch sich kaum dafür rechtfertigten. Allenfalls im Umgang mit der Kirche zeigte Karl Martell eine Zurückhaltung, die eine völlige Enteignung ausschloss und nur die Weitergabe als Zwangsleihe an verdiente Kämpfer ermöglichte.⁷

Es können hier also nur einige Blicke in dieses Thema geworfen werden. Immerhin gibt es seit Georg Meyers zentralem Werk „Geschichte der Expropriation“ von 1868 gewichtige Literatur, deren Ergebnisse hier zusammengetragen werden müssen. Nur ganz vereinzelt werden hier einige neue Quellen präsentiert werden können. Insoweit muss sich gerade für die Vormoderne die Untersuchung darauf beschränken, auf die vorhandene Literatur hinzuweisen. Doch im Rahmen einer rechtshistorischen Einführung zu dogmatischen Fragen der Enteignung wird ohnehin kein vollständiger Gang durch die Quellen zur Enteignung durch die Geschichte erwartet. Vielmehr kommt es darauf an, die verschiedenen Modelle zu

⁵ *Philippe Comte de Merlin*, Art. Expropriation Forcée, in: Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence, Band 11, Brüssel 1826, 295-301, 295; noch nicht bekannt dagegen in *Claude-Joseph de Ferriere*, Dictionnaire de droit et de pratique, Band 1, Paris 1763.

⁶ Vgl. *Jean Harouel*, Art. Expropriation, in: D. Alland/ St. Rials (Hrsg.), Dictionnaire de la culture juridique, Paris 2003, 690-693, 691.

⁷ *Susan Reynolds*, Before Eminent Domain. Toward a History of Expropriation of Land for the Common Good, Chapel Hill 2010, ch. 2.3.

zeigen, die vor der modernen Enteignung diese Behandlung dieses Fragenkomplexes dominierten.

Klar vom Themenbereich abzugrenzen ist die strafrechtliche und prozessuale Möglichkeit, Eigentum als Folge einer Straftat abzuerkennen, auch wenn die Quellen diese Trennung mitunter nicht so scharf vornehmen. Im weiteren soll es nur auf die Situation ankommen, dass die öffentliche Hand das Gut oder den Grund eines Bürgers benötigte und damit den Zugriff rechtfertigte. Vorausgesetzt wird damit auch ein Problembewußtsein hinsichtlich der Abgrenzung von herrschaftlicher Macht und Willkür. Damit gilt die Untersuchung folgenden Fragen: Wer durfte also unter welchen Umständen auf privates Gut zurückgreifen, ohne dass eine Straftat vorlag? Wie stark durfte der Eingriff auf das private Vermögen zugreifen und war die Materie geregelt?

Es ist völlig klar, dass ein so gewichtiges und häufiges Rechtsproblem wie die Enteignung kaum in einem Überblicksbeitrag adäquat beschrieben werden kann. Es können hier also nur Hinweise auf wichtige Veränderungen gegeben werden, die nicht als vollständige Schilderung einer Entwicklung verstanden werden dürfen.

II. Vom Römischen Recht zur Bibelglosse

1. *Bis Augustus*

Georg Meyer stellte 1868 für die frühe Zeit der römischen Republik das Fehlen eines Enteignungsrechts dar, erst ab der Kaiserzeit ließen sich solche rechtlichen Strukturen finden.⁸ Ebenso hielt Kaser fest, dass in der frühen Zeit die eigentliche Enteignung noch unbekannt war, nicht zuletzt deswegen, weil es auch noch keine verfassungsmäßige Garantie des Eigentums gegeben habe.⁹ Dennoch konnten der Gesetzgeber so wie die Magistrate und dann die *principes* Grundstücke und Vermögensgegenstände wegnehmen, wenn dies für Gemeinschaftszwecke notwendig war. Dies wurde in Form von erzwungenen Verkäufen von Privatgütern durchgeführt. Die Richter sollten im Klagefall eine angemessene Summe zum Ersatz des Vermögensgegenstandes bestimmen. Auch wenn dafür z.T. die Form des Verkaufs gewählt wurde,¹⁰ so war es doch nur eine Anlehnung und den Juristen war bewußt, dass die Situation nicht der eines Verkaufs entsprach.¹¹

⁸ *Georg Meyer*, Das Recht der Expropriation, Leipzig 1868, 12 ff, 59. Georg Meyer (1841-1900) war Professor zuletzt in Heidelberg und zwischen 1881 und 1890 Reichstagsabgeordneter.

⁹ *Max Kaser*, Das römische Privatrecht. I: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, München 1971, § 98, 404 f; ebenso *Max Kaser/ Rolf Knütel*, Römisches Privatrecht, 20. Aufl. München, § 23 Rn. 6.

¹⁰ Vgl. *Martin Pennitz*, Der Enteignungsfall im römischen Recht der Republik und des Prinzipats, Köln/ Weimar/ Wien 1991, 322.

¹¹ *Pennitz*, Der Enteignungsfall im römischen Recht der Republik (Fn. 10), 150 zur Verfahrensart des „emere“ neben anderen Arten.

Seit dem Prinzipat sei die Enteignung für Aquädukte sowie im Umgang mit Wasser und Wasserrechten geradezu hemmungslos genutzt worden.¹² Probleme der Enteignung wurden – modern formuliert – im Baurecht, Bodenrecht sowie im Umgang mit dem öffentlich-rechtlichen Ankauf von Sklaven diskutiert. Hierfür wurden die Juristen bis Augustus kreativ. Damit gab es keine einheitliche Rechtsform, um Enteignungen durchzuführen. De Robertis stellt eher eine Vielzahl möglicher Formen dar, in denen diese abgewickelt werden konnte. Er stellt damit fest, dass es gerade wegen der Fülle von enteignungsartigen Regeln kein einheitliches Rechtsinstitut dieser Art in klassischer Zeit gab.¹³ Die moderne Forschung hält hieran im Wesentlichen fest.¹⁴ Dafür gab es den Grundsatz, den man etwa bei Seneca findet, dass grundsätzlich alles (Land) dem König gehöre.¹⁵ Dieser *rex* war in der Zeit der Republik natürlich eher ein Bild der Abschreckung.

2. Christianisierung

Mit der Christianisierung des römischen Reiches wurden der sittliche Charakter sowie die Bindungen des Eigentums gestärkt.¹⁶ In den Sentenzen des Paulus wird allgemein auf die besondere Notlage hingewiesen, die für den Eingriff in solche Rechte erforderlich sei.¹⁷ Immer wieder wird die Konstruktion eines Verkaufs gewählt, um den Ausgleich zu leisten.¹⁸ Wiederholt wird auf die Notwendigkeit einer *utilitas reipublicae* o.ä.¹⁹ verwiesen.

Insgesamt zeichnet sich die Zeit durch eine Zunahme der kaiserlichen Macht aus. Das galt im Hinblick auf die Enteignungsfrage nicht nur für die notwendigen Verteidigungsbauten. Schon allein die kaiserliche *maiestas* verlangte, dass alle Geschenke auch wieder zurückgefordert werden konnten. Freunde des Kaisers konnten sich also Landgüter als Geschenk erbitten und der gegenwärtige Besitzer verlor dann

¹² Kaser, Das römische Privatrecht, II (Fn. 9), 264.

¹³ Francesco Maria De Robertis, "Emptio ab invito". Sul problema della espropriazione nel diritto romano, in: *Annali Bari n.s.* 7/8 (1945/46), 153-223, 181; ders., Sulla Espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano, in: *Studi Guido Zanobini V*, Milano 1965, 141-166, 148.

¹⁴ Pennitz, Der Enteignungsfall im römischen Recht (Fn. 10), 102.

¹⁵ Seneca, De beneficiis 7, 4.2, in: ders., *Moral Essays III*, ed. J. W. Basore, vol. 3, London/ Cambridge Mass. 1958, 464: „Iure civili omnia regis sunt, et tamen illa, quorum ad regem pertinet universa possessio, in singulos dominos discripta sunt, et unaquaque res habet possessorem suum.“

¹⁶ Max Kaser, Das römische Privatrecht, II: Die nachklassischen Entwicklungen, München 1975, 241. Vgl. aber Wilhelm Simshäuser, Sozialbindungen des Eigentums des spätrepublikanisch-klassischen römischen Privateigentums, in: N. Horn (Hrsg.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, Band 1, München 1982, 329-361, der ein Zurückweichen moralischer Pflichten zugunsten rechtlicher Bestimmungen in der Republik diagnostiziert.

¹⁷ Biondo Biondi, *Il Diritto Romano Cristiano*, Milano 1954, Band 3, 29, 307.

¹⁸ CT 15.1.53 (425).

¹⁹ Nov 7.2.1 (535); C. 10.27.1 (491-505): „urgente necessitate“.

sein Eigentum, ohne sein Eigentumsrecht schützen zu können.²⁰ Privatleute durften den Kaiser nicht daran hindern, diese Großzügigkeit auszuüben. Hierfür erließ Justinian 531 die berühmte Konstitution „Bene a Zenone“ (C. 7.37.3). Der umfangreiche Text argumentierte, dass dies nicht nur für das Privatvermögen des Kaisers, sondern auch für das Fiskalvermögen gelten müsse, „cum omnia principis esse intellegantur“ – denn alles gehöre dem Kaiser. Gerade Justinian musste den Zwangscharakter betonen, um das Verschenken von Privatbesitz anderer gegen die Widerstände der Eigentümer durchzuführen.²¹ Die fränkischen Herrscher bis Karl Martell könnten sich vielleicht durchaus in diesem Rahmen des Rechts spätantiker Landverschenkungen bewegt haben.

Aus der Perspektive des patristischen Verständnisses des Kaiseramts wird deutlich, dass dieser als oberster Gesetzgeber und Richter für die Gerechtigkeit des Reichs einzustehen hatte.²² Nicht zuletzt als Katechon (Κατέχων, 2Tess 2,1–12) hielt er damit das Ende der Welt auf. Es war also geradezu eine theologisch begründete Notwendigkeit, den Kaiser so weitgehend mit Rechten auszustatten.

3. Weitere Entwicklung

In der weiteren Zeit gibt es wenig explizite Auseinandersetzungen mit der Enteignungsfrage. Vor allem die Leges der germanischen Reiche bieten hierzu kaum etwas.²³ Dennoch ging das römische Recht nicht verloren. Gerade in der Kirche wurde die Erinnerung daran wachgehalten, auch wenn wir selten die Wege und die textlichen Grundlagen kennen. Umso erstaunlicher ist eine klare Referenz auf diese Kaiserkonstitution in der Bibelglosse, die kurz nach 1000 in der Schule von Laon entstand. Hier heißt es in der Kommentierung zu 1 Sam 8²⁴:

Circa quod sciendum, quod aliqua sunt de iure regis in necessitate positi, propter bonum commune regni et sic omnia sunt regis vel principis, et exponenda vel expendenda pro bono communi. [...].

Der Besitz liegt danach in der Hand des Königs, weil es nötig ist, dass er so für das Gemeinwohl sorgen könne. Ursprünglich war nach allgemeiner Einschätzung, der Schöpfungslehre folgend, mit dem Befehl, sich das Land untertan zu machen

²⁰ Detlev Liebs, Verfassungs-, rechts- und sozialgeschichtliche Eigenheiten der Spätantike, in: C. Cascione/ C. Masi-Doria (Hrsg.), Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna, 2007, Band V, 2857-2862, mit Hinweis auf CTh. 10.8.3 (326, Brev 10.4.1).

²¹ Francesco de Robertis, La espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano, Roma 1972, 290.

²² Mathias Schmoeckel, Die Jugend der Iustitia. Archäologie der Gerechtigkeit im Prozessrecht der Patristik, Tübingen 2013, 153 ff.

²³ So bereits Meyer, Das Recht der Expropriation (Fn. 8), 79.

²⁴ Biblia Sacra cum glossis, vol.2, Lyon 1545, fol.71.

(1 Mos 1.28) alles Gemeineigentum.²⁵ Die Entwicklung des privaten Eigentums entstand danach erst mit der Herrschaft über ein bestimmtes Land, z. B. Noahs Reich (1 Mos 9.1). Daher gehörte alles dem König bzw. dem Fürsten und sollte nach dem Prinzip des Gemeinwohls behandelt werden. Eine Machtbegrenzung lag darin natürlich nicht. Samuel wollte hier zeigen, dass ein König die Rechte seiner Untertanen einschränken müsse. Führe das zum Verlust ihrer Freiheit, also ihrer Knechtschaft, müsse das hingenommen werden. Im extremen Fall konnte er dadurch zwar zum Tyrannen werden, doch illustrierte das gerade die von Samuel beschriebene Gefahr einer Königsherrschaft.

Das „*Omnia sunt principis*“ der Bibel-Glosse macht den sprachlichen Bezug zur Konstitution „*Bene a Zenone*“ deutlich, obgleich hier kein Zitat erfolgte. Man erkennt daran, dass die Herrschaft des Kaisers über das Privateigentum allgemein bekannt und akzeptiert war. Doch wie konnte man dann das Eigentum gegen den Herrscher schützen? Das löste eine der großen Rechtsstreitigkeiten schon der ersten Juristen aus.²⁶

III. Legistik und Kanonistik

1. Die Kontroverse von Martinus und Bulgarus

Obwohl es bis 1100 kaum Belege für Enteignungen gibt, erfuhr Friedrich Barbarossa von dieser besonderen Herrschaftsmacht des Kaisers. Eine berühmte, immer wieder mit deutlichen Variationen erzählte Geschichte berichtet von seinem Interesse für diese Rechtsfrage.²⁷ Barbarossa könnte beim Reichstag von Roncaglia 1158 auf die Juristen Martinus Gosia und Bulgarus gestoßen zu sein,²⁸ beides Schüler von Irenius, dem angeblichen Begründer der europäischen Rechtswissenschaft insbesondere durch seine verstärkte Heranziehung des gesamten römischen Rechts.

²⁵ Vgl. *Dictum Gratiani* D.8 c.1.

²⁶ Vgl. *Dissensiones dominorum*, ed. G. Haenel, Leipzig 1834, 57; dazu Ennio Cortese, *La norma giuridica*, Band 1, Milano 1962, 125.

²⁷ Viele Autoren haben den Quellen dieser Geschichte nachgespürt, z.B. *Francesco Calasso*, *I Glossatori e la teoria della sovranità*, 3. Aufl. Milano 1957, 89 f.; *Kenneth Pennington*, *The Prince and the Law 1200-1600*, Berkeley u.a. 1993, 20 ff, 28 ff.; *Helmut G. Walther*, *Die Legitimation der Herrschaftsordnung durch die Rechtslehrer der italienischen Universitäten des Mittelalters*, in: G. Dux/ Fr. Welz (Hrsg.), *Moral und Recht im Diskurs der Moderne. Zur Legitimation gesellschaftlicher Ordnung*, Opladen 2001, 175-190, 181.

²⁸ Zu ihnen vgl. *Peter Weimar*, Art. *Martinus Gosia*, *LexMA*, Band 6, München/ Zürich 1993, 351; *ders.*, Art. *Bulgarus*, Band 2, München/ Zürich 1983, 931; *Hermann Lange*, *Römisches Recht im Mittelalter*, Band 1: *Die Glossatoren*, München 1997, 162 ff und 170 ff; *Rudolf Weigand*, *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irenius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*, (Münchener Theologische Studien, III. 26), München 1967, 25 ff.

Ein Kontinuator der Chronik des Otto Morena († nach 1174) könnte in der Mitte des 13. Jahrhunderts²⁹ einer der ersten gewesen sein, der diese Geschichte erzählte.³⁰ Die Geschichte beginnt unmittelbar mit der Frage des Kaisers an die beiden Juristen, ob er der rechtliche „dominus mundi“ sei. Bulgarus antwortete zuerst und erklärte, er sei es jedenfalls nicht in Bezug auf die Eigentumsrechte (*proprietas*) der Menschen. Diese Einschränkung macht eigentlich nur Sinn, wenn die Gruppe vorher solche Fragen angeschnitten hatte. Martinus entgegnete, der Kaiser sei ganz allgemein der Herr. Galt das als Widerspruch zu Bulgarus, bestätigte er damit die Eigentümerstellung des Kaisers. Dieser war verständlicherweise zufriedener mit der Antwort des Martinus und schenkte diesem sein Pferd. Bulgarus kommentierte das mit dem eleganten Spruch: „Amisi equum, quia dixi equum, quod non fuit equum“ (Ich verlor das Pferd, weil ich etwas Gerechtes sagte, das nicht genehm war).

Martinus könnte seine Position mit der Ansicht vertreten haben, dass der Kaiser als Gesetzgeber nicht an das Gesetz selbst gebunden sei, also „legibus solutus“ agiere.³¹ Für seine Zeitgenossen galt der Kaiser als Quelle des römischen Rechts ohnehin als Schöpfer und Garant des Eigentums als Institution.³² Die Position des Martinus, ihn auch als Eigentümer aller Sachen anzusehen, erscheint zwar extrem, jedoch war er dabei nicht allein. Noch im 14. Jahrhundert argumentierte Ricardus Malumbra (†1324),³³ dass alles Eigentum aus dem Römischen Recht fließe, also vom Kaiser gewährt werde,³⁴ woraus seine Freiheit floß, diese Gewährleistung auch wieder zu entziehen. Noch sein Schüler Albericus de Rosate (ca. 1340–1360) widersprach daher Bulgarus klar.³⁵ Es war daher folgenreich und wichtig, dass Johannes Duns Scotus das Eigentum naturrechtlich begründete.³⁶

Allerdings machte schon Azo deutlich, dass „Bene a Zenone“ nicht umfassend, sondern nur für Fiskal- und Patrimonialsachen des Kaisers galt.³⁷ Dagegen wollte Accursius das kaiserliche Recht auf die Gerichtsgewalt und das Schutzrecht begrenzen. In seiner *Glossa ordinaria* brachte er dieses Argument,³⁸ ebenso wollte er

²⁹ So datiert von *Pennington*, *The Prince and the Law 1200-1600* (Fn. 27), 28.

³⁰ Kontinuator des *Otonis Morenae Historia*, ed. F. Güterbock, MGH *Script. Rer. Germ.* ns.7, 59.

³¹ *Pennington*, *The Prince and the Law* (Fn. 27), 31.

³² Vgl. *Ivo von Chartres*, Ep. 60 an Erzbischof Hugo von Lyon, PL 162, Sp. 73.

³³ *Hermann Langel/Maximiliane Kriechbaum*, *Römisches Recht im Mittelalter*, Band 2: Die Kommentatoren, München 2007, 593-602.

³⁴ Dazu *Pennington*, *The Prince and the Law 1200-1600* (Fn. 27), 114.

³⁵ *Pennington*, *The Prince and the Law 1200-1600* (Fn. 27), 113 f; zu den beiden Schulen s. auch *Helmut G. Walther*, *Das gemessene Gedächtnis*, in: A. Zimmermann (Hrsg.), *Mensura*, Mass, Zahl, Zahlensymbolik im Mittelalter, 1. Halbband, (*Miscellanea Mediaevalia*, 1671), Berlin/ New York 1983, 212-233, 225.

³⁶ *Johannes Duns Scotus*, *Quaestiones in lib. I-IV Sententiarum*, in: ders., *Opera Omnia*, Bände V-X, Lyon 1639 ND Hildesheim 1968, dist. 15 q.2 nr. 315.2, 256 f; vorher so aber schon die *Summa Coloniensis*, die deswegen Bulgarus zustimmte, vgl. *Odon Lottin*, *Le droit naturel chez Saint Thomas et ses prédécesseurs*, 2. Aufl. Brügge 1931, 106 I Nr. 45.

³⁷ *Meyer*, *Das Recht der Expropriation* (Fn. 8), 86.

³⁸ Gl. *Omnia principis*, *Glossa ordinaria* zu C.7.37.3, Turin 1612, 1669.

„omnia“ auf die genannten öffentlichen Güter einschließlich der Strände reduzieren. Der Kaiser, der das Vindikationsrecht garantierte, könne nicht zugleich auch das private Eigentum für sich in Anspruch nehmen.

Odofredus wollte die Enteignung nur bei Kenntnis des Kaisers von der Rechtsverletzung akzeptieren.³⁹ Doch die meisten Juristen hätten im 13. und 14. Jahrhundert zugestimmt, dass dem Kaiser grundsätzlich ein Enteignungsrecht zustünde.⁴⁰

Schwierig zu interpretieren sind insbesondere die Texte von Baldus de Ubaldis und seinem Bruder Angelus de Ubaldis, die beide stellenweise dem Fürsten ein grundloses Enteignungsrecht zubilligen. Pennington hat dieser Interpretation widersprochen.⁴¹ Allgemein würde dann gelten, dass stets ein Grund (*causa*) für die Enteignung vorliegen musste. Die Beschreibung des Grundes fiel allerdings unterschiedlich aus.⁴² Nicht alle verlangten ausdrücklich die *publica utilitas*.⁴³ Damit blieb die Rechtslage hier etwas unklar.

Damit verbunden war die Interpretation des Kaisers als „legibus absolutus“: Bedeutete das nicht gerade, dass er keinen Grund für die Wegnahme brauchte⁴⁴?

2. Beschränkungen durch das *ius naturale*

Wegen der unklaren Weite der Herrschaftsmacht des Kaisers konnte man versuchen, ganze Bereiche daraus herauszunehmen. Hier entwickelten die hochmittelalterlichen Juristen eine neue Lehre des Naturrechts. Gerade diese hoch abstrakte Lehre zu den Rechtsquellen und Methoden hatte jedoch eine unmittelbare Verbindung mit dem Enteignungsrecht.

³⁹ Pennington, *The Prince and the Law 1200-1600* (Fn. 27), 23 f.

⁴⁰ Pennington, *The Prince and the Law 1200-1600* (Fn. 27), 28.

⁴¹ Pennington, *The Prince and the Law 1200-1600* (Fn. 27), 203 f, 209 f, 212 und 218 f. Dagegen jedoch Joseph Canning, *The Political Thought of Baldus de Ubaldis*, (Cambridge Studies in Medieval Life & Thought), Cambridge 2012, 81.

⁴² Ausführlich Ugo Nicolini, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*. Studi sulla dottrina giuridica intermedia, Milano 1952, 244 ff; Pennington, *The Prince and the Law 1200-1600* (Fn. 27), 153 *iusta causa* verlangte Guido de Suzzara, 191, nur einen gerechten Grund Guilelmus de Monte Lauduno. Reynolds, *Before eminent domain* (Fn. 7), 3.3, bemerkte, dass keine italienischen Dokumente die *publica utilitas* in Anspruch nahmen.

⁴³ Vgl. Glossa ordinaria zu C. 1.22.6, Turin 1612, Gl. marginalis (e), 245: „Lex & princeps cum causa (praesertim propter locum publicum & ex causa publicae utilitatis) possunt alicui auferre dominium rei suae“; diese verlangten auch Paulus de Castro, Albericus de Rosate und Bartolus, s. Nicoloni, *La Proprietà* (Fn. 42), 192, 246; Ennio Cortese, *La norma giuridica*. Spunti teorici nel diritto commune classic, Band 1, Milano 1962 ND 1995, Band 1, 126f; ders., *Il diritto nella Storia medievale*, vol. 2, Roma 4. Aufl. 1999, 193; Cecil N. Woolf, *Bartolus de Saxoferrato: His position in the History of Medieval Political Thought*, Cambridge 2012, 28.

⁴⁴ Dazu grundlegend Brian Tierney, *The Prince is not Bound by the Laws*. Accursius and the Origins of the Modern State, *Comparative Studies in Society and History* 5.4. (1963), 378-400.

Ursprünglich war Eigentum als Teil des allgemeinen Menschenrechts *ius gentium* verstanden worden.⁴⁵ Doch das Naturrecht entstammte der Natur, war also Gottes Schöpfung. Auf die konnte der Fürst keinen Einfluss haben.⁴⁶ Daher musste der Bereich des Naturrechts von der fürstlichen Allmacht ausgenommen werden.⁴⁷ Diese Gedanken finden sich u. a. schon bei Martinus und den frühen Kanonisten.⁴⁸ Selten deutlich formulierten dies Innozenz IV. und Odofredus.⁴⁹

Noch weiter ging Azo, indem er im 7. Gebot, dem Verbot des Diebstahls, auch die Gewährleistung des Eigentums erkannte. Daraus folgerte er, dass der Fürst schon aufgrund des notwendigen Respekts gegenüber den göttlichen zehn Geboten Eigentum nicht wegnehmen könne.⁵⁰ Dagegen betonte Panormitanus, dass die Enteignung das besondere Vorrecht der Fürsten sei, nicht dagegen der Städte, weil hier nie alle an der Abstimmung beteiligt seien.⁵¹

Die Differenzierungen wurden klar in der Glossa ordinaria aufbereitet.⁵² Ein Befehl des Fürsten, der das *ius Dei* verletze, sei ungültig. Wenn er jedoch nur das menschliche Recht mißachte, bleibe der Befehl wirksam. Dagegen schade wiederum der Verstoß gegen „*ius naturale vel gentium*“.⁵³ Diese Rechte seien nämlich unveränderlich.

Ut si petam quod res alterius mihi detur. Nam dominia rerum sunt de iure gentium [...] tunc non valet, cum sint immutabilia [...] Item ratione publicae utilitatis.

Also sei auch der Befehl wirksam, der den öffentlichen Nutzen bezweckt, selbst wenn er gegen Natur- und das allgemeine Recht der Völker verstoße. Doch für manche Autoren gelte das nur, wenn er bei diesem Befehl den Widerspruch zum Eigentum kenne (*ex certa scientia*).⁵⁴

Nur Hostiensis scheint der allgemeinen Auffassung widersprochen zu haben, dass der Fürst Sachen der Untertanen wegnehmen dürfe.⁵⁵ Bartolomé de las Casas sprach hier von einem herben Fehler des Hostiensis,⁵⁶ was angesichts der bis heute

⁴⁵ Nicoloni, La Proprietà (Fn. 42), 190 n.1.

⁴⁶ Andrea Padovani, Perché chiedi il mio nome? Dio, natura e diritto nel secolo XII, Milano 1997, besonders 195.

⁴⁷ Pennington, The Prince and the Law 1200-1600 (Fn. 27), 24.

⁴⁸ Weigand, Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten (Fn. 28), 30 ff, 36 f, 153 f.

⁴⁹ Pennington, The Prince and the Law 1200-1600 (Fn. 27), 151 Enteignung als Verstoß gegen Naturrecht bei Innocent IV. zu X 1.2.7, 150.

⁵⁰ Pennington, The Prince and the Law 1200-1600 (Fn. 27), 125.

⁵¹ (Nicolaus de Tudeschis =) Panormitanus, Commentaria in Quartum et Quintum Librum Decretalium, (Opera Omnia, 7) Venedig 1588 ND Frankfurt a.M. 2008 (Ius Commune, Kanonsitische Literatur, 1), zu X 5.de iniuriis.8, n.5, fol327v.

⁵² Eine genaue Entwicklung der Meinung schildert bereits Bartolomé de las Casas, De regia potestate, (Corpus Hispanorum de Pacem, 8), ed. L. Perena, Madrid 1984, Concl. I § III n.1 ff, 23 ff.

⁵³ Gl. *Generali iuri*, Glossa ordinaria zu D. C. 1.22.6, Lyon 1612, 245.

⁵⁴ S. bereits o. Fn. 39.

⁵⁵ (Henricus de Segusio =) Hostiensis, Summa Aurea, zu X II.26 (de praescriptione), Lyon 1537 ND Aalen 1962, n.3, fol.116rb/va.

⁵⁶ Bartolomé de las Casas, De regia potestate, (Corpus Hispanorum de Pacem, 8), ed. L. Perena, Madrid 1984, Concl. I § III n.9, 29.

andauernden Bewunderung für Hostiensis schwer zu glauben ist. Die Summa des Hostiensis behandelt hier allerdings verschiedene Fragen im Zusammenhang des Verjährungsrechts. Durch die kaiserlichen Regeln der Verjährung kann der Eigentümer tatsächlich sein Recht an jemand anderes verlieren. Hostiensis scheint hier eher an die Empfängerseite gedacht zu haben: Wenn der Fürst bzw. seine Gesetze mir eine Sache zuweisen, kann ich auf diesen Eigentumserwerb vertrauen.⁵⁷ Das ließ jedoch die Frage offen, ob er so rechtmäßig gehandelt hatte.

Bei den Voraussetzungen des Wegnahmerechts blieb das meiste offen, z. B. ob dieses Wegnahmerecht ausnahmsweise im Fall der Notwendigkeit erlaubt sei.⁵⁸ Daraus wird deutlich, dass es noch kein einheitliches, juristisch gestaltetes Konzept bzw. Institut der Enteignung gab.⁵⁹ Man rang um die Frage, doch immer noch fehlte die Abgrenzung zwischen den privaten und öffentlichen Grenzen. Nicht nur zu den Begriffen, sondern auch zum Verfahren blieb viel offen.

Oft wurde es wie in römischer Zeit als Zwangskauf durchgeführt. Azo etwa hielt dadurch die Zahlung eines Kaufpreises (*solvere pretium*) für erforderlich zur Gültigkeit der Wegnahme.⁶⁰ Doch stets blieb den Autoren klar, dass eigentlich kein Fall eines Kaufes vorlag. Eine Verwechslung erfolgte nicht.⁶¹ Für Guido de Baisio durfte keiner das wegnehmen, „was mir sei“. Doch der Fall des Kaisers, der Land zum Bezahlen seiner Söldner wegnahm, sollte dagegen nicht verstoßen, weil hierfür ein Preis gezahlt worden sei.⁶² Insgesamt gab es jedoch wenige Diskussionen, die zur Klärung des Konzepts hätten führen können.⁶³

Weiterhin wurde darüber diskutiert, ob die Enteignung eines Gesetzes bedürfe sowie einen politischen Grund erfordere. Bartolus betonte, dass der Fürst selbst durch Gesetz kein Eigentum wegnehmen dürfe, wenn kein Grund dafür vorliege. Unter dieser Bedingung durfte dann allerdings sogar eine Stadt Eigentum nehmen.⁶⁴ Z. B. konnte die Wegnahme „in favore militiae“ erfolgen.⁶⁵ Bartolus argumentierte, dass der Kaiser „dominus mundi“ sei, um die Welt zu beschützen.⁶⁶ In dieser Funktion dürfe die Enteignung also erfolgen. Die Formulierungen deuten an, dass man hier das erwartete, was erst etwas später als *favor publicus*⁶⁷ identifiziert wurde.

⁵⁷ Hostiensis, *Commentaria* zu X 2.26.5 n.6, Venedig 1581 ND Turin 1965, fol.149rb.

⁵⁸ Pennington, *The Prince and the Law 1200-1600* (Fn. 27), 24.

⁵⁹ So auch Nicolini, *La Proprietà* (Fn. 42), 218.

⁶⁰ Azo, *Glossa ordinaria* zu D. 8.6.14.1, Gl. *Si locus*, ebenso nach Gl. *Praestare debet*, Lyon 1612, 1047.

⁶¹ Nicolini, *La Proprietà* (Fn. 42), 241 f.

⁶² *Guido di Baisio* (Archidiaconus), *Rosarium sive enarrationes super Decreto*, Lyon 1599 ND Frankfurt a.M. 2008 (Ius Commune. Kanonistische Literatur, 7), ad C.9 q.3 c.21 *Per principalem*, n.1, fol.196va.

⁶³ So schon Reynolds, *Before eminent domain* (Fn. 7), 4.1.

⁶⁴ Bartolus, *Commentaria* ad D.1.1.1.1 (l. *Omnem*), n.5, Venedig 1526 ND Rom 1996, fol.2vb.

⁶⁵ Bartolus, *Commentaria* ad D.1.1.1.1 (l. *Omnem*), n.4, Venedig 1526 ND Rom 1996, fol.2va.

⁶⁶ Bartolus, *Commentaria* ad D.1.1.1.1 (l. *Omnem*), n.4, Venedig 1526 ND Rom 1996, fol.2va: „dicitur dominus mundi quia tenetur totum mundum defendere & protegere“.

⁶⁷ *Felinus Sandaei*, *Commentaria* zu X 1.2.7, Venedig 1574, n.27, 122: „nam sine causa nec Papa, nec imperator potest eis auferre bona, [...] causa autem legitima est fauor publicus“. Damit war noch nicht die Staatsraison gemeint, vgl. Michael Stolleis, *Arcana Imperii et Ratio Status*, in: ders., *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts*, Frankfurt a.M. 1990, 37-72.

Entschädigung, Enteignungsgrund und ein Gesetz als formale Voraussetzung waren damit durchaus bekannt, aber noch nicht zu einer einheitlichen Lehre verbunden und kondensiert. Nur ansatzweise gelang den späteren Autoren dieser Tradition wie etwa Felinus Maria Sandaei (1444–1503) eine solche Lehre.⁶⁸

Auch im Bereich der Moralphilosophie setzte sich diese Lehre durch. Thomas von Aquin nahm noch einmal den Spruch „omnia sunt principis“ auf, um jedoch dann klarzustellen, dass dies nur für das Regieren galt, nicht jedoch um jemandem etwas wegzunehmen.⁶⁹

Festzuhalten ist, dass viele der heute bekannten Ideen in der Literatur des *Ius commune* vorhanden waren, doch wurden sie weder begrifflich noch konzeptionell zu einer Rechtslehre verdichtet. Damit wurde die Problemlage durch verschiedene Rechtsfragen, jedoch kein klares Rechtsinstitut charakterisiert:

- Die meisten Autoren verlangten eine Entschädigung und glichen die Enteignung daher dem (Zwangs)Kauf an.
- Durfte der Fürst sich bei dem Privateigentum der Untertanen nur bei besonderer Not bedienen oder bereits, wenn ein öffentlicher Nutzen zu erkennen war?
- Durfte nur der Kaiser dieses Recht in Anspruch nehmen, oder konnte jede Obrigkeit für seine Zwecke so verfahren. Bartolus immerhin wollte es auch den Städten zuweisen.
- Musste der Fürst eine besondere Sicherheit in der Sache erworben haben (*ex certa scientia*)?

IV. Neuzeit

1. Reformation

Eine nähere Auseinandersetzung mit der Literatur der Frühen Neuzeit ist einer späteren Auseinandersetzung vorbehalten.⁷⁰ Hier soll nur der Vollständigkeit halber ein erster Blick auf die weitere Entwicklung geworfen werden. Ausgehend von meiner Prämisse des Einflusses der Reformation auf die rechtswissenschaftliche Literatur

⁶⁸ *Felinus Sandaei*, *Commentaria* zu X 1.2.7, (Fn. 67) n.28, 123, der neben dem Grund auch noch die Zahlung des „pretium“ verlangte; dazu demnächst Gigliola di Renzo Villata, *Diritto canonico, ricchezza e povertà nell' opera di Felino Sandei*, in: David v. Mayenburg u.a. (Hrsg.), *Der Einfluss der Kanonistik auf die Europäische Rechtskultur*, Band 5: *Das Recht der Wirtschaft*, (Norm und Struktur, 37.5), Köln/ Weimar/ Wien 2016, 156-182.

⁶⁹ *Thomas von Aquin*, *Quaestiones de quodlibet* 12, qu.16 art. 2 „omnia sunt principum ad gubernandum, non ad retinendum sibi, vel dandum aliis“ [<http://www.corpusthomicum.org/q12.html>, zuletzt 17.3.2016].

⁷⁰ *Verf.*, „Jure civili omnia regis sunt“. Die Enteignung in der Frühen Neuzeit, H. de Wall (Hrsg.), *Tagung der Althusius-Gesellschaft 2016*, in Vorbereitung.

der Frühen Neuzeit⁷¹ soll dabei zunächst ein Blick auf die Reformatoren selbst geworfen werden. Philipp Melanchthon war einer der Ersten, der den Unterschied zwischen der öffentlichen Herrschaftsmacht und dem privaten Eigentumsrecht erahnte, allerdings eher intuitiv als mit juristischer Begriffsbildung beschrieb⁷²:

Deus enim vult et ipsos gubernatores teneri legibus, non vult caecas eorum cupiditates dominari, vult legibus civium vitam, corpora, fortunas, connubia munita esse.

Er trennte hier zwischen den Gesetzen und ihren Herrschern einerseits, die zur Einhaltung der Gesetze eingesetzt seien, sowie zwischen den Gütern der Bürger andererseits, wozu er auch die weltlichen Güter (*fortunas*) zählte. Allerdings kannte er den juristischen Streit zwischen Martinus und Bulgarus sehr gut. Er griff ihn auf, um Bulgarus Recht zu geben⁷³:

Victor habet equum, sed alter respondit aequum. Porro cum proprie de dominio loquimur, quod videlicet est rerum proprietates, non est verum, omnia esse imperatoris: nam distinctio dominiorum cum sit iuris gentium, non ideo tollitur, quia superior potestas creatur. Sic autem dicitur omnia esse imperatoris, ut dicimus legum esse omnia, id est, imperator est supremus iudex et protector hominum, cuius iudicio res velut cedendae sunt, cum de earum proprietate ambigitur. Et in summa, sic habet ius disponendi de rebus, ut ipsa lex. Ut igitur lex non tollit, sed confirmat dominia seu proprietates, sic regia potestas non tollit proprietates. Haec ex illo fonte omnia iudicantur, quia distinctio dominiorum valet iure naturae et divino. Manent igitur liberis suae proprietates, etiamsi constituti sint reges. Nam his non licet tollere iura naturae et divina.

Dem Kaiser könnten nicht schlechthin alle Güter zustehen. Melanchthon unterschied zwischen der *potestas* des Herrschers und dem *dominium*, das durch *ius gentium* begründet werde. Sicherlich sei der Kaiser als höchster Richter und Beschützer der Menschen anzuerkennen. Güter seien auf sein Urteil hin herauszugeben. Als Herrscher habe er zudem das Recht, über Sachen zu verfügen. Hier wurde nun das *ius naturae et divina* eingebracht, um dem Kaiser ein allgemeines Enteignungsrecht abzusprechen, denn die Freien behielten ihre *proprietates*, auch wenn Könige ernannt seien. Im Ansatz wurde hier also darüber verhandelt, wie weit das Hoheitsrecht geht und ob Eigentumsrechte gegen den Herrscher verteidigt werden konnten. Ein weiteres Thema ordnete Melanchthon hier dem *ius gentium* zu: Es sei nach *ius gentium* verboten, Gäste zu verletzen.⁷⁴ Offenbar kann man nicht den gebotenen Schutz für Gäste als Einschränkung des Eigentumsrechts werten.

⁷¹ *Verf.*, Recht der Reformation, Tübingen 2014.

⁷² *Philipp Melanchthon*, De aequitate et iure stricto [1542], CR 11, 550-555, 554 (= übers. von Michael Beyer, Billigkeit und strenges Recht, in: Melanchthon Deutsch, Band 1, Leipzig 1997, 170-177, 175).

⁷³ *Philipp Melanchthon*, Philosophiae moralis epitomes libri duo [1538], CR XVI, 21-164, 126 f.

⁷⁴ *Melanchthon*, Philosophiae moralis epitomes libri duo, (Fn. 73), c. Beneficentia, 155: „Ideoque iure gentium semper nefas fuit hospites violare. Praeterea naturalis societas non tantum obligat nos paucis quibusdam nostris, sed toti generi humano.“

Bodin führte die Trennung Melanchthons fort, indem es gerade zum Kennzeichen der fürstlichen Macht wurde, unbegrenzt zu sein, während die Begrenzung zum Charakteristikum der bürgerlichen Rechte wurde.⁷⁵ Bezüglich der Enteignung sollte der König jedoch an gewisse Voraussetzungen gebunden werden, die dem Naturrecht entsprechen sollten. Insoweit fügte sich Bodin in den Rahmen der hochmittelalterlichen rechtswissenschaftlichen Diskussion.⁷⁶ Der Fürst sei an das Naturrecht gebunden, woraus sich ergebe, dass er das Gut eines anderen nicht ohne Grund wegnehmen dürfe; der Grund müsse „juste & raisonnable“ sein, der Form des Kaufs, Tauschs oder der legitimen Konfiskation entsprechen.⁷⁷

Bodins Ansatz ist so einfach wie konsequent. Herrschaftsmacht und Rechte der Untertanen werden sowohl geschützt als auch miteinander verschränkt. Sie bestärken sich, weil die Souveränität letztlich dem Schutz der Bürger dient. Doch schränken sie sich auch gegenseitig ein, weil Fürst und Volk das Recht der anderen Seite wahren sollen. Das wurde bei Althusius sogar noch etwas stärker betont.

Althusius nahm noch einmal indirekt Bezug auf die Geschichte von Martinus und Bulgarus, indem er zunächst feststellte, dass der *princeps* nicht der *dominus mundi* sei.⁷⁸ Er habe zwar die Macht, im Staat zu handeln (*potestas administrandi*), jedoch kein privates Eigentumsrecht an den Gütern seiner Untertanen (*ius proprietatis*) bzw. keine *proprietas*.⁷⁹ Er sei auf die öffentliche Herrschaft (*administratio*) beschränkt.⁸⁰ Daraus folge eine allgemeine Schutzpflicht gegenüber den Gefahren für die Rechtsgüter der Bürger, z. B. Überschwemmungen.⁸¹ Daher müsse der Fürst ganz allgemein die privaten Rechtsgüter der Untertanen schützen und habe kein Recht, sich diese anzueignen oder Zwangskäufe durchzuführen⁸²:

Ejusmodi ergo bona subditorum privata⁸³ magistratui sunt commissa, quo ad defensionem & conservationem, contra omnem vim & injuriam, non quoad alienationem & ademptionem, nisi ex causis duabus, subditi nimirum culpâ, vel publicae salutis necessitate.

Der ohne Grund vorgehende Fürst wurde zum Tyrannen, auch wenn man gegen ihn nicht aus dem Gesellschaftsvertrag vorgehen durfte.⁸⁴ Doch der Verstoß gegen die göttliche Ordnung begründete ohnehin in ausreichendem Maße, warum sich ein

⁷⁵ Jean Bodin, Les six livres de la Republique, Paris 1583 (ND Aalen 1961), livre I Chap. VIII: De la souveraineté, 122 ff, 128 f.

⁷⁶ Pennington, The Prince and the Law 1200-1600 (Fn. 27), 281.

⁷⁷ Bodin, Les six livres (Fn. 75), 156 f.

⁷⁸ Johannes Althusius, Politica Methodice Digesta, 2. ND der 3. Aufl. 1641 Aalen 1981, 19.13, 331.

⁷⁹ Althusius, Politica Methodice Digesta (Fn. 78), 18.28, 285.

⁸⁰ Althusius, Politica Methodice Digesta (Fn. 78), 18.94, 310.

⁸¹ Althusius, Politica Methodice Digesta (Fn. 78), 37.110, 875.

⁸² Althusius, Politica Methodice Digesta (Fn. 78), 37.111, 875.

⁸³ Zu korrigieren nach Johannes Althusius, Politica methodice digesta et exemplis sacris et profanis illustrata, 1. Aufl. Heborn 1603, 453: „privata“.

⁸⁴ Zum Staatsvertrag bei Althusius s. Otto von Gierke, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorie, 3. Aufl. Breslau 1913, 76 ff.

solcher Zustand nicht halten konnte. Hier setzte dann die ausgesprochen komplexe und vielschichtige Debatte der Calvinisten zum Widerstandsrecht an.⁸⁵

2. Grotius

Die grundlegende Bedeutung Grotius', die ihm traditionell zugeschrieben wird, ergibt sich nicht zuletzt aus der vermittelnden Art, wie er Probleme löste und beiden Seiten – König und Bürgern – entgegenzukommen schien. Sowohl absolutistische wie demokratische Systeme konnten im Ansatz ihre Position wiedererkennen und seine Lösung akzeptieren. Vieles vom römischen und gemeinen Recht fand sich hier wieder. Doch vor allem der Kontext des Gesellschaftsvertrags schuf hier ein festgefügt System.⁸⁶

Grotius erkannte grundsätzlich den Wert des Eigentums an.⁸⁷ Durch den Gesellschaftsvertrag wurde geschützt, was dem Naturrecht entsprach.⁸⁸ Das Eigentum stand den Menschen kraft Naturrecht zu, doch daraus folgte ebenfalls, dass kein Eigentum oder Recht ohne Grund weggenommen werden dürfe.⁸⁹ Verpflichtungen könnten nur zivilrechtlich begründet werden. Dennoch gestand Grotius hier zwei wesentliche Ausnahmen zu: Der König dürfe in das Recht seiner Untertanen eingreifen, wenn dies als Strafe erfolge oder „ex vi supereminetis domini“. ⁹⁰ Es muss also ein Herrschaftsrecht geltend gemacht werden, das „supereminens“ sei. Damit gemeint waren höherrangige Rechte als das, was nach gewöhnlichem Recht galt.⁹¹ Für die Inanspruchnahme des herausragenden Herrschaftsrechts verlangte Grotius zwei Voraussetzungen: Zum einen musste die Inanspruchnahme des privaten Guts einer *utilitas publica* entsprechen, zum anderen wurde dafür eine angemessene Entschädigung (*compensatio*) geschuldet. Dieses Herrschaftsrecht könne nur gegenüber Untertanen, jedoch nie gegenüber Fremden ausgeübt werden. Gegenüber den eigenen Untertanen dürfe der König seine Herrschaft nur geltend machen, wenn eine *publica utilitas* vorliege.⁹² Der Gesellschaftsvertrag begründete für Grotius kein Recht gegen den König; nehme dieser ein Recht zurück, verstoße er nicht gegen den

⁸⁵ Christoph Strohm, *Calvinismus und Recht*, Tübingen 2008, 233 ff; Robert von Friedeburg, *Bausteine widerstandsrechtlicher Argument in der Frühen Neuzeit (1323-1668)*, in: Ch. Strohm/ H. de Wall (Hrsg.), *Konfessionalität und Jurisprudenz in der frühen Neuzeit*, Berlin 2009, 115-166.

⁸⁶ Ähnlich *Reynolds*, *Before eminent domain* (Fn. 7), 5.3.

⁸⁷ *Hugo Grotius*, *De iure praedae commentarius*, ed. H.G. Hamaker, Den Haag 2006, lex IV, 14.

⁸⁸ *Grotius*, *De iure belli ac pacis*, ed. B.J.A. de Kanter-van Hettinga Tromp, Aalen 1993, II.14.6, 381.

⁸⁹ *Grotius*, *De iure belli ac pacis*, II.14.8, 383.

⁹⁰ *Grotius*, *De iure belli ac pacis*, II.14.7, 383.

⁹¹ *Grotius*, *De iure belli ac pacis*, I.1. n.6, 32, definiert *eminens* mit „quae superior est iure vulgari“.

⁹² *Grotius*, *De iure belli ac pacis*, II.14.8, 383.

Gesellschaftsvertrag. Sollte er jedoch ohne Grund vorgehen, handle er sündhaft.⁹³ Leicht konnte man daraus schließen, dass er dann zum Tyrannen wurde.⁹⁴

Grotius operierte mit dem Gegensatz zwischen Herrschermacht und Untertanenrecht. Seine Begriffe waren flexibel und viel offener als etwa „Eigentum“ und „Enteignung“. Die Gegenüberstellung von privaten und öffentlichen Interessen war einfach in der Anwendung. Ausgestattet mit einer klaren Wertung konnte jeder die Lehre des Grotius anwenden und zu einem passenden Ergebnis gelangen. Und doch war hier nicht einfach Willkür stipuliert, sondern zum ersten Mal ein klares Rechtsinstitut der Enteignung geschaffen, wo man bisher allenfalls moralisch-politische Grenzen der Herrschermacht annahm.

Die Lehre des Grotius' war daher sehr erfolgreich. Auf dem Kontinent und sogar im anglo-amerikanischen Rechtsraum setzte sich seine Lehre durch,⁹⁵ nicht zuletzt deswegen, weil sie sich den früheren Lehren anpasste. So verlangte auch der Kölner Andreas Gaill (1526–1587) einen gerechten Grund (*iusta causa*) bzw. eine *necessitas publica*, um zur Enteignung zu schreiten.⁹⁶ Dabei sah er einen *favor publicus*, dem der Privatnutzen vorzuziehen sei.⁹⁷ Ähnlich sah auch der Spanier Diego Covarrubias (1512–1577) einen solchen gerechten Grund als notwendig an.⁹⁸ Dennoch muss man beachten, dass die Lehre des Grotius in absolutistischen Territorien kaum passte. Katholiken und Lutheraner verfolgten daher auch in der Zeit nach Grotius noch lange andere Ansätze.⁹⁹ Auch wenn Grotius *dominium eminens* daher passend erscheinen konnte, war es noch lange nicht überall akzeptiert.

Viel war daher mit der Zustimmung durch Pufendorf gewonnen. Dieser konnte an Grotius' eleganter Struktur wenig ändern. Er versuchte nur, die Begriffe etwas präziser zu fassen und vor Missbrauch zu schützen. So erklärte er, dass dieses Institut dem Gemeinwohl diene und nur im Fall der *necessitas* des Staates angewendet werden dürfe. Der Fürst werde mit dem *domaine éminens* soweit berechtigt, wie es für das allgemeine Wohl notwendig und erforderlich sei. Alle Rechte der Bürger, die *propriété*, seien sowieso unter den Vorbehalt gestellt, dem Staat zu dienen. Insoweit

⁹³ Grotius, De iure belli ac pacis, II.14.9, 383.

⁹⁴ So Kaspar Ziegler, In Hugonis Grotii de iure belli et pacis libros notae, Frankfurt a.M. 1686, 375 zu Grotius, De iure belli ac pacis, II.14.7.

⁹⁵ Mehr in Helmut Coing, Europäisches Privatrecht, Band 1: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), München 1985, § 26 III und § 27 I, 162; i.ü. vgl. Reynolds, Before eminent domain (Fn. 7), 4.3.

⁹⁶ Andreas Gaill, Practicarum Observationum tam ad processum judiciarium praesertim imperialis camerae, Köln 1721, II obs-56, 395 ff, n.2, 396: “Ex hac communi Doctorum opinione infertur, quod Princeps, publica utilitate suadente, domum subditi sui demoliri, aut ejus fundum, urbi, vel civitati propinquum, pro dilatandis fossis civitatis, vel exstruendo propugnaculo, aut alia necessitate publica, occuparet; item suburba destruere, vel incendio, ne hostis eo se recipiat, consumere possit”.

⁹⁷ Andreas Gaill, Practicarum Observationum n.3 “Favor publicus praefendus utilitati privatae”.

⁹⁸ Didacus Covarrubias, Variarum ex iure pontificio regio, Venedig 1580, III.6 n.6, 449.

⁹⁹ Dazu demnächst Verf., Die Enteignung in der Frühen Neuzeit, in: H. de Wall (Hrsg.), Tagung der Althusius-Gesellschaft Wittenberg 2016, noch nicht erschienen.

könne man dieses Eingriffsrecht geradezu als eine Maxime der natürlichen Gerechtigkeit begreifen. Zum Ausgleich habe der Fürst soviel als Ersatz zu leisten, wie es ihm möglich sei. Damit setzte Pufendorf den Gedanken einer billigen Entschädigung an die Stelle des konkreten Schadensersatzes.¹⁰⁰ Kaspar Ziegler präzisierte in seinem Kommentar zu Grotius, dass der Fürst beim Eingriff in der Form eines Gesetzes handle.¹⁰¹

Wolff vertiefte dagegen das Verständnis der Bürgerseite und erklärte, worin eingegriffen werden dürfe. Er machte damit deutlich, dass sehr viel mehr als das Eigentum betroffen sein konnte. Die Lehre des *ius eminens* sollte elementare Interessen des Bürgers berücksichtigen. So dürfe kaum eingegriffen werden in alles, was als *ius connatum* mit dem Menschen, also seiner Essenz und seiner Natur notwendig verbunden sei.¹⁰² Solche Rechte seien *immutabile* und dürften nicht aufgehoben werden. Er erklärte diesen Ansatz weitergehend, dass alles, was zum Leben erforderlich sei, vom Fürsten nicht genommen werden dürfe.¹⁰³ So erkannte Wolff ein *ius petendi officia humanitatis*, ein *ius sibi obligandi*, ein *ius securitatis*, ein *ius defensionis* sowie ein *ius puniendi*. Dazu gehörten dann aber letztlich auch die vom Menschen abgeschlossenen Verträge.¹⁰⁴ Als *iura quaesita* definierte Wolff dagegen alle Rechte, die sich der Mensch selbst erworben habe.¹⁰⁵ Auf diese Rechte konnte sowohl der Inhaber verzichten als auch der Herrscher aufgrund seines *ius eminens* eingreifen. Das *dominium eminens*, eigentlich eine *potestas eminens*, bezeichnete Wolff als das Recht des Fürsten, über die eigenen Rechte der Bürger aufgrund öffentlicher Interessen zu disponieren.¹⁰⁶ Hier trennte er jetzt klar zwischen dem privatrechtlichen *dominium* und dem hoheitlichem *imperium*, das allein dem Fürsten zukomme.

So gab er der späteren Doktrin vor, dort von den *iura quaesita* zu sprechen, wo der Fürst eingreifen durfte. Die natürlichen Rechte der Person, die mit dem einzelnen geboren wurden, waren dem herrschaftlichen Zugriff dagegen entzogen. Damit lag hier ein abgestufter Schutz bürgerlicher Rechte vor. Die einziehbaren selbständig erworbenen Rechte der Person wurden im 19. Jahrhundert gut mit „wohlerworbenen Rechten“ übersetzt.¹⁰⁷

Der Begriff der *iura quaesita* war damit sehr weit. Bis ins 19. Jahrhundert wurden zur Lösung der Einteignungsfragen die *iura quaesita* des Bürgers mit dem *ius*

¹⁰⁰ Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium libri octo*, Amsterdam 1698, VIII.5.7, 873 f.; in der Übersetzung von Barbeyrac, Basel 1732 ND Caen 1987, 449.

¹⁰¹ Ziegler, In Hugonis Grotii (Fn. 94), 376, zu Grotius, *De iure belli ac pacis*, II.14.9.

¹⁰² Christian Wolff, *Institutiones Iuris naturae et gentium*, Venedig 1768, § 74.

¹⁰³ Wolff, *Institutiones Iuris naturae et gentium* (Fn. 102), § 95, 32.

¹⁰⁴ Wolff, *Institutiones Iuris naturae et gentium* (Fn. 102), § 100, 34.

¹⁰⁵ Wolff, *Institutiones Iuris naturae et gentium* (Fn. 102), § 340, 119: „Dicitur autem Jus quaesitum, quod actu nobis competit“.

¹⁰⁶ Wolff, *Institutiones Iuris naturae et gentium* (Fn. 102), § 1065, 438.

¹⁰⁷ Dazu Thomas Olechowski, *Art. iura quaesita*, HRG 2. Aufl. Berlin 2012, 1424-1426; Dieter Pirson, *Art. iura quaesita*, HRG 1. Aufl. Berlin 1978, 472-476; Gierke, Johannes Althusius (Fn. 84), 274 ff.

eminens des Fürsten verglichen. Daraus wurde die Entscheidung gewonnen, ob die Enteignung stattfinden dürfe. Die *iura quaesita* waren dabei inhaltlich viel offener, als es im Konzept der „Enteignung“ denkbar war. Bei den *iura quaesita* musste es sich nur um rechtlich relevante Positionen handeln, nicht unbedingt um Eigentum. Gerade auch die *iura singularia* der Privilegien konnten durch dieses System geschützt werden.¹⁰⁸ § 74 Einl. ALR spricht daher ganz allgemein von „Rechten und Vorteilen“ der Bürger, in die der Staat nur entschädigungspflichtig eingreifen durfte.

Diese naturrechtliche Lehre führte zu einer dogmatischen Vereinheitlichung der Lehre. In der Praxis standen dem aber noch immer die Fülle unterschiedlicher Gesetze und Gestaltungen gegenüber. Noch im Kommentar zum ALR wird daher der Unterschied der dogmatischen Einheit in § 74 Einl. ALR und der Vielfalt der einfachgesetzlichen Formen hervorgehoben.¹⁰⁹ In der Praxis gab es also immer noch jenes einheitliche Recht der Enteignung.

Das weist darauf hin, dass man Grotius' Lehre nicht mit der Rechtslage verwechseln darf. In den lutherischen Territorien wurde immer noch anhand 1 Sam 8 gelehrt, wie notwendigerweise schlecht und enteignend ein König von Natur aus sei, wogegen man sich als Bürger nicht auflehnen dürfe, ohne zugleich gegen Gottes Ordnung aufzubegehren.¹¹⁰ Da damit die Enteignung das zentrale Merkmal der Monarchie wurde, konnte es hier folglich kaum einen umfassenden Schutz in der Rechtsordnung geben.

3. Die Erfindung des öffentlichen Rechts

Die Kategorie des *ius publicum* konnte Grotius zwar noch nicht nutzen.¹¹¹ Die Art der Rechte spielte daher in der Folgezeit keine Rolle. Erst kurz vor dem 19. Jahrhundert wurde dabei der Gegensatz zwischen dem öffentlichen Recht als der

¹⁰⁸ Vgl. Heinz Mohnhaupt, Erteilung und Widerruf von Privilegien nach der gemeinrechtlichen Lehre vom 16. bis 19. Jahrhundert, in: B. Dölemeyer/ ders. (Hrsg.), Das Privileg im europäischen Vergleich. Band 1, (Ius Commune Sonderhefte, 93), Frankfurt a.M. 1997, 93-121, 110, denn durch die Gleichstellung des Privilegs mit einem Gesetz durch Moser eröffnete sich die Möglichkeit, hier Grotius' Lehre anzuwenden.

¹⁰⁹ Zu den zahlreichen offenen Grenzfragen, v.a. der ungleichen Behandlung der Enteignung in den verschiedenen Spezialgebieten noch unter dem ALR vgl. C.E. Koch, Kommentar zum Allgemeinen Landrecht, Berlin 1884, 65, besonders H.II.

¹¹⁰ Vgl. Annette Weber-Möckl, „Das Recht des Königs, der über euch herrschen soll“. Studien zu 1 Sam 8, 11 ff. in der Literatur der frühen Neuzeit, (Historische Forschungen, 27), Berlin 1986, die zwar auf die lutherische Staatstheorie verweist, jedoch die eigentlich entscheidende rechtliche Frage der Enteignung nicht betrachtet.

¹¹¹ Zur Entstehung dieses neuen Fachs s. Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts, Band 1, München 1988, 141 ff; Verf., Dominik Arumaeus und die Entstehung des öffentlichen Rechts als rechtswissenschaftliches Lehrfach in Jena, in: R. v. Friedeburg/ M. Schmoedel (Hrsg.), Recht, Konfession und Verfassung im 17. Jahrhundert. West- und mitteleuropäische Entwicklungen, (Historische Forschungen), Berlin 2015, 85-127 (mit Anhang von Pascal Förster).

Verteidigung allgemeiner Interessen mit dem partikularen Recht der Bürger greifbar. Ein lehrreicher Fall betrifft die Bewilligung einer zweiten Apotheke im Fürstbistum Speyer. Der Inhaber der ersten Apotheke in Speyer hatte 1717 ein Privileg für das ganze Fürstbistum, die zweite Apotheke sollte 1788 in Bruchsal eröffnet werden und es den dortigen Bewohnern erleichtern, ihre Medikamente zu erhalten. Dieser Fall wurde vom Inhaber des Privilegs vor Gericht gebracht.¹¹² Das Gericht der ersten Instanz konnte kein überragendes Interesse der Allgemeinheit (*ius eminens*) an einer weiteren Apotheke erkennen; der Kläger gewann daher in dieser Instanz. Vor dem Reichskammergericht wurde die Sache ausführlich diskutiert. Abgewogen wurde zwischen der Bestandskraft des alten Privilegs und dem Schutz ständischer Interessen einerseits und hoheitlicher Gesundheitsfürsorge sowie dem notwendigen Maß bürgerlicher Freiheit andererseits. Assessor von Gruben, der an der aufgeklärten Maxschen Akademie in Bonn studiert hatte und die Entscheidung vorbereiten musste, fasste das Privileg als Vertrag des Fürsten mit dem Apothekenbetreiber auf, der nur nach Änderung der äußeren Umstände gemäß der „*clausula rebus sic stantibus*“ wegfallen könne. Das Gericht schloss sich 1801 vor allem der neuen Auffassung des Göttinger Professors Johann Stephan Pütter (1725–1807) an, wonach Belange aus dem Bereich des öffentlichen Rechts dem Bereich des Zivilrechts übergeordnet seien, soweit dies zum Staatszweck erforderlich sei.¹¹³ Das Kollegium befand daher, dass zur Versorgung der Stadt Bruchsal eine Apotheke nicht ausreiche, das Gemeinwohl die Zulassung einer weiteren Apotheke daher gebiete und das Privileg der Witwe Bellon daher zurückstehen müsse.

Durch philosophische Lehren wurden die Kategorien von öffentlichem und privatem Recht um 1800 als originär und überzeitlich begriffen. Nicht zuletzt sollte dies auch die Unangreifbarkeit des Zivilrechts untermauern. Doch schon in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts erweiterte sich die Zuständigkeit des Staates. Seine Sorge für das Gemeinwohl und das Wohl des Einzelnen konnte es auch erforderlich machen, in den Bereich des Zivilrechts einzugreifen entweder durch subsidiäre, auffangende Rechtsvorschriften oder durch klare verwaltungsrechtliche Kontrolle.

Grotius' Lehre konnte gut für die Dichotomie von öffentlichen und privaten Rechten herangezogen werden. Doch letztlich führte diese Differenzierung zur generellen Vermutung des Gemeinwohls für das öffentliche, jedoch für die Eigennützigkeit des privaten Rechts. So wurde ein stärkerer Schutz für die *iura quaesita* notwendig.

¹¹² Zum Folgenden vgl. bei Rita Sailer, Richterliches Selbstverständnis und juristische Ordnungsvorstellungen in der Policeyrechtlichen Judikatur des Reichskammergerichts, in: B. Diestelkamp (Ed.), Das Reichskammergericht am Ende des Alten Reiches und sein Fortwirken im 19. Jahrhundert, Köln/ Weimar/ Wien 2002, 1–41.

¹¹³ Vgl. etwa Johann Stephan Pütter, *Institutiones Iuris Publici Germanici*, 4. Aufl. 1787, § 242, 263 f. zur Befehlsgewalt des Staates.

V. Vom Naturrecht zu den Grundrechten

Grotius operierte mit gesellschaftsvertraglich begründeten, unverzichtbaren und unveränderbaren Naturrechten der Menschen. Hier baute er auf einem scholastischen Erbe auf. Damit wurden längst vor der Erfindung der Grund- und Menschenrechte rechtliche Standards wirksam geschützt.

- Schon seit dem Franziskanischen Erbschaftsstreit¹¹⁴ findet sich das Konzept der subjektiven Rechte.
- Das Naturrecht wurde seit dem 13. Jahrhundert genutzt, um die Allmacht der Fürsten als *legibus absolutus* zu begrenzen. Was vom Naturrecht gegeben war wie das Eigentum, konnte vom Gesetzgeber nicht genommen werden.
- Jedenfalls seit Calvin gab es Rechtspositionen, die mit dem Bund der Christen mit Gott begründet wurden und daher unveränderlich waren.
- Als subjektive Rechte wurden sie jedenfalls seit Althusius begriffen.

Gerade auch der Schutz von Eigentum und den Voraussetzungen des privaten Lebens war daher längst vor der Erfindung der Grundrechte gut ausgeprägt.

Locke ergänzte den Gedanken, dass der Zweck des Staates in der Verteidigung des privaten Eigentums liege.¹¹⁵ Damit wurden die Privatinteressen zur Staatsaufgabe umdefiniert. Die Menschen gäben zwar ihre Rechte prinzipiell mit der Staatsgründung an den Staat ab. Doch der Zweck der Staatsgründung liegt darin, ihre Lebensgrundlage umso effektiver zu schützen.¹¹⁶ Die zentrale Staatsaufgabe ist damit der Schutz des privaten Eigentums.¹¹⁷

Zwar habe der Staat die Aufgabe, für die Lebensgrundlage aller zu sorgen. Das könne auch zur Enteignung führen.¹¹⁸ Doch dafür benötige man den Konsens aller.¹¹⁹

¹¹⁴ Dazu s. u.a. *Maximiliane Kriechbaum*, *Actio, ius und dominium* in den Rechtslehren des 13. und 14. Jahrhunderts, Ebelsbach 1996; *Brian Tierney*, *The idea of natural rights: studies on natural rights, natural law and church law 1150-1625*, Atlanta Ga. 1997; *Virpi Mäkinen*, *Property rights in the late medieval discussion on Franciscan poverty*, Leuven 2007.

¹¹⁵ Vgl. schon *Walter Euchner*, *Naturrecht und Politik bei John Locke*, Frankfurt a.M. 1979, 198, 210.

¹¹⁶ *John Locke*, *Two Treatises of Government*, ed. M. Goldie, London 1993, II.9, n.131, 180: "But though men when they enter into society, give up the equality, liberty, and executive power they had in the state of nature, into the hands of the society, to be so far disposed of by the legislative, as the good of the society shall require".

¹¹⁷ *Locke*, *Two Treatises of Government* (Fn. 116), II.9 n.131, 180: "The power of the sovereignty [...] can never be supposed to extend further than the common good; but is obliged to secure everyone's property [...]".

¹¹⁸ *John Locke*, *Essays on the Law of Nature*, in: ders., *Political Essays*, ed. M. Goldie, Cambridge 1997, 8 n.2, 79-133, 131.

¹¹⁹ *Locke*, *Two Treatises of Government* (Fn. 116), II.5, n.35, 131: "Tis true, in land that is common in England, or any other country, where there is plenty of people under government, who have money and commerce, no one can enclose or appropriate any part, without the consent of all his fellow commoners: because this is left common by compact, i.e. by the law of the land, which is not to be violated."