

Die Verbannung von Verwaltungsverträgen aus dem Recht – Kooperationen zwischen Staat und Privaten in der deutschen Rechtswissenschaft des 18. Jahrhunderts

Banishing Administrative Contracts from Law – Cooperation between the State and Private Persons in the German Law of the 18th Century

von Andreas Abegg

translated by Annemarie Thatcher

Zusammenfassung¹

Die deutsche rechtswissenschaftliche Literatur des 18. Jahrhunderts und des frühen 19. Jahrhunderts zur Kooperation zwischen Staat und Privaten befasst sich fast ausschliesslich mit der Rechtsform des Staatsdienstes. Dabei ist zu beobachten, wie der Vertrag zwischen Staat und Privaten im Allgemeinen und der Vertrag mit Staatsdienern im Speziellen mit der sich vertiefenden und für den kontinentalen Raum so typischen Trennung von öffentlich und privat respektive öffentlichem Recht und Privatrecht zwischen Stuhl und Bank geriet, d. h. weder im einen noch im anderen sich ausdifferenzierenden Rechtsbereich Aufnahme fand. Für Deutschland lässt sich dies anhand der Evolution der Staats- und Rechtstheorien nachvollziehen – insbesondere von Justi über Gönner zu Hegel und zahlreichen anderen Rechtswissenschaftlern des 19. Jahrhunderts.

Summary¹

German legal literature on cooperation between the state and private persons in the 18th and early 19th centuries dealt almost exclusively with the legal form of government service. It is possible to observe that contractual agreements between the state and private persons in general and contractual agreements with civil servants in particular were accepted into neither of the self-differentiating realms of public and private law, as both categories of law, like the public and private spheres themselves, typically demonstrated a deep separation in continental Europe. This can be seen in Germany through the evolution of state and legal theories, particularly in the works of Justi, then Gönner, through to Hegel and numerous other legal theorists of the 19th century.

1 Dieser Text entstammt einem Forschungsprojekt des Schweizerischen Nationalfonds (Nr. 119412). Vgl. Abegg (2009; 2010).

1 This text is part of a research projekt supported by the Swiss National Science Foundation (no. 119412). Cf. Abegg (2009, 2010).

I. Einleitung: Die Bestellung zum Staatsdienst im Fokus von Politik und Rechtswissenschaft

Wer die deutsche rechtswissenschaftliche Literatur des 18. Jahrhunderts und des frühen 19. Jahrhunderts zur Kooperation zwischen Staat und Privaten sichtet, dem fällt sofort auf, dass sich jene Autoren, die sich mit Kooperationen zwischen Staat und Privaten auseinandersetzten, *fast ausschliesslich mit der Rechtsform des Staatsdienstes befassen*.² Dieser Fokus ist nicht ohne Grund. Denn erstens wurden in der Folge neuer staatswissenschaftlicher Errungenschaften und Theorien³ neuartige ebenso wie bisher von Privaten für den Staat erbrachte Leistungen *in einen Staatsapparat integriert*, der sich in den einzelnen deutschen Ländern zunehmend konsolidierte und sich *hierarchisch organisierte*.⁴ Und zweitens wurden – mit dem Aufbau einer professionalisierten

I. Introduction: Appointments to Government Service in the Focus of Politics and Law

The first thing that we notice when we look at the German legal literature on cooperation between the state and private persons in the 18th and early 19th centuries is that the authors *dealt almost exclusively with the legal form of government service*.² This focus was not without reason. First of all, as a result of new accomplishments and theories in political science,³ new types of services, as well as those that had heretofore been performed for the state by private persons, were *integrated into a single state apparatus*. This state apparatus experienced increasing consolidation and *hierarchical organisation*⁴ in each of the German *Länder* (states) over time. Secondly, in close connection with the setting up of a professionalised administrative body, the relations between

2 Vgl. etwa Böhmer (1710/1726): § 11; Wolff (1748/1968): § 904 und 925; Seuffert (1793); Fichte (1796/1979): 164. Auch in Frankreich hatten sich die Gemüter primär an diesem Gegenstand erhitzt, wenn auch mit anderer rechtlicher Gewichtung: Dies zeigt sich paradigmatisch in der grossen Aufgabe des modernen französischen Staates, die ausgeprägte Käuflichkeit und Vererblichkeit des Beamtenstatus und des Richterpostens in einen „*acte de pure administration*“ zu überführen, in welchem Ernennung und Entlassung allein im Ermessen der Regierung stand. Notabene suchte man unter Louis XIV. zunächst den bisherigen Verkauf von Staatseigentum und Ämtern zu einer durch öffentliche Interessen bedingten Pacht umzudeuten. Siehe hierzu m. w. H. Tocqueville (1856): 292 ff.; Mousnier (1974): 609 ff., vor allem 630 ff.; zur Käuflichkeit von Ämtern in einer früheren Phase siehe zudem Mousnier (1945). Aus rechtlicher Sicht vgl. Perriquet (1884): N 487 und 489 ff. mit Hinweis auf die Rechtsprechung des *Conseil d'État* bis 1849. Die definitive Ausweitung der Perspektive trat mit Daresté (1862) und Perriquet (1884) ein.

3 Grundlegend sind freilich Bodin (1576) und Hobbes (1647). Hierzu unten IV.A.

4 Sheehan (1994): 391 ff.

2 See e.g. Böhmer (1710/1726): § 11; Wolff (1748/1968): § 904 and 925; Seuffert (1793); Fichte (1796/1979): 164. In France this point was also the primary cause of heated debate, although the legal emphasis was placed elsewhere: this is paradigmatically evident in the grand task the modern state of France had set itself of transferring the distinctly venal and hereditary nature of the status of civil servant and of judicial positions to an *acte de pure administration*, in which appointments and dismissals were at the sole discretion of the government. Nevertheless, attempts were made under Louis XIV to redefine the hitherto existing sale of state property and offices as a form of tenure, dependant on the public interest. For further references, see Tocqueville (1856): pp. 292 onwards; Mousnier (1974): pp. 609 onwards, and particularly pp. 630 onwards; for more on the earlier sale of offices, see also Mousnier (1945). From a legal point of view, see Perriquet (1884): N 487 and pp. 489 onwards, with reference to the jurisdiction of the *Conseil d'Etat* up until 1849. A definitive extension of this perspective was introduced by Daresté (1862) and Perriquet (1884).

3 The foundations had of course been laid by Bodin (1576) and Hobbes (1647). See also IV.A below.

4 Sheehan (1994): pp. 391 onwards.

Verwaltung – die Beziehungen zwischen dem Innen politischer Macht und dem Aussen nun vertikal, von Staat zu Unterworfenen, gedacht, ganz im Gegensatz zu einer Kooperation⁵ zwischen ebenbürtigen, gleichgerichteten Parteien.⁶ In extremis wurde diese Tendenz bereits sichtbar zum Beispiel im französischen Ancien Régime des 18. Jahrhunderts, als die Infrastrukturleistungen immer mehr durch Fronarbeit erbracht werden sollten⁷, oder bereits im Preussen der Jahrhundertwende vom 17. zum 18. Jahrhundert, als die Pächter von Staatsdominien als Beamte erfasst wurden und folglich dieses Rechtsverhältnis jegli-

internal and external political power became vertical, in that they originated from the state and flowed down to its subjects. A vertical flow of power, however, stood in direct contrast to the concept of cooperation⁵ between equal, aligned parties.⁶ Notwithstanding, this tendency became extremely apparent in the French “Ancien Régime” in the 18th century, at a time in which infrastructural works were more and more provided by forced labour,⁷ and also in Prussia at the turn of the 18th century, where the leaseholders of state dominions became civil servants, thereby removing any contractual

-
- 5 Der Begriff der Kooperation erschliesst sich in seiner Differenz zu einseitiger (Rechts-)Macht. Die Differenz von Kooperation und einseitiger Rechtsmacht wird heute in der Einheit der Handlungsform aufgehoben: vgl. jüngst die Untersuchung zum österreichischen Verwaltungsvertrag unter diesem Leitbegriff der Handlungsformenlehre: Eberhard (2005).
- 6 Diese Strukturveränderung wirkte nachhaltig, was sich zum Beispiel aus Bluntschli's Beschreibung der Zuständigkeit des Staates für Gemeindestrassen ablesen lässt: Diese waren in der Vergangenheit in aller Regel von Privaten unterhalten worden: „[Der Staat] kann sich auf die Oberaufsicht beschränken und den Gemeinden die nähere Sorge überlassen; aber er wird wohl thun, zu bestimmen und darüber zu wachen, dass diese Sorge in dem Geiste der öffentlichen Wohlfahrt wirklich geübt und nicht der Nachlässigkeit und der Arbeits- und Kostenscheu einzelner Privaten freier Spielraum verstattet werde.“: Bluntschli (1868), II: 430 f. Gedacht wird eine Arbeitsteilung allerdings nicht als vertragsmässige Kooperation: Der Staat könne zwar, so Bluntschli weiter, die Meinung Privater zum Unterhalt von Gemeindestrassen einholen, aber „[e]s soll nicht ein Rechtsstreit zwischen Parteien entschieden, sondern das Zweckmässigste von dem freien, alle Verhältnisse überschauenden und zunächst im öffentlichen Interesse würdigen Standpunkte des Stats aus gefunden und bestimmt werden“.
- 7 Hierzu pointiert der liberale Kritiker Tocqueville (1856): 282 ff.

-
- 5 The concept of cooperation can be ascertained by distinguishing it from unilateral (legal) authority. The difference between cooperation and unilateral legal authority has given way to the modern-day unified form of action: see recent investigations into the Austrian administrative contract under the key definition of the “doctrine of the form of action”: Eberhard (2005).
- 6 These structural changes have had a lasting effect, as exemplified by Bluntschli's description of the state's responsibility for communal roads. In the past, these had generally been maintained by private individuals: “[The State] can limit itself to a supervisory role and leave the actual care and maintenance to the local authorities; but it would do well to regulate and monitor the execution of this task to ensure that it is carried out in the spirit of public well-being, rather than in the neglectful manner of work-shy and cost-sensitive private individuals”: Bluntschli (1868), II: pp. 430–431. This division of work is not to be understood as contractual cooperation, however: the state could – as Bluntschli argues – obtain the opinion of private persons on the upkeep of communal roads, but “the decision to be made is not one in favour of particular parties to a lawsuit; the aim is rather to find and determine a state point of view that best fits the purpose, taking into account all eventualities, and first and foremost reflecting the public interest”.
- 7 Pointedly illustrated by the liberal critic Tocqueville (1856): pp. 282 onwards.

chen vertragsrechtlichen Gehalts entleert und der Beurteilung durch unabhängige Gerichte entzogen wurde.⁸

Dabei ist der Zusammenhang zur Konstituierung einer *selbstbezüglichen Sphäre politischer Macht* zu beachten, die sich zunehmend von der übrigen Gesellschaft abgrenzte und darauf drängte, ihre Rationalität nach eigenen Regeln auszubilden – ohne grosse Rücksicht auf die übrige Gesellschaft im Allgemeinen und ohne Koppelung zur Rationalität unabhängiger Gerichte im Besonderen.⁹

Da allerdings auch ein im Staat radikal selbstbezüglich konstituiertes Kommunikationssystem der Macht – wie in der Folge zu erläutern ist – nicht ohne stabile Leistungen anderer gesellschaftlicher Bereiche auskommt, konnte eine Kontaktstelle von Politik und gesellschaftlicher Umwelt in den Fokus des Rechts und der Rechtswissenschaft gelangen, an welcher die Politik an die Ressource Mensch¹⁰ anschliesst: die Bestellung zum Staatsdienst.

content from their legal relationship with the state and removing them from the jurisdiction of independent courts.⁸

In this connection it is necessary to investigate the context of the constitution of a *self-referential sphere of political power*, which increasingly distanced itself from the rest of society and strongly developed its own rationality according to its own rules, with no great heed for the remainder of society in general, nor any coupling to the rationality of independent jurisdictions in particular.⁹

However, even where constituted within a state in a radically self-referencing form, no power communication system can exist without the stable provision of services from other areas of society – as will be explained in the following – and thus a point of contact arose between politics and social environment in the focus of law and legal theory at the intersection between politics and “humans” as a resource:¹⁰ appointments to government service.

8 Siehe hierzu Nicolai (1802): 209 ff. Zum Ganzen auch Sheehan (1994): 405 f.

9 In Frankreich erschien dieses Phänomen eng mit jenem der Zentralisierung verknüpft. Alexis de Tocqueville (1805–1859) schrieb zur Zentralisierung unter dem Ancien Régime: „... un corps unique, et placé au centre du royaume, qui réglemente l’administration publique dans tout le pays; le même ministre dirigeant presque toutes les affaires intérieures; dans chaque province, un seul agent qui en conduit tout le détail; point de corps administratifs secondaires ou des corps qui ne peuvent agir sans qu’on les autorise d’abord à se mouvoir; des tribunaux exceptionnels qui jugent les affaires où l’administration est intéressée et couvrent tous ses agents. Qu’est ceci, sinon la centralisation que nous connaissons?“. Tocqueville (1856): 128. In Deutschland setzte sich diese Tendenz der Abschottung und Radikalisierung politischer Macht auf der Ebene der Länder gegenüber den entgegenstehenden Reichsstrukturen durch: siehe die prägnanten Zusammenfassungen bei Stolleis (1988): 403 f. und Sheehan (1994): 391 ff.

8 See Nicolai (1802): pp. 209 onwards. On the entire concept, see Sheehan (1994): pp. 405–406.

9 This phenomenon appeared in France in imminent connection with centralisation. Alexis de Tocqueville (1805–1859) commented on the centralisation under the *Ancien Régime* as follows: “... un corps unique, et placé au centre du royaume, qui réglemente l’administration publique dans tout le pays; le même ministre dirigeant presque toutes les affaires intérieures; dans chaque province, un seul agent qui en conduit tout le détail; point de corps administratifs secondaires ou des corps qui ne peuvent agir sans qu’on les autorise d’abord à se mouvoir; des tribunaux exceptionnels qui jugent les affaires où l’administration est intéressée et couvrent tous ses agents. Qu’est ceci, sinon la centralisation que nous connaissons?“. Tocqueville (1856): 128. In Germany this tendency towards the dividing off and radicalising of political power at local (*Land*) level succeeded against the opposing structures of the German Reich: see succinct summaries in Stolleis (1988): pp. 403–404 and Sheehan (1994): pp. 391 onwards.

Weitet man den Blick auf die *'histoire de longue durée'* des Rechts vom 17. Jahrhundert bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts, so ist zu beobachten, *wie der Vertrag zwischen Staat und Privaten im Allgemeinen und der Vertrag mit Staatsdienern im Speziellen mit der sich vertiefenden und für den kontinentalen Raum so typischen Trennung von öffentlich und privat respektive öffentlichem Recht und Privatrecht*¹¹ *zwischen Stuhl und Bank geriet*, d. h. weder im einen noch im anderen sich ausdifferenzierenden Rechtsbereich Aufnahme fand. Für Deutschland lässt sich dies anhand der Evolution der Staats- und Rechtstheorien nachvollziehen – insbesondere von Justi über Gönner zu Hegel und zahlreichen anderen Rechtswissenschaftlern des 19. Jahrhunderts.¹²

Dass Verträge zwischen Staat und Privaten in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts aus dem Recht richtiggehend verdrängt wurden, zeigt sich primär durch ihre *Absenz in der juristischen Lehre und weitgehend auch in der Rechtsprechung*.¹³ Damit soll freilich nicht

If our view is extended to the *"histoire de longue durée"* of law in the 17th century through to the middle of the 19th century, it is possible to observe that *contractual agreements between the state and private persons in general and contractual agreements with civil servants in particular were accepted into neither of the self-differentiating realms of public and private law*¹¹, as both categories of law, like the public and private spheres themselves, typically demonstrated a deep separation in continental Europe. This can be seen in Germany through the evolution of state and legal theories, particularly in the works of Justi, then Gönner, through to Hegel and numerous other legal theorists of the 19th century.¹²

The fact that contractual agreements concluded between the state and individuals were largely driven from law in the second half of the 18th century through to the middle of the 19th century is shown primarily by their *absence from legal teachings and also, to a large extent, from jurisdiction*.¹³ This is of

10 Otto Mayer benutzte in diesem Zusammenhang den Ausdruck „Menschenmaterial“: Mayer (1895/96), I: 38 ff.
 11 Die Trennung datiert Stolleis mit Gustav Hugo (1764–1844) auf die Mitte des 18. Jahrhunderts: Stolleis (1996): 55.
 12 Justi (1760a), II: 464 ff.; Gönner (1808): 56; Hegel (1820): § 268 und 294. Eine ähnliche Situation, wenn auch in bedeutendem Mass durch die Ereignisse der wechselnden Revolutionen geprägt, zeigt sich in Frankreich, wo etwa Adolphe Chauveau (1802–1869) in seinem bedeutenden Werk zum Verwaltungsrecht (1841–44) feststellte, dass infolge der revolutionären Umbildungen der Institutionen sich ausserhalb des *acte administrative* keine stabilen Rechtsformen zur Erfassung von kooperativen Beziehungen zwischen Staat und Privaten mehr fänden: Chauveau (1841–44): N 411 und Anm. zu N 406–408.
 13 Eine meines Wissens singuläre Ausnahme ist Mohl (1831): 188 und 192, N 5, m. w. H. auf die gegenteilige herrschende Meinung seit Gönner.

10 Otto Mayer used the expression “human material (*“Menschenmaterial”*)” in this connection: Mayer (1856/96), I: pp. 38 onwards.
 11 Together with Gustav Hugo (1764–1844), Stolleis has dated this separation to around the middle of the 18th century: Stolleis (1996): p. 55.
 12 Justi (1760a), II: pp. 464 onwards; Gönner (1808): p 56; Hegel (1820): § 268 and 294. A similar situation, albeit substantially influenced by the events of changing revolutions, is demonstrated in France, where for example, Adolphe Chauveau (1802–1869) discovered in his significant work on administrative law that, following the revolutionary restructuring of institutions governed by provisions outside the *“acte administratif”*, no stable legal forms existed under which cooperative relations between the state and private individuals could be defined: Chauveau (1841–44): N 411 and comment on N 406–408.
 13 The one exception – to my knowledge – is Mohl (1831): p. 188, p. 192, N 5, with further reference to the dominant opinion to the contrary that had existed since Gönner.

behauptet werden, diese Verträge hätten überhaupt nicht mehr, in keinem wissenschaftlichen Werk, in keinem Gerichtsentcheid und in keinem der vielen Gesetzbücher, existiert. Wenn aber die zentralen Instanzen der Lehre den Vertrag zwischen Staat und Privaten nicht mehr als Rechtsform aufführen, so deutet dies darauf hin, dass die entsprechenden Selektionen, als Selektionen der Vergangenheit, unter veränderten Umständen nicht mehr aktualisiert wurden und ihnen somit die weitere Restabilisierung versagt blieb.

Das Verschwinden dieser Verträge zwischen Staat und Privaten zu Beginn des 19. Jahrhunderts *steht somit in einem eigentümlichen Gegensatz zu den heute allorts bahnbrechenden Kooperationen zwischen Staat und Privaten*, deren rechtliche Erfassung erstaunlich grosse Mühe bereitet – sei es in Bezug auf die Rechtsstellung des Staatsdienstes,¹⁴ sei es in Bezug auf die für die Politik relevanten Leistungen der Wirtschaft¹⁵ oder ganz allgemein in Bezug auf Verträge, mit welchen die Politik den Zugang zu einer

course not to say that such agreements altogether disappeared from scientific literature, court rulings or the many statute books. If, however, the central pillars of formal legal doctrine no longer expressly consider contractual agreements between the state and private persons to be a legal form in their own right, this indicates that the respective selections, as selections of the past, have not been updated to account for changing circumstances, thereby denying these concepts any hope of further re-stabilisation.

The disappearance of such contractual agreements between the state and private persons at the beginning of the 19th century *therefore stands in peculiar opposition to the innovative instances of cooperation between the state and private persons ubiquitously found today*. Such forms of cooperation are turning out to be surprisingly difficult to place into any legal category, whether in relation to the legal position of government service itself,¹⁴ or in relation to the services that are provided by the economy, either with regard to politics¹⁵ or generally in relation to the con-

14 Jüngst treten hierbei auch der Sicherheitsdienst im Allgemeinen und der Kriegs- und Solddienst im Speziellen in prägnanter Weise in den Brennpunkt der Aufmerksamkeit, wobei sich – wie bereits zum Ende des 18. Jahrhunderts – die Frage stellt, in welchem Mass und in welcher Weise dieses Verhältnis rechtlicher Stabilität bedarf: hierzu jüngst pointiert aus Sicht der amerikanischen Reservisten: Musheno/Ross (2008); des Weiteren zu diesem Thema Brayton (2002); Michaels (2004); Fisk/Carrell (2004); Whyte (2005). Auch in der Schweiz etwa brechen diese Kooperationsformen Bahn: Vgl. den Bericht des Bundesrats zu den privaten Sicherheits- und Militärfirmen vom 2. Dezember 2005, BBl. 2006 II 623. Zu diesem Thema Gamma (2000); Kälin/Lienhard/Wytenbach/Baldegger (2007).

15 Auf diese Optik beschränkt sich im Grossen und Ganzen die aktuelle rechtliche Diskussion. Vgl. unter vielen: Freeman (1999; 2003; 2000). Siehe hierzu meine Ausführungen in Abegg (2006), m.w.H.

14 Recently, the security forces in general and military and mercenary service in particular have become poignant topics of public debate, raising the question – as at the end of the 18th century – of to what extent and in what way this relationship actually requires legal stability: recent, pointed commentary on this from the viewpoint of American reservists: Musheno/Ross (2008); see also Brayton (2002); Michaels (2004); Fisk/Carrell (2004), Whyte (2005). Switzerland is now experiencing these types of cooperation as well: see the Federal Council's report on private security and military firms of 2 December 2005 BBl. 2006 II 623. See on this Gamma (2000); Kälin/Lienhard/Wytenbach/Baldegger (2007).

15 Current legal discussions revolve mainly around this perspective. See, amongst others, Freeman (1999; 2003; 2000). See also my comments in Abegg (2006), with further references.

Gesellschaft sucht, die sie gestalten will, ohne aber über das notwendige Wissen über eben diese Gesellschaft zu verfügen.¹⁶

Um also diese Verbannung der Verträge zwischen Staat und Privaten zu deuten, sind im Folgenden nicht nur die rechtsdogmatischen Darstellungen der Lehre in jener Zeit der Umbrüche und Revolutionen zu untersuchen, sondern auch die damit in Wechselwirkung stehenden Elemente in *Staats- und Gesellschaftstheorien einerseits und die institutionellen Strukturänderungen andererseits*. Für die Evolution des kontinentalen Rechts und dessen Differenz zum angelsächsischen Recht ist hiermit eine spezifische historische Konstellation angesprochen, in welcher sich nicht nur die Ausformung des modernen Rechts und insbesondere die für den Kontinent typische Ausformung der Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht manifestierten, sondern sich in diesen Veränderungen der Rechtsstruktur auch die Ausdifferenzierung der Gesellschaft in verschiedene unabhängige Bereiche spiegelte.

Zuweilen wird insinuiert, die Veränderungen in der Konzeption der Vertragslehre des 19. Jahrhunderts hätten ihren Grund in der wirtschaftlichen Entwicklung hin zur Marktwirtschaft. Und dem wird wiederum entgegengehalten, die zentralen Ursachen und Gründe, die zur modernen Vertragslehre geführt hätten, seien vielmehr ideengeschichtlich inspiriert gewesen.¹⁷ Eine *evolutionstheoretisch angeleitete Rekonstruktion* vermeidet in dieser Situation eine monokausale Sicht mit dem Konzept der Koevolution. In der Folge sollen Irritationen von ausdifferenzierten Diskursen in der Rechtsumwelt

tracts through which politics seeks access to a society that it wishes to shape, without however being in possession of the necessary knowledge about such a society.¹⁶

In the following, the banishment of contractual agreements between the state and private persons will be discussed. Analysis will be made not just of the doctrinal presentations of legal theory during this time of transformation and revolution, but also of the reciprocally acting elements in *theories of state and society on the one hand and the institutional structural changes on the other*. A specific historical constellation will be used to demonstrate the evolution of continental European law and the way in which it differs from Anglo-Saxon law: this will show not only the shaping of modern law, where the typical separation of public and private law in continental European law is manifested, but will also, in these changes in the legal structure, reflect the differentiation of society into various independent areas.

It has, at times, been insinuated that the changes made to the conception of contractual doctrine as known during the 19th century were the result of economic developments towards a market economy. Other arguments against this view state that the central causes and reasons leading to the modern doctrine of contract were instead inspired by the history of ideas.¹⁷ *Reconstruction driven by a theory of evolution* avoids a mono-causal view in this situation by applying the concept of co-evolution. Thus irritations resulting from diverging discourses in the legal environment are to be identified

16 Angesprochen sind damit jene neuartigen Verträge im Sozialbereich etwa mit renitenten Jugendlichen in den französischen Vorstädten oder mit Sozialhilfebezüglern: hierzu aus rechtlicher Sicht unter anderem Åkerström Andersen (2004); Vincent-Jones (2005).

17 Zu dieser Diskussion siehe unter anderen Gordley (1991; 1998); Rückert (2003).

16 I refer to those new types of contractual agreement that are concluded in certain social areas with e.g. rebellious youths in the French suburbs, or with social assistance recipients: see from a legal point of view inter alia Åkerström Andersen (2004); Vincent-Jones (2005).

17 For more on this debate, see inter alia Gordley (1991; 1998); Rückert (2003).

identifiziert werden sowie die wechselseitigen Bezüge zwischen diesen Umweltirritationen und den rechtsinternen Aktualisierungen (oder Nichtaktualisierungen) untersucht werden. In diesem Sinne sind zunächst jene inneren und äusseren Kontextbedingungen zu betrachten, die die Aktualisierung der untersuchten Rechtsformen antrieben: Das sind zum Ersten die Verschiebungen innerhalb des Rechts vom Eigentum zum Vertrag (nachfolgend II) und zum Zweiten die Veränderungen in der modernen Vertragslehre und dabei insbesondere in der Willentheorie (nachfolgend III). Zum Dritten sind schliesslich die neuen Institutionen der Macht und ihr Verhältnis zur Gerichtsbarkeit in Bezug zu setzen mit dem Diskurs der deutschen Rechtswissenschaft im 18. Jahrhundert zum Verwaltungsvertrag (nachfolgend IV).

II. Wechsel von Eigentum zu Vertrag

Bis weit ins 18. Jahrhundert wurde der Staatsdienst in der deutschen Rechtswissenschaft als Teil jenes Rechtskorpus verstanden, den man heute als Privatrecht identifiziert. Freilich ist Vorsicht angebracht, wenn das Recht jener Zeit mit den heutigen Kategorien und der Differenz privat versus öffentlich angegangen wird. Charakteristisch für die Zeit vom 16. bis zum 18. Jahrhundert ist gerade, dass sich die Grenzen zwischen privat und öffentlich im Recht ausbildeten, was sich in besonderer Deutlichkeit an der wissenschaftlichen Bearbeitung der Bestellung zum Staatsdienst im deutschen Recht sowie an den institutionellen Verschiebungen der gerichtlichen Zuständigkeit für Kooperationen zwischen Staat und Privaten in besonders deutlicher Weise zeigt.

Ein Beispiel dafür, wie zu Beginn der sich stetig radikalierenden Trennung von privat und öffentlich der *Staatsdienst* begriffen wurde, gibt Ludwig von Seckendorff (1626–1692) in seinem Werk *“Teutscher Fürstenstaat”* von 1656. Das Werk richtet sich nicht auf die systematische Erfassung von

and the reciprocal references investigated between these environmental irritations and internal legal revisions (or non-revisions). Accordingly, we initially have to take a look at the inner and outer contextual requirements that drive the updating of the legal forms under investigation: these are, first, the shifts within the law from ownership to contract (see below: II) and, second, the changes in modern contractual doctrine and, in particular, changes with regard to the theory of intent (see below: III). Thirdly and finally, the new institutions of power and their relationship with the judiciary has to be set in relation to the discourse in German law on administrative agreements in the 18th century (see below: IV).

II. The Change from Ownership to Contract

Until late into the 18th century, German law perceived government service as part of the legal corpus that is now defined as private law. Of course, due care is required when approaching the law of that time using today's categories and methods of distinguishing between private and public law. The period from the 16th through to the 18th centuries was strongly characterised by the creation of boundaries between private and public law, which was especially evident in the theoretical analyses of the process of appointing individuals to public office as a process of German law. It was also evident from the institutional shifts in court responsibilities for ruling over forms of cooperation between the state and private persons.

A good example of how the constantly radicalising separation of private and public law in *government service* was generally perceived can be found in Ludwig von Seckendorff's (1626–1692) work *“Teutscher Fürstenstaat”* (“German Princely State”) of 1656. His work was not directed at systematically

Recht aus, sondern gibt primär Anleitung dazu, wie ein „Staat“ zu regieren sei¹⁸, das heisst, wie konkret mit instrumentell eingesetztem Polizeirecht die Ausstände nach den auf dem Kontinent tobenden Religionswirren zu beheben seien und wie auf die als zunehmend komplex wahrgenommenen gesellschaftlichen Verhältnisse zu reagieren sei.¹⁹ Zum Ausdruck kommt in dieser Frage zugleich der Wechsel in der Leitdarstellung des Herrschers hin zu jener des modernen Staates: vom Richter zum Landesvater,²⁰ denn allein mit der traditionellen Rolle des Herrschers als durch Gott legitimierter oberster Richter und mit der Herrschaftsstruktur des Lehensrechts konnten diese Anforderungen nicht bewältigt werden. Neben der bisherigen *Funktion der Herrschaft* als Garant von Gerichtsbarkeit und Justiz ging es somit nun um zweierlei:

- Erstens sollte zunehmend der von der direkten Legitimation durch Gott abgelöste fürstliche Machtapparat aufgebaut und stabilisiert werden. Notabene kamen also *ein eminent mit dem neuen Begriff des Staates verbundenes Recht* und (wie sich sogleich zeigen wird) der Vertrag just dann als gesellschaftsverfassende Kräfte ins Spiel, als der Anspruch der Religion, die Gesellschaft in ihren

summarising the law at that time, but was intended primarily to provide direction on how a “state” should be run.¹⁸ He investigated how the labour disturbances following religious strife on the continent could be alleviated using strategically implemented police law. He also elaborated on the reactions that were necessary in response to social conditions he perceived as becoming more and more complex.¹⁹ This last issue also demonstrated the change in the then-current portrayal of sovereignty into that of the modern state: from judge to father of the land,²⁰ as such demands could not be met solely through the traditional role of the sovereign as supreme judge, legitimised by God, and through the leadership structure of the law of fiefdom. Apart from the *sovereign's function* up to this time as the guarantor of jurisdiction and justice, this raised two further issues:

- Firstly, the princely apparatus of power that was not directly legitimised by God was to be progressively built up and stabilised. It must be noted that at this time a form of law, *eminently connected with the new concept of “state”* and (as will be shown in the following) the contractual agreement appeared as socially consensualising powers, as the claim of religion to assume and unify society in all its

18 Kameralismus verstand sich mehr als Administrationspraxis denn als ökonomische Wissenschaft: Siehe hierzu bereits Small (1909). Allerdings wurde die Kameralistik zunehmend an ihren Ergebnissen gemessen. Insofern zeigt sich doch ein Konnex und ein Übergang zur Wissenschaft, wenn auch mehr der politischen als der ökonomischen Wissenschaft: Wakefield (2005): 313 ff. Jüngst ausführlich zu Seckendorff: Backhaus (2005).

19 Stolleis bezeichnet dieses Werk als Beispiel frühabsolutistischer Landesverwaltung, deren Aufgaben quer durch die heute geläufigen Schemata der Gewaltenteilung gingen: Stolleis (1988): 352 f.

20 Stolleis (1988): 368; zum Entstehungskontext des modernen Staates siehe Harding (2002).

18 Cameralism saw itself as more of an administrative practice than an economic science: see Small (1909). However, cameralism was increasingly measured by its results. To this extent a connection with and transition towards science is evident, even if it is more of a political than an economic science: Wakefield (2005): pp. 313 onwards. Recent, comprehensive comment on Seckendorff: Backhaus (2005).

19 Stolleis describes this work as an example of early absolutist communal administration, whose tasks cut across today's familiar scheme of the separation of powers: Stolleis (1988); pp. 352–353.

20 Stolleis (1988): p. 368; on the context of creation of the modern state, see Harding (2002).

Divergenzen in sich aufzunehmen und zu einigen, nicht nur fehlschlug, sondern sich in besonderem Mass auch als Quelle gesellschaftlicher Divergenzen erwies – notabene auf dem Kontinent und vor allem in Frankreich, weniger aber in England, das sich aus den Religionswirren weitgehend herauszuhalten wusste²¹. Hier zeigt sich denn auch bereits, dass – um die Rolle des Vertrags in Herrschaftsbeziehungen zu verstehen – über den (heute vor allem Redundanz erzeugenden) Begriff des Staates hinaus auf die Legitimation von Machtausübung zurückgegriffen werden muss, die mit Bodin insbesondere für den Kontinent folgenreiche Aktualisierung erfuhr.²² Der Begriff Legitimation ist allerdings ein schwieriger und ähnlich schillernder Begriff wie jener des Staates. Die Theorien zur Legitimation sind sich immerhin in der Regel darin einig, dass die Legitimität einer obrigkeitlichen Gewalt ein Element des Unverfügbaren in der Ordnung dieser Gewalt enthält. Dieses Moment des Unverfügbaren kann, aber muss nicht, in struktureller Kopplung mit dem Recht geleistet werden. Für das Recht wiederum signalisiert die Frage nach Legitimation einen Stabilisierungsbedarf politischer Kommunikation, wobei allerdings aus einer politischen

various forms not only failed, but itself turned out to be a source of certain social divergences, notably on the continent and above all in France. It was less the case in Britain, which was largely able to distance itself from the religious upheavals.²¹ In order to understand the role played by contracts in sovereignty relationships at this stage, it is already apparent that, in addition to the nowadays redundant definition of the state, it is necessary to examine how the exercise of power was legitimated. This debate was driven especially by Bodin in continental Europe.²² The concept of legitimation, however, is a difficult one, almost as elusive as that of the definition of the state. Theories on legitimation nevertheless generally agree that the legitimacy of an authoritative power has to contain an element of “indisposability” in the order of its power. This moment of indisposability can be, but does not have to be, structurally coupled to law. For law, in turn, the demand for legitimation signals that political communication requires stabilisation, although law also requires legitimation from a political perspective to the extent that it relies on the coercive monopoly of the state.²³

21 Grundlegend: Bodin (1576). Die Entkoppelung von göttlicher Legitimation und Herrschaftsausübung beginnt letztlich dort, wo dem Monarchen eine durch Ratio angeleitete Souveränität auf Erden übertragen wird. Hierzu Forstthoff (1971): 11 ff. Zum angetönten Unterschied zu England siehe Grimm (1987a): 56 f.

22 Zum Legitimationsbegriff in der Neuzeit grundlegend: Weber (1921–1925/1980): 549; Blumenberg (1966). Der Begriff des Staates kann in dieser Perspektive als Selbstbeschreibung des politischen Systems verstanden werden, um die Legitimationsfrage, d. h. die Bewältigung der Kontingenz des Politischen, einer Lösung zuzuführen.

21 Fundamental here is Bodin (1576). The decoupling of divine legitimation from the exercise of sovereignty begins where the monarch is bestowed with sovereignty on earth that is directed by reason (*ratio*). For more detail, see Forstthoff (1971): pp. 11 onwards. See Grimm (1987a): pp. 56–57 for more on the differences mentioned with England.

22 On the definition of legitimation since the Middle Ages more generally, see: Weber (1921–1925/1980): p. 549; Blumenberg (1966). From this perspective, the concept of the state can be understood as a self-description on the part of the political system in order to provide a solution to the question of legitimation, i.e. how to overcome the contingency of the political.

Beobachtungsperspektive auch Recht insofern der Legitimation bedarf, als es sich auf das Zwangsmonopol des Staates verlässt.²³

- Zweitens ging es um die *Übertragung der Aufgabe, die Differenzen der Gesellschaft still zu stellen, auf die Politik*; es ging um die Errichtung guter Ordnung und Gesetze durch diesen Machtapparat, um die Gesellschaft zu befrieden und zu allgemeiner Wohlfahrt zu führen. Insofern steht Seckendorff in einer Linie mit den Werken von Machiavelli²⁴ und Hobbes²⁵. Die frühneuzeitlichen Territorialstaaten sahen aufgrund wachsender Komplexität ihre Aufgabe unter anderem darin, ihr Recht zu vereinheitlichen. Dieses war bislang als Zivilrecht auf römischer Grundlage mit Naturrecht ausformuliert worden, wobei grosse Unterschiede entstanden je nach der Dominanz von Gerichtspraxis, Gesetzgeber oder Universitätslehre. Zumeist ging es ab dem 16. Jahrhundert konkret darum, die auf Kirche, Grundeigentümer etc. zersplitterte Gerichtsbarkeit als einzige Art der Lokalverwaltung unter staatliche Kontrolle zu bekommen. Je mehr dies gelang, desto mehr deckten sich die Begriffe von politischer Macht (als Fähigkeit, Gehorsam zu erhalten) und Rechtsmacht in der Souveränität als hoheitliche Gewalt.²⁶ Die von Gott zunehmend abgelöste Machtausübung war nun in dem Sinne legitimiert, als sie sich auf Einheit und Wohlstand der

- The second issue was how to transfer to politics the task of calming differences in society. It was about creating good order and laws using this apparatus of power in order to pacify society and lead to its general well-being. Thus far, Seckendorff is consistent with Machiavelli²⁴ and Hobbes²⁵. Due to increasing complexity, early Modern Era territorial states felt amongst other things the need to unify their laws. Up to this time, their laws were civil laws based on Roman law and containing elements of natural justice. Substantial differences resulted from the particular elements emphasised in each case, i.e. jurisdiction, legislation or academic thought. From about the 16th century onwards, efforts tended to concentrate more on streamlining jurisdiction, which had previously been fragmented and applied by the church, landowners, etc., as a single form of local administration subject to state control. The more these efforts succeeded, the more the concepts of political power (as the ability to command obedience) and legal power started to converge in the sovereignty of supreme power.²⁶ The exercise of power, increasingly separated from the divine, was now legitimated in the sense that it was directed at securing social unity and affluence and could therefore no longer

23 Grundlegend Habermas (1992). So beschreibt denn bereits Twysden (1597–1672) die *lex terra* des Kapitels 39 der Magna Carta mit folgenden Worten: „Law of the land [means] nothing else but those immunities the subject hath ever enjoyed as his owne right ... they are allowed him by the law of the land, which the king alone can not at his owne will alter, and therefore can not take them from him ...“: Zitiert nach McIlwain (1939): 117.

24 Machiavelli (1537).

25 Hobbes (1647).

23 Fundamental here is Habermas (1992). Twysden (1597–1672) had described the *lex terra* in Chapter 39 of the Magna Carta in the following words: “Law of the land [means] nothing else but those immunities the subject hath ever enjoyed as his owne right... they are allowed him by the law of the land, which the king alone can not at his owne will alter, and therefore can not take them from him...“: quoted according to McIlwain (1939): p. 117.

24 Machiavelli (1527).

25 Hobbes (1647).

Gesellschaft richtete und folglich nicht einfach als willkürlich erscheinen musste. Damit nahm diese funktionelle Ausrichtung der modernen Politik auf Wohlstand eine Doppelrolle ein: Zugleich grenzte sie die Politik von der Gesellschaft ab und legitimierte die Politik.²⁷ In dieser Ausrichtung der zentralisierten Macht auf die Verwaltung der Gesellschaft kam nun den Beamten und der Verbeamtung eine zentrale Rolle zu, und mit den Formularen, wie sie von Seckendorff für die Verbeamtung aufgestellt wurden, war ein erster mehr praktischer als wissenschaftlich begründeter Schritt zur Professionalisierung und Hierarchisierung der Beamtenschaft getan. Entsprechend war etwa der Geheimrat unter Beachtung christlichen Lebens sowie Treue und Gehorsam gegen die Herrschaft sowie auf „fürgehende, reifliche Betrachtung seiner Geschicklichkeit und Qualitäten“ als Staatsdiener zu bestellen.²⁸ Der Fürst demgegenüber verpflichtete sich,

„[den Geheimrat in] seinem Ampt und Dienst und dazu erfordereten Respect und Ehrenstand gebührlich und mächtig zu schützen und ihn in seinem Beruff mit Gnaden und Fürstliche Hulden zu meinen und anzusehen, ... ihn ... von Kosten und Schäden zu entheben, darneben auch jährlich aus unser Fürstl. Rent-Cammers zu 4 Quartalen nachfolgende Besoldung als N.N. reichen zu lassen²⁹ ...“

appear as arbitrary. With this development, the functional direction of modern politics towards affluence assumed a dual role: separating politics from society whilst simultaneously legitimating politics.²⁷ In this context of centralised power directed at administrating society, civil servants and appointments to the civil service were given a central role: the forms that Seckendorff had drawn up for applicants to the civil service were a first (more practical than scientific) step towards the creation of a professional, hierarchical civil service. As an example, the privy councillor (*Geheimrat*) was to be appointed as a public servant, taking into account Christian values, loyalty and obedience towards the ruling powers, as well as “thoroughgoing and due contemplation of his skills and qualities”.²⁸ The prince, for his part, obliged himself:

“to mightily and properly protect [the privy councillor in] his office and service, and to bestow upon him all necessary respect and honour due, and to support him in his employment with mercy and pay princely tribute to him... to relieve him of expenses and damages and, in addition, to award him annually the following remuneration for four quarters as N.N. from our princely treasury...”²⁹

26 Zum Ganzen siehe das Koevolutionsmodell bei Luhmann (1993): 407 ff. Zum Verhältnis von Politik und Religion siehe Stolleis (1993): 11. Stolleis fasst die äusserst divergent verlaufenden Evolutionslinien der verschiedenen Staaten dahingegen zusammen, dass generell ab dem 16. Jahrhundert „eine sich immer stärker verweltlichende ‚Politik‘ die ‚Religion‘ zu überwältigen und zu steuern suchte.“

27 Luhmann (2002): 122 ff.

28 Seckendorff (1665): 656.

29 Seckendorff (1665): 680 f.

26 See Luhmann’s model of co-evolution (1993): pp. 407 onwards. For more on the relationship between politics and religion, see Stolleis (1993): p. 11. Stolleis however draws together the extremely divergent lines of evolution in various states, advocating that, generally speaking, from the 16th century onwards “an increasingly more secularised ‘Politics’ attempted to subdue and control ‘Religion’”.

27 Luhmann (2002): pp. 122 onwards.

28 Seckendorff (1665): p. 656.

29 Seckendorff (1665): pp. 680–681.

Dieses Zitat darf allerdings nicht dazu verführen, jene Zeit durch die heutige vertragsrechtliche Brille zu sehen. Eine *zweifache Relativierung* ist in diesem Sinne angezeigt:

- Zum Ersten ging es nicht primär um die Stabilisierung und Legitimierung der Herrschaft durch Recht. Mit der Ablösung der sich auf Lehensrecht berufenden Herrschaft standen als alternative Legitimationsformen – wie sich an der soeben aufgeführten Formel von Seckendorff zeigt – weniger ein neues *ius publicum* als vielmehr eine Kombination einer von Gott abgeleiteten Souveränität auf der einen und Staatsräson respektive Wissenschaftlichkeit der Verwaltung auf der anderen Seite im Vordergrund.³⁰ In der Tat ist für die Zeit des Kameralismus, von Seckendorff bis Justi (1720–1771),³¹ die Abnahme von Juristen im kameralistischen Dienst verzeichnet worden.³² Seckendorff lehnte denn auch Verträge mit Untertanen explizit ab, da es bereits an der Möglichkeit der Durchsetzung gegen die Mächtigeren mangle. Folglich sei das sicherste und festeste Band zwischen Obrigkeit und Unterthanen „... die Gottesfurcht und Tugend, samt der Liebe des gemeinen Herzens ... [welche] gleichwol den wahren unbeständigen eigenen Nutzen nach sich ziehet“.³³

This citation is not however intended to encourage us to look at the past from a current contractual law perspective. It must thus be relativised for two reasons:

- Firstly, it was not primarily about stabilising and legitimising sovereignty by means of law. With the detachment of the sovereignty that was formerly based on the law of fiefdom, alternative forms of legitimation came to the fore (as shown by Senkendorff’s formula above) that were less a new form of public law as a combination of sovereignty derived from God on the one hand, and *raison d’état*, or rather scientification of the administration, on the other.³⁰ Indeed, during the period of cameralism (from Senkendorff to Justi, 1720–1771)³¹, a decrease in the number of lawyers employed in the cameralistic service was noted.³² Senkendorff further explicitly rejected the conclusion of contracts with subjects, as there was no way of executing them vis-à-vis those who were more powerful. Consequently, the most secure bond possible between rulers and their subjects was: “...the fear of God and Virtue, and the love contained in the common heart... [which] nevertheless brings with it true, inconsistent, selfish benefit.”³³

30 Soeben Fn. 29; Stolleis (1990b); Stolleis (1996): 48 ff.

31 Zu Johann Gottlob von Justi siehe unten Fn. 105.

32 Wakefield (2005): 316. Justi stellt im Vorwort zu den Grundsätzen der Policenwissenschaft fest, dass es neben viel kameralistischer Literatur kaum schriftliche Abhandlungen zu den Policen gebe: Justi (1756/1782). Justi kritisierte in seinen Schriften auch die spezifische Ausprägung einer Bürokratie, in welcher die herangezüchteten kollektivistischen, durch Moral und Patriotismus gezeisselten Berufsmenschen vollständig unkritisch und unreflektiert ihre Arbeit in der Beamtenhierarchie verrichteten: Hierzu grundlegend Rosenberg (1958).

33 Seckendorff (1665), Additiones: 96.

30 See Fn. 28; Stolleis (1990b); Stolleis (1996): pp. 48 onwards.

31 For more on Johann Gottlob von Justi, see below: Fn. 105.

32 Wakefield (2005): p. 316. In his forward to the Foundations of Political Science, Justi discovers that only sparse literature on policy exists compared to the substantial volumes of cameralistic literature: Justi (1756/1782). In his writings, Justi criticises the specific feature of bureaucracies, the development of collectivistic professionals, bound by morality and patriotism, who carry out their functions in the civil service hierarchy with no trace of criticism or reflection: see more generally, Rosenberg (1958).

33 Seckendorff (1665), Additiones: p. 96.

- Zum Zweiten war das Rechtsverständnis jener Zeit *mehr mit Eigentum als mit Vertrag beschäftigt*.³⁴ Schon Baldus de Ubaldis (ca. 1327–1400) hatte in seinem Kommentar zum entsprechenden römischen Recht bemerkt, dass der Fürst Eigentümer des Amtes sei und dieses entsprechend den eigentumsrechtlichen Regeln jederzeit wieder zurückverlangen könne.³⁵ Aus rechtlicher Sicht bedeutete dies, dass Hoheitsrechte wie Vermögensrechte den gleichen Rechtsregeln unterstanden, etwa bezüglich Ausschliessungseffekten oder Vererblichkeit.³⁶ Der Eigentumsbegriff spiegelte damit die entsprechende 'soziale' Funktion der Rechtsform, nämlich Herrschaft analog zu Vermögen in einem mehr oder weniger ausgedehnten Territorium gegen innen und gegen aussen sowie in der Zeit zu stabilisieren.³⁷
- Secondly, the understanding of law at that time *was more concerned with the concept of ownership than with contracts*.³⁴ As Baldus de Ubaldis (c. 1327–1400) noted in his commentary on the corresponding Roman law, the prince owned the office and therefore had the right to reclaim it at any time according to the prevalent ownership regulations.³⁵ From a legal point of view, this meant that sovereign rights, such as rights over property, were subject to the same legal rules as for example those concerning disinheritances or inheritability.³⁶ The concept of ownership thus reflected the respective 'social' function of the legal form, i.e. the stabilising of sovereignty (in a similar way to property) in a more or less extended territory against internal and external forces, as well as over time.³⁷

Die Eigentumskonzeption wurde im deutschsprachigen Raum bis ins 17. und zum Teil auch noch im 18. Jahrhundert rezipiert, verlor aber viel von ihrer eigentumsbezogenen Stabilität und näherte sich mehr der Dynamik des Vertrages an. So deuteten etwa *Myler von Ehrenbach* (1610–1677) und *Böhmer* (1671–1732) den Staatsdienst als sogenanntes *Precarium*, mit welchem auf Verlangen Gebrauch und Genuss an einer

The concept of ownership was adopted in the German-speaking regions up to the late 17th and even into the early 18th centuries, although it lost much of the stability that resulted from its reliance on the concept of ownership as it moved more closely towards the dynamics of the contract. For instance, *Myler von Ehrenbach* (1610–1677) and *Böhmer* (1671–1732) term government service as a so-called "*precarium*", whereby

34 Hierzu m. w. H. Lieberman (1998).

35 „magistratus quoad materiam et formam sunt de jure civili et idcirco potest princeps eos ad libitum revocare.“: Baldus de Ubaldis (1400/2004) zu 1.7 Cod. de precibus imperatori offerendis et de quibus rebus supplicare liceat vel non (1,19); zum politischen Hintergrund von Baldus vgl. Canning (2003).

36 Schwab (1975): 68 f.

37 In diesem Punkt stimmen Bloch (1924) und Reynolds (1996) überein, wobei ersterer mehr die Beziehung von Herrscher und Krieger betont und letzterer das Bedürfnis der Kirche, ihre Ländereien abzusichern und effektiver zu nutzen, ins Zentrum stellt.

34 For more, see Lieberman (1998), with further references.

35 "*magistratus quo ad materiam et formam sunt de jure civili et idcirco potest princeps eos ad libitum revocare*“: Baldus de Ubaldis (1400/2004) on 1.7. *Cod. de precibus imperatori offerendis et de quibus rebus supplicare liceat vel non* (1,19); see Canning (2003) for more on Baldus' political background.

36 Schwab (1975): pp. 68–69.

37 Bloch (1924) and Reynolds (1996) agree on this point, although Bloch concentrates more on the relationship between sovereign and warriors, while Reynolds focuses on the necessity for the Church to secure and use its lands more effectively.

Sache übertragen werden, diese Sache im Grundsatz jedoch jederzeit zurückverlangt werden konnte³⁸.

Umstritten war vor dem Hintergrund der Professionalisierung der Bürokratie und der Souveränitätstheorie in der Tat vor allem, ob das Amt als Eigentum des Herrschers von diesem jederzeit wieder zurückgenommen werden könne oder nicht, ob also in Analogie zum kanonischen Recht das Amt auf Wohlgefallen (*beneficium*) oder auf Dauer (*perpetua*) übertragen werde.³⁹

Die Autoren des 18. Jahrhunderts erfassten die Bestellung zum Staatsdienst zwar weiterhin in den traditionellen Strukturen des *ius commune*, jedoch wechselte der Fokus nun von Eigentum, das von seinen politischen Bezügen befreit wurde,⁴⁰ endgültig auf Vertrag⁴¹. Diese Verschiebung lief offensichtlich parallel zum allmählichen Abbau von politischen Herrschaftsrechten und Privilegien ausserhalb der Verwaltung.⁴² Strittig war nun primär der Vertragstypus: *Mandatum*, *locatio conductio operarum* oder ein Drittes.

the use and enjoyment of property could be transferred upon request, but the owner of the property was generally able to reclaim it at any time.³⁸

In the light of the professionalising of the bureaucracy and the theory of sovereignty, it was in fact a subject of particular debate as to whether or not an office could be seen as the property of the sovereign, who had the option to reclaim it at any time; or whether (drawing an analogy with canon law) the office was bestowed at the owner's pleasure (*beneficium*) or for perpetuity (*perpetua*).³⁹

18th century authors continued to portray public service appointments using the traditional structures of *ius commune*, even though the focus was now definitively changing from a form of ownership, freed of its political references,⁴⁰ to the contract⁴¹. This shift obviously happened in parallel to the gradual diminution of the political rights of sovereignty and privileges enjoyed outside the administrative sphere.⁴² The debate then turned mainly to the type of contract: *mandatum*, *locatio conductio operarum* or a different type altogether.

38 Myler von Ehrenbach (1678); Böhmer (1710/1726). Die Schrift von Myler von Ehrenbach stellt mit ihrem starken Bezug auf Rechtsfragen eine Ausnahme jener Zeit dar, die die „Beamtenethik“ als Problem der praktischen Philosophie wahrnahm: Stolleis (1988): 364 f.

39 Mit Verweisen auf die ausländische Lehre siehe vor allem Klock (1649–1650), Band 1, Consilium 32; ähnlich Myler von Ehrenbach (1678), III § 29 n.84, vgl. auch §§ 2 und 32.

40 Schwab (1975): 78; siehe soeben Fn. 38 und 39.

41 Zahn/Zahn (1713); Wolff (1754); Wolff (1748/1968); Neumann (1751); Malacord (1788); *locus classicus* zur Theorie dieses Wechsels ist insbesondere Maine (1861): 113 ff.

42 Siehe die ausführlichen Nachweise bei Schwab (1975): 99 ff. zur Entkopplung von Herrschaft als politischer Macht und Eigentum.

38 Myler von Ehrenbach (1678); Böhmer (1710/1726). The writings of Myler von Ehrenbach exemplify an exception in their time, with strong references to legal questions that perceived “civil service ethics” to be more of an issue of practical philosophy: Stolleis (1988): pp. 364–365.

39 With references to foreign teachings, see especially Klock (1649–1650), Volume 1, Consilium 32; similarly also Myler von Ehrenbach (1678), III § 29 n. 84, as well as §§ 2 and 32.

40 Schwab (1975): 78; see also Fn. 38 and 39.

41 Zahn/Zahn (1713); Wolff (1754); Wolff (1748/1968); Neumann (1751); Malacord (1788); the *locus classicus* on the theory of this change is, in particular, Maine (1861): pp. 113 onwards.

42 See the extensive proof in Schwab (1975): pp. 99 onwards, on the decoupling of sovereignty from political power and ownership.

Allerdings zeigt sich bereits bei diesen Autoren des 18. Jahrhunderts, was sich schon bei Seckendorff wie gesehen angekündigt hatte: dass nämlich eine solche vertragliche Konzeption *zunehmenden Spannungen* ausgesetzt wurde, die schliesslich zu einer Verlagerung des Gegenstandes aus dem Privatrecht heraus und zu seiner Verbannung aus dem Recht führten. Darauf ist nun genauer einzugehen.

III. Die moderne Willenstheorie und die Emergenz des Binnenmarkts als gesellschaftliche Institution

A. Aktualisierungen in der philosophischen Willenstheorie

Bis ins 18. Jahrhundert konstituierte sich der privatrechtliche Vertrag primär anhand der *aristotelischen Unterscheidung von distributiver (austeilender) Gerechtigkeit und kommutativer (ausgleichender) Gerechtigkeit*.⁴³ Ihren Ausdruck als Rechtsprinzip fand diese Konzeption unter anderem in der *Willenstheorie*.⁴⁴

Während nun im 18. Jahrhundert der Fokus von Eigentum zu Vertrag wechselte, veränderte sich auch die Willenstheorie – zwar nicht in ihren Grundfesten, aber doch in einem zentralen Detail: Die *spanischen Spätscholasten* hatten ebenso wie die nördlichen Naturrechtler *Grotius (1583–1645)* und *Pufendorf (1632–1694)* noch die aristotelische Willenstheorie rezipiert. Nach diesen Autoren wurde ein Vertrag entweder als Schenkung qualifiziert, was sich entsprechend im Willen des Schenkers manifestieren musste, oder es lag – wenn keine Schenkung festgestellt werden konnte – ein Austauschvertrag vor, dessen Leistung und Gegenleistung äquivalent zu sein hatten. Diese Äquivalenz

However, these same 18th century authors neatly demonstrated what Seckendorff had previously prophesied: namely, that such contractual conceptions would be met with *increasing tensions*, which would ultimately lead to the removal of the contractual object from private law and lead to its banishment from law altogether. This aspect will be investigated more closely in the following.

III. The Modern Theory of Intent and the Emergence of the Domestic Market as a Social Institution

A. Contemporary Developments in the Philosophical Theory of Intent

Until well into the 18th century, private law contracts were mainly constituted using the *Aristotelian distinction between distributive justice and commutative (equalising) justice*.⁴³ The expression of this concept as a legal principle can be found *inter alia* in the *theory of intent*.⁴⁴

In correlation with the change of focus from ownership to contract in the 18th century, the theory of intent was also changing. Although its foundations remained the same, one central detail was affected: *late Spanish scholars* and the northern natural legal theorists *Grotius (1583–1645)* and *Pufendorf (1632–1694)* had absorbed the Aristotelian theory of intent. According to them, contracts qualified either as gifts, which had to be manifested in the intention of the donor, or as an exchange, where no presumption of gift could be identified and in lieu of which the consideration given by both parties had to be equal. In the sense of Aristotelian commutative justice, this equal-

43 Grundlegend ist Aristoteles (2003): III-V. Hierzu und insbesondere zur Zuordnung der kommutativen Gerechtigkeit zum Vertrag und der distributiven Gerechtigkeit zur Herrschaft siehe Schröder/Michaels (2007): 390 f., m. w. H.

44 Hierzu m. w. H. Gordley (1991).

43 Aristotle (2009): III-V is fundamental here. For more, especially with regard to the attribution of commutative justice to contracts and distributive justice to sovereignty, see Schröder/Michaels (2007): pp. 390–391.

44 See Gordley (1991).

wurde im Sinne der aristotelischen kommutativen Gerechtigkeit nicht allein als wirtschaftliche, sondern auch als politische Austauschgerechtigkeit verstanden; die Theorie basierte auf der Überlegung, dass menschlichen Notwendigkeiten unterschiedliche Wichtigkeit zukomme, worüber die Gemeinschaft zu wachen habe. Die kommutative Gerechtigkeit der Transaktion ergab sich also aus einer Kombination von wirtschaftlicher Perspektive, sozialer Perspektive und Vertragszweck heraus.⁴⁵ Damit unterscheidet sich diese sozialethische Sicht auf das Leistungsgleichgewicht massgeblich von einer wirtschaftlichen Sicht, die definitiv im Laufe des 19. Jahrhunderts Einzug hielt und im 20. Jahrhundert mit den ordoliberalen Theorien in Deutschland oder der Economic Analysis of Law in den USA sowohl ein ökonomisch-wissenschaftliches wie auch ein gesellschaftstheoretisches Fundament fand.⁴⁶

ity was understood not only as economic justice, but also as a political justice of exchange. The theory was based on the idea that human necessities were of unequal worth, something that the community was responsible for safeguarding. The commutative justice of the transaction therefore resulted from a combination of economic and social perspectives and the intentions behind the transaction.⁴⁵ As such, this socio-ethical view of the equality of consideration diverged substantially from the economic view that can be found in 19th century law, creating, with the ordoliberal theories in Germany or the Economic Analysis of Law in the USA, both an economic-scientific and a social fundament.⁴⁶

45 Z.. B. Grotius (1625/1950): 245 ff., vor allem 250 [2.XII.xiv] mit explizitem Verweis auf Aristoteles (2003): 1129b. So richtet denn Aristoteles seinen Gerechtigkeitsbegriff explizit auf die Gemeinschaft aus: „Und so nennen wir in einem Sinne gerecht, was in der staatlichen Gemeinschaft die Glückseligkeit und ihre Bestandteile hervorbringt und erhält.“. Und auch Aristoteles erstes Beispiel für ausgleichende Gerechtigkeit nach dem Proportionalitätsprinzip ist ein politisches: „Wenn z. B. eine obrigkeitliche Person jemanden geschlagen hat, so darf sie nicht wiedergeschlagen werden, und wenn jemand eine solche Person geschlagen hat, so muß er nicht bloß geschlagen, sondern auch außerdem noch bestraft werden.“: Aristoteles (2003): 1132b. Hierzu m. w. H. Atiyah (1979): 140 f.; Gordley (1991): 128 ff. und 243; siehe ferner die Übersicht bei Belser (2000): 9 ff. und 657 m. w. H.

46 Letztlich will der Ordoliberalismus eine Gesellschaftstheorie hervorbringen und sieht sich in der Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft bestätigt: Grundlegend Böhm (1928/1960; 1933); betreffend Gesellschaftstheorie vgl. Mestmäcker (1991); kritisch Vesting (1997). Prägnant hierzu bereits Wiethölter (1972).

45 E.g. Grotius (1625/1950): pp. 245 onwards, especially p. 250 [2.XII.xiv] with explicit reference to Aristotle (2009): 1129b onwards. Aristotle explicitly tailors his definition of justice to the community: "... so that in one sense we call those acts just that tend to produce and preserve happiness and its components for the political society". And even Aristotle's first example for equalising justice according to the principle of proportionality is a political one: "If an official has inflicted a wound, he should not be wounded in return, and if someone has wounded an official, he ought not to be wounded only, but punished in addition.": Aristotle (2009): 1132b. For more on this, see Atiyah (1979); pp. 140–141; Gordley (1991): pp. 128 onwards; see also the summary in Belser (2000): pp. 9 onwards and p. 657 (with further references).

46 Ordoliberalism ultimately seeks to bring forth a theory of society and feels confirmed by the development of the European Union: fundamental is Böhm (1928/1960; 1933); on the theory of society see Mestmäcker (1991); more critically, Vesting (1997). Poignant comments in Wiethölter (1972).

Die *modernen Willenstheorien*, so die wichtige Beobachtung von Gordley, nehmen von dieser Anforderung der gemeinschaftlichen Äquivalenz zur Durchsetzung des Vertrages Abstand: Ein Vertrag ist dann gerecht, wenn er dem Willen der Parteien entspricht.⁴⁷

Die Kombination der genannten Verschiebungen von Eigentum zu Vertrag und von der aristotelischen zur modernen Willenstheorie wirkt sich nun auf die *rechtliche Konzeption der Bestellung zum Staatsdienst* in einer eigentümlichen Weise aus, was sich bereits an den entsprechenden Ausführungen von Balthasar Conrad Zahn und Theodor Ernest Zahn aus dem Jahr 1713 beobachten lässt. Zwar bezeichnen die Autoren die Bestellung zum Staatsdienst nun als *negotium*. Sie vermerken aber explizit unter Bezug auf die genannte aristotelische Lehre, dass es sich bei der Bestellung zum Staatsdienst nicht um ein gleichgeordnetes Geschäft zwischen Privaten und somit *nicht um kommutative Gerechtigkeit* handle. Es liege vielmehr eine Verteilung von Gütern aufgrund der Würdigkeit für das Staatsleben vor.⁴⁸ Damit deuten diese Autoren bereits zu Beginn des 18. Jahrhunderts an, dass die

According to Gordley's important observations, *modern theories of intent* have distanced themselves from the requirement of a communal equivalence for executing contracts: today, a contract is just if it reflects the intentions of the parties.⁴⁷

The combination of the shifts described above from ownership to contract and from an Aristotelian to a modern theory of intent affects the *legal perception of appointments to government service* in a peculiar way, as shown by Balthasar Conrad Zahn and Theodor Ernest Zahn in 1713. These authors saw appointments to government service as a *negotium*. However, with explicit reference to the above-mentioned Aristotelian teachings, they advocated that appointments to government service are not and cannot be referred to as agreements between individuals of equal bargaining power. As a result, they *do not embody commutative justice*. The distribution of goods is rather justified according to the individual's suitability for a life in the service of the state.⁴⁸ These authors had at the beginning of the 18th century indicated that the changed theory of intent is so compromised as regards forms of

47 Gordley (1998): 66 ff. Mit den Ausführungen von Leu zum Recht der Helvetischen Eidgenossenschaft in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts lässt sich beispielhaft zeigen, dass sich die Zeit unsicher geworden war über das Gleichheitsanfordernis von Leistung und Gegenleistung, „... weilen von Natur einerseits die Ansetzung des gerechten und billigen Preises und Werths einer Sach ganz ungewiss und niemand ist welcher ein Gleichheit hierinn bestimmen kan, zumahlen ein jeder seiner eigenen Sach einen solchen Preis und Werth nach seiner zu derselben habenden Anmuthung ansetzen mag welchen er will ...“ Leu (1727–1746), III: 246. Gleiches ergibt sich zum Beispiel auch aus den Ausführungen von Blackstone (1800): 445 f., zum Erfordernis der Consideration: „... for every bond from the solemnity of the instrument, and every note from the subscription of the drawer, carries with it an internal evidence of good consideration.“

48 Zahn/Zahn (1713).

47 Gordley (1998): pp. 66 onwards. Leu's comments on Helvetic (Swiss) confederal law in the first half of the 18th century show on the basis of examples that, in the course of time, the requirement for the considerations to be equal was no longer set in stone: „...weilen von Natur einerseits die Ansetzung des gerechten und billigen Preises und Werths einer Sach ganz ungewiss und niemand ist welcher ein Gleichheit hierinn bestimmen kan, zumahlen ein jeder seiner eigenen Sach einen solchen Preis und Werth nach seiner zu derselben habenden Anmuthung ansetzen mag welchen er will...“ Leu (1727–1746), III: p. 246. The same is evident, for example, in Blackstone's extrapolations (1800): pp. 445–446, on the requirement for consideration: „...for every bond from the solemnity of the instrument, and every note from the subscription of the drawer, carries with it an internal evidence of good consideration.“

48 Zahn/Zahn (1713).

Kooperation zwischen Staat und Privaten als Vertrag in der sich bildenden Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht aus letzterem aufgrund der veränderten Willenstheorie herausfallen muss, ohne zugleich im anderen Rechtskreis, dem öffentlichen Recht, heimisch werden zu können.⁴⁹ Darauf ist sogleich zurückzukommen.⁵⁰

Es ist bemerkenswert, dass der soeben erwähnte Wechsel in der Willenstheorie – wie Gordley belegt – nicht auf einer neuen philosophischen Grosstheorie gründete, sondern vielmehr in der Ablehnung jenes Teils der aristotelischen Gerechtigkeitsidee, nach welcher menschlichen Bedürfnissen unterschiedliche Wichtigkeit zukommt und aus einer gesellschaftlichen Perspektive über die entsprechende Verteilung gesellschaftlicher Ressourcen zu wachen ist. Indem die aktualisierte rechtliche Willenstheorie weiterhin auf dem unangefochtenen Teil der aristotelischen Gerechtigkeitsidee aufbaute, konnte sie sich schnell und ohne Bezug auf neue philosophische Ideen durchsetzen. Die *neue rechtliche Willenstheorie* unterscheidet sich somit von ihren Vorläufern lediglich dadurch, dass die bisherige aufgrund von gesellschaftlichen Kriterien konstruierte Beschränkung vertraglichen Austauschs in Gestalt des Leistungsgleichgewichts nicht

cooperation between the state and individuals that private law contracts are not a suitable vehicle of regulation in a context in which public and private law are so strongly divergent, although the form of cooperation is not governed by public law either.⁴⁹ We return to this point later.⁵⁰

It is remarkable that the change in the theory of intent mentioned above was not – as Gordley proves – based on any new philosophical theory. It results rather from the rejection of that part of the Aristotelian idea of justice according to which human needs are scaled to account for their importance and social reasons determine the respective distribution of social resources. As this revised legal theory of intent was in turn based on that part of Aristotelian justice that had not been rejected, it was able to gain ground quickly and without reference to new philosophical ideas. The *new legal theory of intent* can be distinguished from its earlier theories simply by the fact that it rejected the idea of both parties having to offer equal consideration. Consideration had thus far been measured using social criteria which were no longer deemed acceptable. The content of the contract was thus no longer interpreted using Aristotelian references to soci-

49 Dies deutete bereits Seckendorff vorsichtig an: siehe oben bei Fn. 33. Zur Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht siehe Schröder (1993), der richtig davon ausgeht, dass im 18. Jahrhundert das sich neu vom Staatsrecht her ausbildende öffentliche Recht zur Trennung massgeblich beigetragen hatte. Dagegen lässt sich ein nicht allein theoretischer, sondern massgeblicher Einfluss des Gedankens bürgerlicher Freiheitsausübung auf die Rechtsordnung oft erst für das 19. Jahrhundert feststellen. Vgl. etwa: Kocka (1987); Deter (1999); Abegg (2004). Anders: Grimm (1972). Allerdings unterschätzt Schröder den Einfluss der wirtschaftlichen Veränderungen der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts und die einsetzende Rezeption schottischer Moralphilosophie: siehe unten III.B.

50 Unten III.B.

49 Seckendorff carefully insinuated this: see above: Fn. 33. See Schröder (1993) on the separation of public and private law; he correctly assumes that the new form of public law that was developing from constitutional law substantially contributed to the separation in the 18th century. By contrast, it was not generally apparent until the 19th century that the concept of the expressions of civil freedom had as much if not more of a significant than theoretical effect on the legal order. See e.g. Kocka (1987); Deter (1999); Abegg (2004). For a contrary opinion, see Grimm (1972). However, Schröder underestimates the influence of economic change in the second half of the 18th century and the growing reception of Scottish moral philosophy: see next: III.B.

50 Below: III.B.

mehr akzeptiert wurde. Der Inhalt des Vertrages wurde nicht mehr mit der aristotelischen Referenz auf die Gemeinschaft interpretiert, sondern das Projekt der durch Vertrag verbundenen Parteien bestimmte sich nun primär aus deren Willen.⁵¹

Doch was heisst dies genau? Was ist der neue Referenzpunkt des Rechts bei der (Re-)Konstruktion des Vertragsinhalts respektive des übereinstimmenden Parteiwillens? Diese Frage kann nicht beantwortet werden, wenn der Blick auf die Rechtskommunikationen beschränkt bleibt. Vielmehr sind an dieser Stelle – jenseits von einzelnen Ereignissen und Personen – die Veränderungen der gesellschaftlichen Strukturen in die Untersuchung mit einzubeziehen. Erst vor diesem Hintergrund können sodann die Wortmeldungen der Rechtswissenschaftler zum Vertrag zwischen Staat und Privaten analysiert werden.

B. Der Parteiwille als neuer Referenzpunkt des Vertrags vor dem Hintergrund des entstehenden Marktsystems

Gordley ist zwar darin zuzustimmen, dass es sich bei den Veränderungen in der Willentheorie zunächst um eine rechtsinterne Strukturanpassung handelte, massgeblich angestossen vom wissenschaftlichen Diskurs. Die dauerhafte Veränderung der rechtsinternen Strukturen wurde allerdings erst dadurch möglich – und hier weiche ich von Gordley ab –, dass das Recht mit weiteren Veränderungen in seiner Umwelt konfrontiert wurde: Erstens vollzog sich die Aktualisierung der Willentheorie vor dem Hintergrund eines neuen Staatsverständnisses, das die gemeine Wohlfahrt unter anderem auch durch die Verwirklichung relativ politikfreier Wirtschaftsbereiche in Betracht zog. Zentrale Instanz für die Trennung von Politik und Wirtschaft zum Wohle des Nationalstaats ist freilich Adam Smiths 1776 erschienene Schrift *Wealth of the Nations*.⁵²

ety: the project of the contracting parties was determined primarily according to their intentions.⁵¹

But what exactly does this mean? What is the new point of reference that enables law to (re)construct contractual content or determine the intentions of the parties, respectively? This question cannot be answered without extending our perspective to include more than just legal communication. At this point, irrespective of individual occurrences and persons, changes in social structures have to be included in the analysis to give us sufficient background to analyse the opinions of legal theorists on contracts between the state and private individuals.

B. The Intention of the Parties as a New Point of Reference in Contracts in the light of a Developing Market Economy

Gordley has, in my view correctly, argued that the changes experienced by the theory of intent were initially a structural adjustment within the law largely resulting from economic discourse. However, lasting change to the legally immanent structures must initially have been the result of – and in this I disagree with Gordley – the law being confronted with further changes in its environment. The first revision of the theory of intent occurred with regard to the new definition of the state that, by creating economic areas that were largely free of politics, also included the general welfare. The central pillar supporting the separation of politics from economics for the benefit of the nation state remains Adam Smith's 1776 essay *the Wealth of Nations*.⁵² Secondly, the political restraint presented by the exchange of goods, a restraint that had originated in law,

51 Gordley (1998): 79 ff.

51 Gordley (1998): pp. 79 onwards.

Und zweitens konnte die vom Recht abgebildete politische Restriktion des Güteraus-tausches definitiv aus der Willenstheorie entlassen werden, *weil sie durch einen anderen Disziplinierungsmechanismus abgelöst wurde, nämlich den Preismechanismus des selbstregulierten Marktes.*

Gordley wendet hierzu ein, dass es auch weit vor dem 19. Jahrhundert Märkte gegeben habe und damit die Veränderungen der Willenstheorie keinen Bezug zur Wirtschaft aufwiesen würden.⁵³ Dagegen ist jedoch unter Hinweis auf eine lange Tradition von historisch-soziologischen Untersuchungen von Weber über Polanyi bis Braudel einzuwenden, dass dem Austausch von Gütern in der sogenannten Feudalgesellschaft keinesfalls jene wirtschaftliche Bedeutung zukommt, wie dies in einem System der Marktwirtschaft der Fall ist. In nuce: Die feudale Gesellschaft basierte im Wesentlichen auf einem Wirtschaftssystem, das als *zentristische Redistribution und Haushaltsführung (oeconomia)* bezeichnet wird. Die meisten – und vor allem die lebenswichtigen – Güter wurden zentral eingesammelt, gelagert und wieder verteilt (Redistribution). Nur was nicht in die Redistribution fiel und nicht für den Lebensunterhalt gebraucht wurde, gelangte auf einen Markt und führte da zu Gelderwerb.⁵⁴ Dieses Wirtschaftssystem war somit in die soziale Struktur der Gesellschaft eingebettet und wurde von dieser – auch mit Bezügen zu ausserökonomischen Werten – mitbestimmt; das Wirtschaftssystem war ohne die politischen und sozialen Strukturen wie Autarkie und Zentrität nicht zu denken.⁵⁵ Ganz anders als

was abolished from the theory of intent, *because it was replaced by a different disciplinary mechanism: the mechanism of pricing in self-regulated markets.*

Gordley raises the objection that markets had existed long before the 19th century, so changes in the theory of intent were unrelated to changes in the economy.⁵³ However, the long-standing tradition of historical and sociological investigations from Weber through Polanyi to Braudel indicates that the same meaning was by no means attached to an exchange of goods in so-called feudal society as in a market economy. In brief, feudal society was based mainly on an economic system that is defined as *centrist redistribution and household management (oeconomia)*. Most goods – especially daily essentials – were collected centrally, stored and then subject to *redistribution*. The only goods that reached the market and resulted in monetary exchange were those that were not merely essentials to be redistributed.⁵⁴ This economic system was embedded in the social structure and was co-determined by the society, with reference to non-economic values; the economic system would have been unthinkable without political and social structures such as self-sufficiency and centrality.⁵⁵ By contrast to the modern market economy, the status that persons were automatically given at birth or through other

52 Smith (1776/1993); für Deutschland siehe zudem Humboldt (1792/1962); zu den Vorläufern in Kameralistik und Merkantilismus siehe bereits oben Fn. 18.

53 Gordley (1998): 73 ff.

54 Zum Ganzen: Polanyi (1944/1957): 70 ff.

55 Weber (1921–1925/1980): 398; Polanyi (1944/1995): 77 ff.

52 Smith (1776/1993); in relation to Germany, see Humboldt (1792/1962); for more on the predecessors in cameralism and mercantilism see above: Fn. 18.

53 Gordley (1998): pp. 73 onwards.

54 For more detail, see Polanyi (1944/1957): pp. 70 onwards.

55 Weber (1921–1925/1980): p. 398; Polanyi (1944/1995): pp. 77 onwards.

beim modernen Marktsystem wurde hier in primärer Weise der Status, in welchen die Menschen durch Geburt oder andere ausserökonomische Vorgänge gerieten, nach aussen abgegrenzt, und es wurden direkt Rechtspositionen zugewiesen oder abgesprochen.

Damit (aber freilich nicht ausschliesslich damit) erklärt sich denn auch der oben erwähnte rechtliche Fokus auf die Verfassung von Eigentumspositionen.⁵⁶ Durch allgemeine statusbezogene Verhaltensnormen in der Form von Religion, Gesetz und Brauch wurden die Handlungsspielräume des Einzelnen im Wirtschaftssystem stark eingeschränkt und dieses Wirtschaftssystem damit gesellschaftlichen Schranken unterworfen. Auf diese Gesellschaftsbezüge verweist die aristotelische Gerechtigkeitslehre jener Zeit die rechtliche Rekonstruktion des Vertrags.

Braudel hat gezeigt, dass sich zwar im Lauf der Geschichte viele Marktwirtschaften feststellen lassen, sie jedoch in aller Regel – wie bei den französischen Marktflecken des Ancien Régime – die Produktion nicht mit der Konsumtion in Übereinstimmung brachten und damit den *Selbstregulierungsmechanismus Preis als zentrales Operationsprinzip der heutigen Wirtschaft* nicht auf Dauer stabilisieren konnten. Die meisten Menschen kamen, so Braudel, nur stellenweise mit dem Markt in Berührung, wenn sie zum Beispiel den Überschuss, den sie nicht zum Leben brauchten, auf dem Markt verkauften. Marktfahrer und Händler, die fast ausschliesslich von den Einkünften des Marktes lebten, waren dagegen in der Minderzahl. Ganz allgemein gab es also keinen Binnenmarkt im heutigen Sinn – zum Beispiel in Form eines Stadt-Land-Marktes, und weder im Aussenmarkt (mangels einer grösseren Menge identischer Waren) noch

non-economic processes was separate from the external world and legal positions were either directly bestowed upon them or denied.

This helps (in some way) to explain the above-mentioned legal focus on the constitution of ownership rights.⁵⁶ General status-related behavioural norms such as religion, statute and common law all greatly restricted the parameters within which individuals were able to act in the economic system, thereby subjecting the economic system to social restrictions. The Aristotelian theory of justice mentions this social connection in relation to the legal reconstruction of contracts.

Braudel has demonstrated the emergence of several kinds of market economy in the course of history. It was not generally possible for these economies to reconcile production with consumption (e.g. the French market towns of the *Ancien Régime*), so that they were unable sustainably to stabilise the *self-regulatory pricing mechanism that is the central operating principle of today's economy*. Braudel argued that most people only come into contact with the market in order to sell off there any excess they did not require to live. Market vendors and traders who subsisted almost exclusively from what they earned from the marketplace were a minority. Generally speaking, an internal market structure as we know it today, e.g. in the shape of a town-country-market, did not exist: free competition between equal market participants as a pre-requisite for economic self-regulation via the pricing mechanism did not exist either in the external market

56 Weber (1921–1925/1980): 398 f.; dieser Argumentation folgen jüngst auch Lieberman (1998) und Kjaer (2009).

56 Weber 1921–1925/1980): 398 onwards; more recently, this line of argument was adopted by Liebermann (1998) and Kjaer (2009).

auf dem internen Markt (infolge des Zunftsystems sowie staatlich verfügbarer Schranken) herrschte freie Konkurrenz zwischen gleichgeordneten Marktteilnehmern als Vorbedingung für die wirtschaftliche Selbststeuerung durch den Preismechanismus.⁵⁷ Erst mit dem Merkantilismus wurde begonnen, Partikularinteressen abzubauen und ein staatlich konstruierter Binnenmarkt anzustreben.⁵⁸ Wesentlich ist hierbei, dass der Markt nun nicht mehr allein als lokal verortbare Möglichkeit zum Austausch von Gütern verstanden wurde, sondern zunehmend als Mechanismus, der das Problem der knappen Ressourcen auf Dauer in weiten Bereichen der Gesellschaft – also in institutioneller Weise – lösen sollte. Dies kam schliesslich in der klassischen Nationalökonomie Adam Smiths in exemplarischer Schärfe zum Ausdruck.⁵⁹

Schliesslich ist mit Luhmann darauf hinzuweisen, dass mit einer gewissen Universalität des *Mediums Geld* seit dem 18. Jahrhundert dieses zunehmend die Funktion des Eigentums als Garant der bürgerlichen Selbstständigkeit übernahm, während das Eigentum von dieser gesellschaftlichen Rolle in einem langfristigen Prozess entbunden wurde. Geld lässt sich im Gegensatz zu Eigentum ohne weiteres individuell auf die einzelnen gleichgeordneten Marktteilnehmer zurechnen, und der Gebrauch dieser Art von Eigentum kann nun gerade darin bestehen, dass man es aufgibt.⁶⁰ Dieser Fokus stimmt auch mit den rechtshistorischen Untersuchungen Liebermans überein,

(owing to the lack of large amounts of identical goods) or the internal market (owing to the guild structure and state-imposed restrictions).⁵⁷ Mercantilism was a first step towards reducing individual interests and creating a state-constructed internal market.⁵⁸ It is important to note that the market was no longer only a local platform for exchanging goods, but also increasingly a mechanism to provide a lasting, institutional, solution to the problem of resource availability and distribution in large parts of society. Adam Smith's classical national economy finally expressed this in exemplary clarity.⁵⁹

To close this argument by a reference to Luhmann: the fact that the *medium of money* has to a certain extent been universal since the 18th century means that it has increasingly assumed the function of ownership as a guarantor of civic independence, while ownership has in a long-term process been discharged from this social role. In contrast to ownership, money can easily be attributed individually to equal market participants, and sometimes the usefulness of this type of ownership lies in giving it up.⁶⁰ This result correlates with Lieberman's legal history analysis, in which he found that the new developments in the private law of the 18th and 19th centuries were due both to the elim-

57 Zum Ganzen Braudel (1997): 13 ff.

58 Weber (1921–1925/1980): 645 f.; Polanyi (1944/1995): 88 ff.; Braudel (1997): 13 ff. Zum Merkantilismus m. w. H. Gömmel (1998).

59 Smith (1776/1993). Trotz aller Kritik Smiths am Merkantilismus baute Smith gerade in diesem Punkt auf der merkantilistischen Idee des Binnenmarktes auf. Zur Rezeption schottischer Moralphilosophie und ihrem Einfluss auf die Trennung von Politik und Gesellschaft: Medick (1973); Stolleis (1988): 379.

57 For more on the whole topic, see Braudel (1997): pp. 13 onwards.

58 Weber (1921–1925/1980): pp. 645–646; Polanyi (1944/1995): pp. 88–89; Braudel (1997): pp. 13 onwards.

59 Smith (1776/1993). Despite Smith's criticism of mercantilism as such, his idea of a domestic market is based on the mercantilist concept. See Medick (1973) and Stolleis (1988): p. 379 on the reception of Scottish moral philosophy and its influence on the separation of politics and society.

der feststellt, dass die Neuerungen des Privatrechts im 18. und frühen 19. Jahrhundert ebenso viel dem Weglassen bei den Eigentumstheorien verdankten wie den neuen Vertragstheorien, die auf den übereinstimmenden Parteiwillen fokussierten.⁶¹

Diese Sicht lässt sich mit dem *rechtswissenschaftlichen Diskurs des 18. Jahrhunderts zur Bestellung des Staatsdienstes* bestätigen, etwa anhand der Äusserungen von Johann F. Neumann (1699–1768), einem Vertreter der Naturrechtslehre: Dieser kritisierte in seiner Schrift von 1751 die früheren eigentumszentrierten Konzepte zur Bestellung zum Staatsdienst dafür, dass sie den Vertragsinhalt gegen den Willen der Parteien beschränken würden und dass sie damit gegen die gelebte Praxis stünden.⁶² Und Johann Michael Seuffert lehnte in seinen Ausführungen von 1793 zur Beamtenbestellung die bisherigen Vertragstheorien aufgrund der fehlenden Gleichgeordnetheit von Staat und zukünftigem Staatsdiener ab: Denn die Dienstleistung des Staatsbeamten habe ihren rechtlichen Grund nicht in der Gegenleistung, d. h. der Entgeltlichkeit des Staatsdienstes, sondern in der Verbindlichkeit der Dienstleistung für jedes Staatsmitglied.⁶³

Somit konnte das Vertragsrecht also seine Strukturen durch die aufgezeigte Veränderung in der Willentheorie an die neuen Strukturen der Wirtschaft anpassen, die anhand eines selbststeuernden Marktes

ination of ownership theories and to the formation of new theories of contract that focussed on the matching intentions of the concluding parties.⁶¹

The above view has been confirmed in the *legal discourse on appointments to government service in the 18th century*. For example, Johann F. Neumann (1699–1768) was a supporter of the doctrine of natural justice: in 1751 he criticised the earlier concepts of appointments to government service revolving around the principle of ownership, as they restricted the contractual content of the relationship against the intentions of [at least one of] the parties, meaning that the content would be executed differently from what had been formally agreed upon.⁶² Johann Michael Seuffert rejected all previous theories of contract in his 1793 essays on civil service appointments, as the state and its prospective servant lacked any semblance of equality: the services provided by the civil servant were not legally based in the consideration, i.e. the remuneration for services rendered, but rather in the inherent obligation to serve the state implicit in every civil servant's office.⁶³

The law of contract was thus able to adjust its structures to the new economic structures to account for changes in the theory of intent in an attempt, through a self-regulating market, to solve the problem of

60 Luhmann (1993): 448 ff. Nach Weber (1921–1925/1980) ist – idealtypisch – die „Vergemeinschaftung kraft Geldgebrauchs ... der charakteristische Gegenpol jeder Vergesellschaftung durch rational paktierte oder oktroyierte Ordnung.“: Weber (1921–1925/1980): 226 ff.; siehe hierzu: Brüggemeier (1980): 32 ff.

61 Lieberman (1998). In der Rechtswissenschaft wird dieser Wandel, zeitlich verzögert, als Verschiebung von *status* zu *contractus* wahrgenommen: Maine (1861).

62 Neumann (1751), 1 c: § 242.

63 Seuffert (1793): 26 und 43.

60 Luhmann (1993): pp. 448 onwards. In the textbook case, according to Weber (1921–1925/1980), the “collectivisation through the use of money... [is] ...the characteristic antipole of any socialisation through rationally agreed or imposed order“: Weber (1921–1925/1980): pp. 226 onwards; see also Brüggemeier (1980): pp. 32 onwards.

61 Lieberman (1998). In law studies this temporally deferred transition is perceived as a shift from *status* to *contractus*: Maine (1861).

62 Neumann (1751), 1 c: § 242.

63 Seuffert (1793): pp. 26 and 43.

das Problem der Knappheit der Güter zugunsten allgemeinen Wohlstands lösen sollte. Die entsprechende Kopplung des Rechts qua Willenstheorie an die Ökonomie rückte dabei in den Vordergrund, während für den Vertragsinhalt die Bezüge zu Politik und Gesellschaft zugleich stark eingeschränkt wurden. Durch die Institution des Vertrags delegierte das Recht nun Rechtsetzungsbefugnisse an die Wirtschaft, das heisst, Recht nahm sich und den Staat (und damit vor allem das politische System) zugunsten der Selbstorganisation der Wirtschaft in diesem Sinn der Transaktionsgestaltung zurück.⁶⁴ Insofern erweist sich der Streit der Lehre, ob die Trennung des kontinentalen Rechts in Privatrecht und öffentliches Recht entweder vom neuen Gedanken bürgerlicher Freiheit als Freiheit vom Staat herrührt oder massgeblich von der sich verändernden Staatslehre ausgeht, als eine falsche Alternative.⁶⁵ Die Trennung wird vielmehr durch ein ‚Sowohl-als-auch‘ begünstigt, in dem Sinne, als das *neu entstehende Wirtschaftssystem des umfassenden Marktes und der souveräne*⁶⁶ Nationalstaat sich parallel und mit wechselseitigen Abhängigkeiten entfalten und dabei je in unterschiedlicher Weise auf das Recht Bezug nehmen, wobei ein Blick auf die englische Evolution darauf hindeutet, dass das Schwergewicht auf der Souveränitätslehre liegen muss. Darauf ist nun vertieft einzugehen.

the insufficient supply of goods for the general benefit of society. The respective coupling of law (in the form of the theory of intent) to the economy was pushed to the forefront, while the references to politics and society required with regard to the contractual content were simultaneously reduced to a minimum. In using the institution of contract the law now delegated legislative competence to the economy. This meant that law and the state (and therefore also the political system) withdrew in favour of the self-organisation of the economy by encouraging structured transactions.⁶⁴ A theoretical debate ensued on whether the separation of continental law into private and public law was the result of the new concept of civic freedom as a freedom from the state, or whether it was largely the result of changing doctrines of state; in the event, both turned out to be false alternatives.⁶⁵ The separation actually benefited from both concepts in the sense that the *newly created economic system comprised of a comprehensive market and the sovereign*⁶⁶ nation state developed in parallel, with mutual dependencies. Each system refers to law in very different ways. A look at the English revolution indicates, however, that the main cause must lie in the doctrine of sovereignty. This will be examined in more depth in the following.

64 Vgl. z. B. Savigny (1840–1848/1973), I: 52 und 367 f.; zum Ganzen (für Deutschland relativierend) Grimm (1987b): 100 f.; zudem m. w. H. Abegg (2005).

65 Anstelle vieler Schröder (1993) auf der einen und Grimm (1972) auf der anderen Seite.

66 Grundlegend für die Souveränitätslehre sind freilich bereits Bodin (1576) und Hobbes (1651/1839): vor allem 158; grundlegend für den modernen Souveränitätsbegriff ist Hegel (1820): § 278; zu den jüngsten Thesen zur Souveränität vgl. den Überblick bei Brown (2006).

64 See e.g. Savigny (1840–1848/1973), I: p. 52 and pp. 367–368; for more on the topic as a whole (specifically in relation to Germany), Grimm (1987b): pp. 100 onwards; also, with further references, Abegg (2005).

65 See Schroeder (1993), amongst others on the one hand, and Grimm (1972) on the other.

66 On the theory of sovereignty in general from a historic perspective, see Bodin (1576) and Hobbes (1651/1839): especially p. 158; Hegel (1820): § 278 is fundamental for the modern concept of sovereignty. See the summary in Brown (2006) for more recent theories on sovereignty.

IV. Fehlende Restabilisierung des Vertrags zwischen Staat und Privaten im deutschen rechtswissenschaftlichen Diskurs

A. Besonderheiten in Deutschlands Übergang zur politischen Moderne und deren Einfluss auf die kooperierende Verwaltung

Als Ausgangspunkt der modernen Souveränitätslehren kann jener Zeitpunkt bezeichnet werden, als die herrschafts- und machbezogene Semantik von der „höchsten Gewalt“ (*suprema potestas*) zur „Souveränität“ (*majestas*) wechselt. Allgemein wird Bodin als Begründer dieser vor allem auf dem Kontinent rezipierten Souveränitätslehre bezeichnet,⁶⁷ in welcher es in nuce darum geht, die infolge Religionskriegen auseinander gebrochene Gesellschaft durch Politik zu einigen: durch die Vereinigung der Macht in den Händen des König einerseits und durch einheitliche Anwendung dieser souveränen Macht auf das Volk andererseits – womit sich zugleich markante Unterschiede zur englischen Evolution ergaben, das die religiösen Auseinandersetzungen verhältnismässig leicht überwand.⁶⁸ Nach Bodin übergibt also das Volk („*le peuple*“) die weltliche Macht gesamthaft und dauerhaft dem Monarchen zu dessen freien Verfügung („*pour disposer ... sans autre cause que de sa liberté*“).⁶⁹ Nach Bodin besteht zwar eine zweifache Unterordnung: Der König ist Gott und des Königs Herrschaft ist dem Naturrecht untergeordnet. Zugleich aber ist der König nicht Gott, sondern souveräner Repräsentant der Menschen auf Erden. Andererseits ist er als Ebenbild Gottes getrennt von den Menschen

IV. The Lack of a Re-stabilisation of Contracts between the State and Private Individuals in German Legal Discourse

A. Special Aspects of Germany's Transition to the political Modern Era and their Influence on the Cooperating Administration

The origin of the modern theories of sovereignty is generally said to be the point when the semantics of dominion and power shifted from “supreme power” (*suprema potestas*) to “sovereignty” (*majestas*). Bodin is generally seen as the founder of this theory of sovereignty, which was primarily absorbed into continental European law.⁶⁷ In essence, this theory of sovereignty aimed to reunite through politics a society that had been divided by wars of religion: by unifying power in the hands of the king, then applying this sovereign power to the people equally. As such, marked differences were evident from developments in England, where religious conflicts were overcome with comparative ease.⁶⁸ According to Bodin, the people (“*le peuple*“) rescinded all worldly power entirely and permanently to the monarch for his free disposal (“*pour disposer... sans autre cause que de sa liberté*“).⁶⁹ According to Bodin, the result was a double subordination: the king is God and the king's sovereignty is subordinate to natural justice. At the same time, however, the king is not God but rather the sovereign representative of men on earth. On the other hand, as a likeness of God, he is separate from the people and exercises absolute power over them *hierarchically* while he is alive. In this sense, the sovereignty of the multitude of

67 Unter vielen: Maritain (1950): 344 f.

68 Mit dem späteren Bürgerkrieg wurde dagegen der Parlamentarismus gestärkt: hierzu im Vergleich mit Deutschland und Frankreich Grimm (1987a): 56 ff.

69 Bodin (1576): 127 f.

67 Amongst others: Maritain (1950): pp. 344–345.

68 Nevertheless, the subsequent civil war strengthened Parliamentaryism: for a comparison with Germany and France, see Grimm (1987a): pp. 56 onwards.

69 Bodin (1576): pp. 127–128.

und übt absolute Macht *in hierarchischer Weise* über diese aus – und zwar Zeit seines Lebens. In diesem Sinne liegt also die Souveränität der Multitude der Gesellschaft über diese Multitude der Gesellschaft im Körper des Monarchen vereint, den die französische Revolution notabene schliesslich samt der alten Ordnung beseitigte.⁷⁰

Diese Vereinigung der Vielheit des Volkes im Körper des Monarchen – ganz in der Tradition der kontinentalen Souveränitätslehre – verdeutlichte *Hobbes* gerade infolge des englischen Bürgerkrieges in prägnanter Weise im wohl berühmtesten Frontispiz der Buchgeschichte, der eine Vielzahl von Menschen im Körper des Leviathans vereinigt.⁷¹ *Hobbes* bekannte sich damit zu einer kontinentalen und vor allem französischen Souveränitätslehre und stand für den König und gegen den Parlamentarismus ein. Letzterer blieb allerdings siegreich, *Hobbes* musste schliesslich nach Frankreich fliehen, und wiederum entfaltete die Souveränitätslehre mehr Wirkung auf dem Kontinent denn auf der britischen Insel.⁷²

Darüber hinaus wird bei *Hobbes* die Form des Gesellschaftsvertrags verdeutlicht, mit welchem jeder Einzelne der sogenannten „Multitude“ sich zum Autor seiner und aller Geschehnisse macht („by mutual covenants one with another, have made themselves every one the author“) und sich im Gemeinwohl („common-wealth“) zum Zwecke von Frieden und gemeinsamer Gefahrenabwehr mit allen vereinigt.⁷³

society over this multitude of society is unified in the body of the monarch, which was ultimately eliminated by the French revolution, along with the old order.⁷⁰

The unification of the majority of the people in the body of a monarch – thus keeping with the tradition of the continental European theory of sovereignty – was illustrated by *Hobbes* (directly as a result of the English civil war) in a poignant manner. In possibly the best known frontispiece in the history of books, he embodies a number of personalities in the Leviathan.⁷¹ *Hobbes* thus showed his support for the continental (mainly French) doctrine of sovereignty, standing for the King against Parliamentarianism. However, as the latter prevailed, *Hobbes* was ultimately forced to flee to France, so that the doctrine of sovereignty had more of an effect on the continent than on the British Isles.⁷²

Hobbes emphasises further that the form of the social contract is something that every individual of the so called “multitude” can use to determine their own or anyone else’s fate (“by mutual covenants one with another, have made themselves everyone the author“) and are drawn together as one in the common-wealth to secure freedom and avert danger.⁷³

70 Bodin (1576): 8, vor allem 122 ff.; zum Ganzen unter vielen Maritain (1950).

71 Hierzu Bredekamp (2006).

72 Zu *Hobbes* siehe King (1999): vor allem 56 ff.

70 Bodin (1576): p. 8, especially also pp. 122 onwards. See also Maritain (1950), amongst others, for more.

71 See Bredekamp (2006).

72 See King (1999) re: *Hobbes*, especially pp. 56 onwards.

Es ist nun bemerkenswert, dass die *Verbannung des Vertrags als rechtliche Stabilisierung der Beziehung von staatlicher Herrschaft und Privaten*⁷⁴ zusammenfällt mit der *Emergenz einer anderen grossen Vertragsform: jener des Contrat Social*. Die Stabilisierung der Gesellschaft durch Vertrag wechselte somit das Bezugssystem vom Recht zur Gesellschaftstheorie. Der grosse Gesellschaftsvertrag hob die vielen kleinen Herrschaftsverträge im dreifachen – hegelschen – Sinn auf, indem er sie erstens in der terminologisch weiterhin mitgetragenen Vertragsform bewahrte, zweitens begrifflich hinauf hob auf die höhere Stufe der Gesamtgesellschaft und drittens zugleich als Rechtsform zwischen Staat und Privaten beseitigte. Inhaltlich versprach der Gesellschaftsvertrag im Wesentlichen die Erneuerung der Einheit der Gesellschaft: Gefahrenabwehr und Wohlfahrt für alle, wenn im Gegenzug die in der ganzen Gesellschaft zersplitterte Macht im Souverän vereinigt würde. Diese Vereinigung aller Macht im Souverän, diese einheitliche hierarchische Anwendung und Legitimation von Macht sollte somit das alte netzwerkartige Geflecht von Herrschaftsverträgen ersetzen, in welchem die einzel-

It is worth noting that the *banishment of contracts as a means of legally stabilising the relationship between the state and private individuals*⁷⁴ coincided with the emergence of another important form of contract: the “*contrat social*”. Using contracts to stabilise society changed society's point of reference from law to social theory. The great social contract eliminated the need for many small sovereignty agreements in a threefold, Hegelian sense: firstly, by maintaining the contractual form and terminology known previously; secondly, by elevating the meaning of the *contrat social* to apply to society as a whole; and thirdly, by eliminating it as a legal form between the state and private individuals. In essence, the content of social contracts promised to renew social unity. It promised to protect society and provide welfare for all if, in return, the power that was fragmented throughout society was unified in the hands of the sovereign. Such unification of all power in the sovereign as a consistent, hierarchical application and legitimation of power was supposed to replace the old network-like web of sovereignty agreements in which individuals could control interests that had been delegated by agreement. In

73 Die zentrale Passage lautet folgendermassen: „For by this authority, given him by every particular man in the commonwealth, he hath the use of so much power and strength conferred on him, that by terror thereof, he is enabled to perform the wills of them all, to peace at home, and mutual aid against their enemies abroad, And in him consisteth the essence of the commonwealth; which, to define it, is one person, of whose acts a great multitude, by mutual covenants one with another, have made themselves every one the author, to the end he may use the strength and means of them all, as he shall think expedient, for their peace and common defence. And he that carrieth this person, is called SOVEREIGN, and said to have sovereign power; and every one besides, his SUBJECT.“: Hobbes (1651/1839): 158.

74 Dazu sogleich unten IV.C.

73 The central passage states: “For by this authority, given him by every particular man in the commonwealth, he hath the use of so much power and strength conferred on him, that by terror thereof, he is enabled to perform the wills of them all, to peace at home, and mutual aid against their enemies abroad, And in him consisteth the essence of the commonwealth; which, to define it, is one person, of whose acts a great multitude, by mutual covenants one with another, have made themselves every one the author, to the end he may use the strength and means of them all, as he shall think expedient, for their peace and common defence. And he that carrieth this person, is called SOVEREIGN, and said to have sovereign power; and every one besides, his SUBJECT“: Hobbes (1651/1839): 158.

74 See below: IV.C, in more detail on the elimination from law of the contract between state and individual.

nen mit Vertrag delegierten Herrschaftsinteressen jeweils mit den Interessen des Vertragspartners zur Deckung gelangen mussten und in welchem bei Überschneidung von Herrschaftsrechten eine bilaterale Auseinandersetzung um die Herrschaft im Vordergrund stand.⁷⁵

Die Kombination von kontinentaler Souveränitätslehre und *Contrat Social* gelangte insbesondere in der Französischen Revolution – gepaart mit der Volkssouveränität – zu einer prägnanten Verwirklichung, und das daraus entspringende Institutionenarrangement erwies sich für viele Länder des Kontinents als grundlegend.⁷⁶ Auch die deutschen Länder wurden davon entweder direkt oder zumindest indirekt beeinflusst, wobei allerdings spezifische Besonderheiten in der Konstituierung von Politik und Wirtschaft im Übergang vom 18. zum 19. Jahrhundert zu berücksichtigen sind. Dabei können insbesondere die bereits bestehenden ausführlichen Untersuchungen etwa von Erichsen, Ogorek und Stolleis zur Administrativjustiz als Grundlage dienen.⁷⁷ Auf dieser Basis kann sodann anhand des deutschen rechtswissenschaftlichen Diskurses die Verdrängung des Vertrags zwischen Staat und Privaten aus dem Recht analysiert werden.

Massgebliche Unterschiede zu Frankreich, das nach örtlicher und persönlicher Zentralisierung der Macht im Souverän, also zunächst im König und dann im Volk, strebte, offenbaren sich insbesondere in den *politischen Strukturen des deutschen Reichs*. Dieses war, wie etwa Sheehan ausführt, keinesfalls ein souveräner Staat im Sinne des 19. Jahrhunderts, sondern es übte vielmehr die Funktion aus, in vielfältiger Weise die in

order for this to work, each interest controlled had to be matched by the interests of the other contracting party. A bilateral conflict of sovereignty was the likely outcome where such interests collided.⁷⁵

The combination of the continental doctrine of sovereignty and the *contrat social*, paired with the sovereignty of the people, saw particular application during the French revolution. The resulting institutional arrangement turned out to be fundamental for many continental countries.⁷⁶ The German states too were either directly or indirectly affected, although the specific distinctions with regard to the constituting of politics and economics in the transition from the 18th to the 19th centuries must be considered. In particular, detailed investigations by Erichsen, Ogorek and Stolleis on administrative justice are helpful to draw on to evaluate the elimination from law of contracts between the state and private individuals from the perspective of German legal discourse.⁷⁷

The political structures evident in the German Reich stood in sharp contrast to France, which strove towards the local and personal centralisation of power in the sovereign (initially in the king, then in the people). As Sheehan explains, the German Reich was by no means a sovereign state in the sense used in the 19th century: it rather exercised the multiple function of simultaneously drawing together and individually overcoming

75 Zum Ständesystem Weber (1921–1925/1980): 580 ff.

76 Für den Einfluss zum Beispiel auf die Schweiz vgl. Kölz (1992): 615 ff.

77 Erichsen (1971); Ogorek (1984; 1986; 1988); Stolleis (1988).

75 For more on the class system, see Weber (1921–1925/1980): pp. 580 onwards.

76 See Kölz (1992) for more on the influence on Switzerland, for example: pp. 165 onwards.

77 Erichsen (1971); Ogorek (1984; 1986; 1988); Stolleis (1988).

zahlreichen örtlichen, sachlichen und persönlichen Bereichen überlappenden und sich konkurrenzierenden Partikularismen gleichzeitig zu erhalten und punktuell zu überwinden. Hierzu war es mehr Rechtsgemeinschaft denn Staat im modernen Sinn, und als solche ein Bollwerk gegen Konsolidierung und Zentralisierung der Macht.⁷⁸

In den einzelnen Ländern jedoch emergierte ein durchaus mit Frankreich vergleichbarer und von Frankreich angeleiteter Drang nach der Zentralisierung souveräner Macht und deren Konsolidierung in der Verwaltung, allerdings mit zwei bedeutenden Unterschieden zu Frankreich: Erstens bildete sich in den deutschen Ländern die Verwaltung als relativ eigenständiger Beamtenstand aus und erhielt zu Beginn des 19. Jahrhunderts zuweilen eine durch Verfassung oder Gesetz gesicherte relative Unabhängigkeit von der Regierung. Von Hegel wurde sie als unabhängige Vermittlerin zwischen fürstlicher Macht und Volk bezeichnet – im Sinne eines funktionalen Äquivalents zur Beteiligung des Volkes an der Gesetzgebung, die vom schwach ausgeprägten bürgerlichen Stand nicht hatte errungen werden können, und um die immer stärker in die Gesellschaft ausgreifende politische Macht als legitim erscheinen zu lassen. Und zweitens waren infolge der mehr evolutionären denn revolutionären Prozesse einerseits und infolge einer Divergenz von Ansprüchen an die Verwaltung und einem Mangel an qualifizierten Verwaltungsbeamten andererseits Regierung und Verwaltung auf punktuelle Arrangements mit den alten Autoritäten angewiesen, denen zur Staatsverwaltung wichtige Aufgaben übertragen wurden.⁷⁹

the numerous particularisms with regard to local, material and personal matters that overlapped and competed against each other. Hence it was more of a legal community than a state in the modern sense of the word and was as such able to act as a bulwark against any consolidation and centralisation of power.⁷⁸

Nevertheless, in the same way as (and guided by) France, the *individual German states* ("Länder") experienced urges to centralise sovereign power and consolidate it in the administration. However, two main differences with France evolved: first of all, the administration developed into a comparatively independent body of civil servants in the *Länder*, in some cases at the beginning of the 19th century relatively independent from the government because of the relevant constitution or statutes. Hegel described the government as the independent mediator between princely power and the people: a functional equivalent to having the people participate in the creation of statutes. Legislation could not have been created by the weakly represented bourgeois, but was required in order to legitimate the political power that was gaining a stronger hold over society. Secondly, as a result of evolutionary rather than revolutionary processes on the one hand, and of diverging claims made on the administration and a lack of qualified administrative officers on the other, government and administration relied on selective arrangements with the old authorities, to whom important tasks of state administration were delegated.⁷⁹

78 Sheehan (1994): 12 ff. Vgl. auch Grimm (1987a).

79 Sheehan (1994): 391 ff.

78 Sheehan (1994): pp. 12 onwards. See also Grimm (1987a).

79 Sheehan (1994): pp. 391 onwards.

Diesem institutionellen Arrangement entspricht, dass das Deutsche Reich den Privaten im 18. Jahrhundert verhältnismässig gute Rechtsschutzgarantien gegenüber hoheitlichen Eingriffen der einzelnen Fürsten bot. Diese Rechtsschutzgarantien basierten auf dem territorialen Justizsystem des Reichs und der darin verankerten Rechtmässigkeitskontrolle gegenüber den Landesherrn. Von dieser Kontrolle durch das Reichskammergericht oder den Reichshofrat konnten sich die Länder befreien, wenn sie äquivalente eigene Rechtsverfahren an deren Stelle setzten. Im Wesentlichen aber stand bei diesen Rechtsschutzgarantien des Reichs zugunsten der Bürger weniger der Schutz individueller Rechte als vielmehr die Disziplinierungsmacht des Reichs gegenüber den Ländern im Vordergrund – um die Reichseinheit zu gewährleisten.⁸⁰

Mit der *Auflösung des Reichs im Jahr 1806*, womit sich der Druck der grösseren Länder zu Konsolidierung und Zentralisierung der souveränen Macht durchgesetzt hatte, fiel diese Rechtsschutzgarantie weg, und in der Konsequenz wurden auch die Appellationsmöglichkeiten abgebaut und der Rechtsschutz auf Bürger-Bürger-Beziehungen beschränkt. Begründet wurde dies – analog zu Frankreich – mit der notwendigerweise ungeteilten Souveränität des Landes. Gerichte, die den Landesherrn kontrollierten, würden gerade die Teilung der hoheitlichen Souveränität herbeiführen, die es zusammen mit der alten Ordnung zu überwinden gelte. Darüber hinaus erschien der eigenwillige und langwierige Gerichtsprozess geradezu als Sand im Getriebe staatlich – das heisst vor allem: durch die Regierung und die professionalisierte Verwaltung –

The fact that the German *Reich* guaranteed *comparatively comprehensive guarantees of legal protection* to private individuals against sovereign intervention by the respective princes *in the 18th century* was reflected in this institutional arrangement. These legal protection guarantees were based on the territorial justice system of the *Reich* and the inherent legality controls vis-à-vis the local sovereign. The *Länder* were able to detach themselves from the *Reich's* control by appealing to the *Reichskammergericht* (Reich Chamber Court) or the *Reichshofrat* (Reich Aulic Council), if they implemented their own equivalent legal processes instead. For the main part, however, the *Reich's* legal protection guarantees that were supposedly for the benefit of the civil population ultimately ensured that, rather than protecting individual rights, the *Reich* had the power to discipline the *Länder* in order to secure unity within the *Reich*.⁸⁰

The dissolution of the Reich in 1806 saw the triumph of the pressure exerted by the larger *Länder* to consolidate and centralise sovereign power. Legal protection guarantees thus ceased to apply and, as a result, venues for appealing against exercises of sovereign power were cut back; legal protection was restricted to the legal relationships between citizens. As in France, the argument supporting this development was that the sovereignty inherent in the state had necessarily to remain undivided. The courts that controlled the sovereign rulers would now ensure the separation of sovereignty and, together with the old order, aim to overcome it. Moreover, the idiosyncratic and lengthy court proceedings appeared as a hindrance to state welfare schemes, i.e. those led by government and the professionalised administration.⁸¹ This court-imposed restric-

80 Zum Ganzen Erichsen (1971); Weitzel (1976); Ogorek (1988): 375 f.; in diesem Sinne bereits Meier (1864): 922.

80 See for details Erichsen (1971); Weitzel (1976); Ogorek (1988): p. 375–376 and also Meier (1864): p. 922.

angeleiteter Wohlfahrt.⁸¹ Mitgetragen wurde diese Beschränkung der Gerichtsbarkeit insbesondere auch vom bürgerlichen Stand, der sich damit gegen von den Gerichten geschützte wohlherworbene Rechte der Aristokraten wandte.⁸²

Im Bereich des *ordentlichen Gerichtsverfahrens* und insbesondere der Zivilgerichtsbarkeit war es allerdings durchaus auch im Sinn des aufgeklärten Regenten,⁸³ die Gerichte zugunsten der wohlfahrtsfördernden Selbstregulierung der Wirtschaft in ihrer Unabhängigkeit zu stärken – zumindest soweit nicht die eigene oberste Entscheidungsgewalt des Regenten eingeschränkt wurde. Von dieser doppelten Intention – der Verwirklichung einer unabhängigen ordentlichen Gerichtsbarkeit einerseits und der Bewahrung der Position des höchsten Richters – zeugen die sogenannten Machtsprüche, mit welchen der Regent in den Lauf der Justiz zwar eingriff, aber nur dann, wenn er es für unausweichlich hielt. Doch auch diese Restanzen alter Ordnung, diese Eingriffe in den 'steten Gang' der Justiz kamen bald infolge Skandalisierungen unter Druck.⁸⁴ Die Rolle des Monarchen als Landesvater, der die Gesellschaft mit aller Macht zu nationaler Wohlfahrt anleitete, war nicht mehr mit seiner Rolle als oberster unparteiischer Richter zu vereinbaren. Die in Ziel und Mittel umfassend angestrebte Wohlfahrt der Gesellschaft kam allzu oft mit den Interessen des Einzelnen in Konflikt.

tion was especially supported by the bourgeoisie, who turned it against the court-protected acquired rights of the aristocrats.⁸²

In the area of *ordinary legal process* and in particular of civil jurisdiction, it was nevertheless the intention to strengthen the independence of the courts, in the sense of an enlightened regent,⁸³ in favour of welfare-promoting economic self-regulation – at least to the extent that the regent's own ultimate decision-making power was not restricted. Evidence of this dual intention, i.e. the creating of an independent and fair judiciary on the one hand and the maintaining of the position of a final judicial instance on the other, is provided by the so-called dictums whereby the regent intervened in the course of justice, but only when he had no other option. Even these interferences, the last remaining examples of the old order, in the steady course of justice were put under pressure by scandals.⁸⁴ The role of the monarch as the father of the land, who had to do everything in his power to ensure the national welfare of society, could not be reconciled with his role as the highest independent judge. The desired social welfare, encompassing both means and end, all too frequently came into conflict with the interests of the individual.

81 Die Administrativjustiz erweist sich damit gerade nicht als Vorläufer des Rechtsstaats: Erichsen (1971): 121 ff. und 167 ff.; Ogorek (1984): 91; Ogorek (1988); Pahlow (2000).

82 Grimm (1987b): 92 f.; Ogorek (1988): 382 f.

83 Zu den Kontextbedingungen der Marktwirtschaft siehe oben II.

84 Vgl. Ogorek (1984): vor allem 99 und 103. Zur analogen Problematik in Frankreich siehe Tocqueville (1856): 292 ff.; Meier (1864): 928 f.

81 Administrative justice thus demonstrates that it is not the precursor of the German "Rechtsstaat" (constitutional state): Erichsen (1971): pp. 121 onwards and pp. 167 onwards; Ogorek (1984): p. 91; Ogorek (1998); Pahlow (2000).

82 Grimm (1987b); pp. 92 onwards; Ogorek (1988): pp. 382 onwards.

83 For more on the contextual requirements of the market economy, see above: II.

84 See Ogorek (1984): especially p. 99 and p. 103. See Tocqueville (1856): pp. 292 onwards; who describes the same problem in relation to France. See also Meier (1864): pp. 928 onwards.

Insofern erreichte also die Auflösung des deutschen Reichs und vor allem des Reichsgerichts im Verbund mit einem verstärkten Fokus auf die souveräne Regierungsmacht, welche Einheit und Wohlstand der Gesellschaft versprach, was in Frankreich die Revolution erreicht hatte: die *Befreiung der immer weiter ausgebauten Verwaltung von den Fesseln unabhängiger Gerichtsbarkeit*, die ihrerseits auf die Gerichtsbarkeit über die selbst-organisierten Gesellschaftsbereiche zurückgedrängt wurde.

Demgegenüber vermochten sich *zwei zentrale institutionelle Selektionen*, die mit der Französischen Revolution in einem evolutionären Sprung verwirklicht worden waren, in den deutschen Ländern erst *mit grosser Verzögerung* durchzusetzen:

- Jene *alten Privilegien*, die wie die Verwaltungskontrolle durch ordentliche Gerichte die ungeteilte Souveränität belasteten, wurden erst spät und in einem langwierigen Prozess abgelöst. Bis zur Revolution von 1848 vermochten sich diese alten Privilegien, die zunehmend als anachronistisches politisches Eigentum erschienen, auf die Eigentumsfreiheit und die entsprechende Entschädigungspflichten zu berufen, worin sich auch die altrechtliche Verknüpfung von Herrschaft und Vermögen spiegelte.⁸⁵
- Die neuen, durch Naturrecht und Aufklärung vermittelten *legitimatorischen Grundlagen des modernen Staats*, Beteiligung der Machtunterworfenen an der Macht einerseits und Absicherung der Machtunterworfenen durch Recht andererseits,⁸⁶ vermochten sich in den deut-

To this extent, the dissolution of the German Reich and, above all, of the *Reichsgericht* in connection with the stronger focus on sovereign governmental power that promised the same measure of unity and social welfare as had been achieved by the French Revolution *set free an ever-expanding administration from the fetters of independent jurisdiction*, which in turn was coerced back into jurisdiction over self-organised social spheres.

By contrast, *two central institutional selections* that materialised in an evolutionary jump during the French Revolution were *finally* established in the German “*Länder*”:

- Following a long and arduous process, the “*old privileges*”, which had proven to be such a burden on unseparated sovereignty (in the same way as administrative control by the judiciary had been), were abolished. These old privileges frequently took the form of anachronistic political property rights which, until the Revolution of 1848, were dependent on the concept of the freedom of property and its respective restitutionary obligations. This in turn reflected the historic legal connection between sovereignty/power and money/assets.⁸⁵
- These new *foundations of legitimacy of the modern state* (participation of the subordinates on the one hand and securing the position of these subordinates using legal provisions on the other)⁸⁶ that were communicated in terms of the concepts of natural justice and enlightenment

85 Schwab (1975): vor allem 102.

86 Kant (1797/1988): § 47, hatte den Staat in seiner Rechtslehre definiert als „die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen.“ In diesem Staat kann das Oberhaupt „... nach Freiheitsgesetzen betrachtet, kein anderer als das vereinigte Volk selbst sein ...“.

85 Schwab (1975): in particular at 102.

86 Kant (1797/1988): § 47, defined the state (*civitas*) in his legal theory as “a union of a multitude of men under juridical laws.” The head of this state “...according to the laws of freedom can be none other than the people itself united...“.

schen Ländern zunächst nicht oder nur sehr zögerlich festzusetzen. Mit der erfolglosen, aber nicht folgenlosen bürgerlichen Revolution von 1848 wurde schliesslich in Deutschland die Forderung nach einem derart umfassenden demokratischen Rechtsstaat auf die formelle Seite zurückgenommen, auf Kosten der Beteiligung.⁸⁷ Zunächst aber liessen sich die Monarchen mehr auf eine beschränkte Beteiligung an der Gesetzgebung denn auf eine Kontrolle der Regierungstätigkeit ein, was Ogorek auf das Bedürfnis nach Legitimation der verstärkt souveränen und – mit dem Wegfall der Rechtsweggarantie des Reichs – äusserst unabhängigen Verwaltung zurückführt.⁸⁸ Diese unkontrollierte, immer stärkere Verwaltung mit ihrem gesellschaftsumfassenden Auftrag brachte freilich auch jene Kritik von C.J.A. Mittermaier und ihm nachfolgenden Liberalen hervor, die die fabrikmässige und sich immer weiter ausbreitenden Verwaltung angriffen und eine Kontrolle durch die unabhängige Justiz forderten.⁸⁹

B. Naturrechtlich geprägte Variationen zum Verhältnis von Kooperation und herrschaftlichem Zwang

Wie reagierte nun die deutsche Rechtswissenschaft auf die dargelegten Aktualisierungen der Vertrags- und Willentheorie, auf die zunehmend dominante Souveränitätstheorie sowie auf die neuen Machtstrukturen und deren Verhältnis zur Gerichtsbarkeit? Im 18. und frühen 19. Jahrhundert äusserten sich verschiedene *deutsche Rechtswissenschaftler* in ausführlicher Weise zum Vertrag zwischen Staat und Privaten, wobei sie sich fast ausschliesslich auf den Staats-

could not, or only very hesitantly, take root in the *Länder*. In terms of the unsuccessful but not inconsequential bourgeois revolution of 1848, calls for an equally comprehensive democratic state of law in Germany were abandoned on the formal side at the expense of the subordinates' participation.⁸⁷ At first, monarchs succumbed to a more generally accepted, restrictive form of participation in legislation rather than permitting governmental activities to be controlled. Ogorek attributes this development to the increasingly independent, sovereign administration desiring stronger legitimation as a result of the rescission of the guarantee of legal process of the German Reich.⁸⁸ The unfettered, increasingly powerful administration that was commissioned to manage society naturally drew criticism from C.J.A. Mittermaier and the liberals after him, who felt that the administration had become an expanding production plant-type body, and now called for control by an independent judiciary.⁸⁹

B. Variations on the Relationship between Cooperation and Coercive Control, as characterised by the concept of Natural Justice

How did German legal theory subsequently react to the revisions of contract law and the theory of intent described above? What effect did the increasingly dominant theory of sovereignty, the new power structures and their position in relation to jurisdiction have? In the 18th and early 19th centuries, several *German legal theorists* commented extensively on the nature of contracts concluded between the state and private individuals, although they focused

87 Stolleis (1990a).

88 Ogorek (1988): 382 f.

89 Ogorek (1988): 386 m. w. H. insbesondere auf Mittermaier (1820): 305 ff.

87 Stolleis (1990a).

88 Ogorek (1988): 382 onwards.

89 Ogorek (1988): 386 with further references, especially to Mittermaier (1820): 305 onwards.

dienst bezogen. Es wurde bereits erläutert, dass der damalige Fokus auf den Staatsdienst nicht zufällig, sondern einerseits durch die Grossprojekte Zentralisierung und Bürokratisierung und andererseits durch die Ausrichtung von Verwaltungstheorie und -praxis auf den souveränen Staat und dessen Bedürfnisse bedingt war.⁹⁰

Die Ausführungen deutscher Naturrechtler zum Staatsdienst, wie jene von Justus Henning Böhm (1674–1749) oder Christian von Wolff (1679–1754), liegen *in einem Spannungsverhältnis von Naturrecht und dem (zumeist preussisch geprägten) Polizei- und Wohlfahrtsstaat*.⁹¹ Einerseits wirkten die naturrechtlichen Lehren, wonach insbesondere naturrechtlichen Wahrheiten wie *pacta sunt servanda* allgemeine Rechtsgültigkeit zukam, massgeblich nach. So hatte es zum Beispiel Grotius auch explizit abgelehnt, Verträgen zwischen Herrscher und Beherrschten das Fundament zu entziehen, denn gerade nach dem naturrechtlichen Gedanken sollte auch der Herrscher für sein Wort einstehen.⁹² Geradezu als Gegenteil kann der Einfluss des auf allgemeine Wohlfahrt ausgerichteten Polizeistaats bezeichnet werden, in welchem der Herrscher selbst den Staatszweck wortwörtlich verkörperte und damit als Souverän die Differenz von Machtunterwerfung und der Macht unterworfen Sein zu einer Einheit zusammenfügte.⁹³ Wann immer möglich regelte der Herrscher die Verwaltungsgeschäfte persönlich, und erst wo dies nicht möglich war,

almost exclusively on government service. As discussed above, the focus on government service was no coincidence, and was mainly the result of two large projects: centralisation and bureaucratisation. The focus was also guided by the way in which administrative theory and practice were directed towards satisfying the needs of the sovereign state.⁹⁰

Conjectures on government service by German students of natural justice such as Justus Henning Boehmer (1674–1749) or Christian von Wolff (1679–1754) were *caught in the inherent tension between natural justice and the (largely Prussian-influenced) police and welfare state*.⁹¹ On the one hand, natural justice theories persevered, so that natural law truths such as *“pacta sunt servanda”* were generally accepted as a legal given. Grotius, for instance, explicitly refused to undermine the foundations of contracts between rulers and their subordinates, as the theory of natural justice expressly required a ruler to vouch for his word.⁹² In almost direct opposition to this was the influence of the police state that was aimed at providing a general level of welfare, in which the ruler himself literally embodies the purpose of the state, whereby as sovereign he fuses any differences between subordination and subordi-

90 Siehe oben I.

91 Stolleis (1988): 299.

92 Grotius (1625/1950): 272 [2.XIV.vi]. Grotius machte dennoch ein Unterschied in dem Sinne, als der Herrscher, wenn er als solcher handle, nicht den bürgerlichen Gesetzen, wohl aber dem Naturrecht unterworfen sei. Eine Klage sei aber in beiden Fällen zulässig. Auch bereits Seckendorff brachte Vorbehalte gegen Verträge zwischen Staat und Untertanen vor: Seckendorff (1665), Additiones: 96.

90 See above: I.

91 Stolleis (1988): 299.

92 Grotius (1625/1950): 272 [2.XIV.vi]. Grotius nevertheless draws the distinction that the ruler acting as such is subject to natural justice, not civil law: legal claims were however possible in both cases. Seckendorff had also raised reservations regarding contracts between state and subjects: Seckendorff (1665), Additiones: 96.

erhielt das Beamtentum die entsprechende Aufgabe zugewiesen. Der Allmacht des Herrschers entsprechend wurde sein Wille in die Form des detailliert formulierten Befehls (und nicht in einer bestimmten Rechtsform) an die Beamten übertragen – sei es als abstrakte Regelung oder als Einzelanweisung.⁹⁴ Damit stand diese wachsende zentralisierte Allmacht des Staates offensichtlich der rechtlichen Stabilisierung der nun als Verträge gedeuteten Kooperationen zwischen Staat und Privaten entgegen.⁹⁵ Eine Reihe deutscher Juristen des 18. Jahrhunderts versuchte diese *beiden Positionen zu versöhnen*, wobei bereits deutlich auf die veränderten Bedürfnisse der Herrschaft Rücksicht genommen wurde:

– *Böhmer (1674–1749)* anerkannte zwar, dass Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Privaten durch Übereinkunft begründet werden können. Aus Gründen der Staatswürde lehnte er jedoch eine Bindung des Staates ab; die Übereinkunft begründe allein Pflichten des Privaten und stelle keinen Vertrag im herkömmlichen Sinne dar.⁹⁶

nates into a single unity.⁹³ Where possible, the sovereign took care of administrative duties personally, only delegating tasks to the civil service where this was impossible. The omnipotence of the ruler was expressed through the delegation of his wishes to the civil servant in the form of detailed orders. Such orders did not require any particular legal form, regardless of whether the order was an abstract, general ruling or an individual decree.⁹⁴ As such, the growing, centralised omnipotence of the state conflicted with the legal stabilisation of cooperation, now deemed contracts, between the state and private individuals.⁹⁵ A number of 18th century legal scholars in Germany *attempted to reconcile these contradictory positions*. Their writings clearly took into account the changing needs of sovereignty at that time:

– *Böhmer (1674–1749)*, although recognising that legal relations between the state and private individuals could exist per se where agreement was reached, rejected the concept of the state binding itself for reasons of its own dignity. In his opinion, such agreement alone was the basis for a private individual's obligations: it was not therefore a contractual agreement in the conventional understanding of the term.⁹⁶

93 Prägnant in diesem Sinne ist Hegel (1821/1995): §§ 275 ff., vor allem 279. Zur Evolution der Polizei, die als Begriff erstmals in der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts aufkommt: Willoweit (1987); Stolleis (1988): 369 ff.

94 Damit ist in erster Linie das Preussen des Friedrich des Grossen und die Staatsphilosophie von Wolff und Justi bezeichnet: Wolff (1748/1968; 1754); Justi (1756/1782); Justi (1771); eindruckliche Schilderungen des Zustandes sind zu finden beim Freiherrn von Stein (1757–1831): Stein (1957–1974), vor allem Band II Teil 1 und 2; juristisch fundierte Kritik an der ausufernden Verwaltungstätigkeit erfolgte insbesondere von Rehberg (1807).

95 Zum Wechsel von Eigentum zu Vertrag siehe oben II.

96 Böhmer (1710/1726): § 11.

93 Hegel is important here (1821/1995): §§ 275 onwards, especially 279. On the evolution of the concept of the "police" which first appears in the second half of the 15th century: Willoweit (1987); Stolleis (1988): 369 onwards.

94 This primarily describes the Prussia of Frederick the Great and the theory of state of Wolff and Justi: Wolff (1748/1968; 1754); Justi (1756/1782); Justi (1771); Freiherr von Stein (1757–1831) provides striking depictions of this: Stein (1957–1974), especially Vol. II Parts 1 and 2; Rehberg (1807) in particular provides a legally founded criticism of the ever-expanding administrative functions.

95 On the change from property to contract, see above: II.

96 Böhmer (1710/1726): § 11.

- Wolff (1679–1754) leitete als Naturrechtler die private Sphäre zwar nicht vom Staat her ab. Gleichzeitig gestand er dem Staat die zentrale Rolle zur Überwindung gesellschaftlicher Fragmentierung und zur Verwirklichung umfassender Wohlfahrt zu.⁹⁷ Entsprechend stellte er den Staatsdienst als privatrechtlichen Vertrag dar, der nur, aber immerhin, im Notfall der absoluten Macht des Staates weichen müsse.⁹⁸

– Seuffert (1765–1829)⁹⁹ anerkannte einen grundsätzlichen Vorrang staatlicher Interessen in jeder Kollision mit der privaten Sphäre, nicht nur bei einem Notfall. Um die Beamten nicht der absoluten Willkür des Staates auszusetzen, was dem Bedürfnis nach Stabilisierung und Professionalisierung des Beamtenstandes widersprochen hätte, folgte auch Seuffert der Konzeption des Staatsdienstes als Vertrag. Nach Seuffert erwarb der Beamte im Gegensatz zu früheren Konzeptionen zwar keinerlei Recht am Amt, wohl aber an der Besoldung. Das Amt sollte allein den Staatsinteressen unterstehen, das wohlverworbene Recht des Beamten an der Besoldung aber spiegelte das kooperative Verhältnis zwischen Staat und Privatem.¹⁰⁰
- Wolff (1679–1754), as an advocate of natural justice, did not infer any private sphere from the state. He did, however, assign the state the central role in overcoming social fragmentation by ensuring social welfare.⁹⁷ As such, he felt that private law contracts provided the foundations of government service, and these contracts would only cede to the absolute power of the state in emergency situations.⁹⁸

– Seuffert (1765–1829)⁹⁹ held that state interests had general precedence in all conflicts with the private sphere, not just in emergency situations. To ensure that civil servants were not exposed to the absolute arbitrariness of the state, which would have contradicted the civil service’s requirement for stabilisation and professionalisation, Seuffert believed that individuals entering the civil service did so on a contractual basis. Contrary to earlier opinions, Seuffert felt that the civil servant did not acquire the right to the office itself, but only to the remuneration the office brought with it. The office alone was supposed to be subordinate to state interests, while the acquired right of the civil servant to a salary reflected the cooperative relationship between the state and the private individual.¹⁰⁰

97 Dieser Gedanke findet sich bei Kreittmayr prägnant formuliert: „per regulam, jus ad finem dat jus ad media.“ Kreittmayr (1769), I: 15. Hierzu jüngst Grunert (2005), m. w. H. Grunert kommt zum Schluss, dass Wolffs Theorie mit ihrem absolutistischen Anspruch eine absolutistische politische Theorie hervorbringt, die sich nicht mit einer emanzipatorischen Aufklärung versöhnen lässt. Anderer Ansicht Thomann (1995): Thomann betont bei Wolff die rechtsstaatlichen Ansätze zur Herrschaft des positiven Rechts.

98 Wolff (1748/1968): § 904 und § 925. Vgl. auch Wolff (1748/1968): VIII sowie §§ 2, 4 sowie Wolff (1754): § 972 ff.

99 Seuffert war würzburgischer und bayerischer Rechtsprofessor.

100 Seuffert (1793): insbesondere 17 f., 42 f., 93, 120 f., 140 f. und 155.

97 Kreittmayr states this succinctly: “per regulam, jus ad finem dat jus ad media.” Kreittmayr (1769), I: 15. For recent work on this see Grunert (2005) with further references. Grunert concludes that Wolff’s theory, with its absolutist claim, produces an absolutist political theory that cannot be reconciled with an emancipatory enlightenment. Thomann (1995) holds a different view, emphasising Wolff’s approaches within a constitutional framework to the supremacy of positive law.

98 Wolff (1748/1968): § 904 and § 925. See also Wolff (1748/1968): VIII and §§ 2, 4 and Wolff (1754): § 972 onwards.

99 Seuffert was a professor of law in Würzburg and Bavaria.

100 Seuffert (1793): in particular 17 onwards, 42 onwards, 93, 120 onwards, 140 onwards and 155.

- Fichte (1762–1814) lehnte in seinen Grundlagen des Naturrechts einen Zwang für nicht allgemeine Staatsdienste ab, denn es bestehe keine Rechtsgrundlage. Entsprechend erfolgte die Anstellung zum Staatsdienst bei Fichte durch wechselseitige übereinstimmende Willenskundgabe, wobei das Amt zu Eigentum übertragen wurde. Diese im ersten Moment anachronistische Konzeption relativiert sich, wenn man sich Fichtes explizit angeführte *ratio* vergegenwärtigt: Im Hintergrund stand primär, die zentralisierte und hierarchisierte Verwaltung des Nationalstaats zu stabilisieren.¹⁰¹
- Fichte (1762–1814), in his *Foundations of Natural Right*, rejected coercion into non-generalised governmentservice, for which he saw no legal basis. As a consequence, appointments to government service happened through an exchange of mutual declarations of intent to this effect. Through the exchange of declarations of intent the office was transferred in much the same way as a property right. What may appear at first anachronistic is put into perspective when we consider Fichte's explicit reasoning, according to which the primary intention was to establish a centralised and hierarchical administration of the nation state on a permanent basis.¹⁰¹
- Becke (1754–1832) kam dem heutigen Verständnis des öffentlichrechtlichen Vertrages zwischen Staat und Privaten am nächsten. Unter Berufung auf das Gleichheitsgebot lehnte er den Zwang bei jenen Staatsämtern ab, zu denen nicht alle Bürger gleichermaßen berufen werden. Unter ausdrücklichem Hinweis auf die Praxis der Willensübereinkunft zur Begründung des Staatsdienstverhältnisses qualifizierte er die Bestellung zum Staatsdienst zwar als Vertrag. Die weitere rechtliche Behandlung des Vertrags folgte allerdings ganz den öffentlichen Interessen, wobei der Beamte immerhin vor staatlicher Willkür durch die Einschaltung von Gerichten geschützt werden solle.¹⁰²
- Becke (1754–1832) came closest to arguing today's understanding of public law contracts between the state and private individuals. By basing his reasoning on the principle of equality, he rejected coercion as a means of filling those public offices to which not all citizens were entitled to be appointed. Drawing particular attention to the practice of mutual consent as a basis for government service relationships, he qualified the act of appointment to government service as a contractual agreement, advocating that subsequent legal treatment of the contract entirely follow the public interest. Civil servants would thus be protected by the courts against any arbitrary action on the part of the state.¹⁰²

Somit blieb in diesen naturrechtlich geprägten Theorien zum Staatsdienst die souveräne Herrschaft zwar im Grundsatz (noch) an naturrechtliche Prinzipien wie *pacta sunt servanda* gebunden; das *ius naturale* vermochte noch eine gewisse Einheit der Rechtsordnung hervorzubringen.¹⁰³ Bereits wurde jedoch deutlich, dass der herrschaftsbezogene Vertrag seine ausserhalb der

Sovereign rule as conceptualised by these theories of government service and characterised by natural law thus remained fundamentally bound to principles of natural justice such as "*pacta sunt servanda*". *Ius naturale* was thereby able to develop a certain element of unity of the legal order.¹⁰³ It was already becoming clear that a contract that is tied to a principle of sovereignty loses the

101 Fichte (1796/1979): 163 f.

102 Becke (1797), I: § 14.

101 Fichte (1796/1979): 163 onwards.

102 Becke (1797), I: § 14.

Macht gelegenen Voraussetzungen dann verliert, wenn die Herrschaft im souveränen Nationalstaat aufgeht und dort auch nicht mehr durch Gott oder Naturrecht legitimiert und durch unabhängige Gerichte stabilisiert wird. In welcher Weise sich die Politik gegenüber dem alten Recht durchzusetzen begann, wird bei Wolff besonders deutlich, der die Ausnahmen vom bisherigen Vertragsrecht als Notrecht, als Ausnahme vom Recht konstruierte. Vor allem Becke, notabene Assessor des kaiserlichen Reichskammergerichts,¹⁰⁴ postulierte dagegen mit Blick auf die politischen Bedürfnisse aus Vertrag begründete, beidseitige inhaltliche Rechte und Pflichten. Diese aus politischen Bedürfnissen generierten Rechte und Pflichten wollte er zum Ausgleich der gerichtlichen Beurteilung unterstellen.

C. *Verdrängung des Vertrags zwischen Staat und Privaten aus dem Recht*

Die bereits in den naturrechtlich fundierten Theorien erschienenen Neuerungen in der Konzeption der Kooperation zwischen Staat und Privaten lassen sich in aller Deutlichkeit bei der Staatstheorie des *Johann Heinrich Gottlob von Justi* (1720–1771) ablesen.¹⁰⁵ Bei Justi wurde – in nuce – der Staat auf die *Verwirklichung eines umfassend verstandenen Staatswohls* verpflichtet; der allmächtige Polizeistaat konnte über das ihm zur Verfügung stehende Material samt „Menschenmaterial“¹⁰⁶ soweit frei verfü-

requirements that qualify it as such when its related sovereignty becomes part of a sovereign nation state in which it is no longer legitimated by God or by natural justice, and it is stabilised by independent courts. The way in which politics began to assert itself against the old legal principles becomes particularly clear in Wolff, who held that deviations from the previously known law of contract were only possible under emergency law, and therefore construed these as an exception to the law itself. By contrast, Becke (who held an office at the German *Reichskammergericht*)¹⁰⁴ in particular postulated, with a view to the political requirements arising from them, contract-based, mutual, content-based rights and obligations. Becke wished to neutralise the politically generated rights and obligations in contracts by subjecting them to judicial decision.

C. *The Elimination from Law of Contracts between the State and Private Individuals*

The innovative concepts of cooperation between the state and private individuals that had already appeared in natural law-based theories was most clearly reproduced in the theory of state of *Johann Heinrich Gottlob von Justi* (1720–1771).¹⁰⁵ In essence, Justi's theory held that the state was obliged to *secure a generally understood common welfare*; the mighty police state was thus empowered to dispose freely over the material placed at its disposal, including its citizens, whom it regarded as „human capital“¹⁰⁶, provided

103 Dies zeigte sich insbesondere noch am preussischen Allgemeinen Landrecht: Bullinger (1968): 45 ff.

104 Zu Becke vgl. Gönner (1804): 19.

105 Justi kann als wichtigster Vertreter der neu geschaffenen Polizeiwissenschaft unter einem aufgeklärten Absolutismus bezeichnet werden. Justi wechselte früh vom thersianischen, den starken Staat betonenden Absolutismus in das ökonomisch liberalere Preussen. Zu Justi anstelle vieler m. w. H. Stolleis (1988): 379 ff.; ebenso Ebihara (1985).

103 This is particularly clear in the case of the Prussian General Land Law: Bullinger (1968): 45 onwards.

104 On Becke see Gönner (1804): 19.

105 Justi can be seen as the most important representative of the new '*Polizeiwissenschaft*' (science of public policy) under an enlightened absolutism. Justi was soon, in the economically more liberal Prussia, to depart from Thersianist absolutism and its emphasis on the strong state. On Justi in place of others with further references Stolleis (1988): 379 onwards; also Ebihara (1985).

gen, als es der allgemeinen Wohlfahrt diene. Wenn Justi vor dem Hintergrund des verhältnismässig liberalen Preussens empfahl, die Wirtschaft zuweilen auch gewähren zu lassen, dann sollte dies die Verwaltung nicht vom umfassenden Auftrag entbinden und ihr nicht die dafür notwendige Macht entziehen. Denn es war der Verwaltung aufgetragen, den Staat und die übrige Gesellschaft letztlich zu einer harmonischen Übereinstimmung zu bringen. An rechtliche Formen musste sich die Ausübung der Macht dabei kaum halten.¹⁰⁷ Die Verpflichtung der Staatsverwaltung auf das umfassend verstandene Staatswohl geschah auch nicht mehr infolge einer legitimierenden Referenz auf das Göttliche respektive Natürliche, sondern primär in nichtrechtlicher, zweckgerichteter Weise.¹⁰⁸ Entsprechend nahmen in Justis Werken die Ausführungen zur Form der Ausübung von Staatsmacht nur wenig Platz in An-

that this was for the common welfare. While Justi, who was influenced by a comparatively liberal Prussia, recommended leaving the economy a free hand from time to time, there was no intention to release the administration from its general obligations. Nor did he intend to relieve it of its necessary powers. The task of the administration was ultimately to mediate between the state and the rest of society to ensure harmonised agreement. In exercising this authority, it was hardly held to observe legal forms.¹⁰⁷ The state administration's obligation to provide for generally understood common welfare (welfare perceived as such by the general public) was no longer imposed as a result of a legitimating reference to the Divine or the Natural, but existed primarily in a non-legal, purpose-oriented manner.¹⁰⁸ Correspondingly, Justi's publications provide only scant details of the form in which

106 Mayer (1895/96), I: 38 ff.

107 „Diese oberste Gewalt [i.e. der Staat], welche den Endzweck der bürgerlichen Gesellschaft unverrückt vor Augen haben muss, muss demnach sich hauptsächlich bemühen, das Wohl einer jeden besondern Familie mit dem allgemeinen Besten zu vereinigen und in einen genauen Zusammenhang zu setzen. Wenn man nun erwägt, in was für einer Menge von Umständen das Wohl der besondern Familien mit dem allgemeinen Besten zusammenhängt; so siehet man leicht, dass darzu sehr viele innerliche Verfassungen und Einrichtungen erfordert werden.“: Justi (1760a), I, Einleitung: 4. Konsequenterweise ist die oberste Gewalt bei von Justi bereits nicht mehr als Eigentum eines bestimmten Herrschers konzipiert, sondern steht dem abstrahierten Staatswesen zu: Justi (1760a): 459.

108 Justi (1760a), II: 455; grundlegend für diese Konzeption ist Kreittmayr (1769), I: 9 ff.; vgl. auch die Kritik von Gierke an diesem Staatsbegriff: Gierke (1874): 174; vgl. auch die philosophische Konzeption bei Hobbes (1647): VI. Zum Verhältnis von Religion, Recht und dem utilitaristischen Absolutismus siehe Ugris (1985).

106 Mayer (1895/96), I: 38 onwards.

107 “This highest power [i.e. the state], which has constantly to keep in view the ultimate purpose of civil society, must therefore mainly strive to combine the well-being of a particular family with the best possible general outcome and place this in an exact context. If one now considers in just how many situations the well-being of a particular family relates to the best possible general outcome, one can easily see that a great many internal constitutions and mechanisms are required for this purpose.”: Justi (1760a), I, Introduction: 4. Justi thus no longer conceives of highest power as the property of a particular sovereign, but rather as at the disposal of the abstracted state system: Justi (1760a): 459.

108 Justi (1760a), II: 455; fundamental to this conception is Kreittmayr (1769), I: 9 onwards; see also the criticism by Gierke of this concept of state: Gierke (1874): 174; see also the philosophical conception in Hobbes (1647): VI. On the relationship between religion, law and utilitarian absolutism see Ugris (1985).

spruch.¹⁰⁹ Die Einschränkung der Herrschaft erfolgte primär durch die – materielle – Verpflichtung der „obersten Gewalt“ auf die „Beförderung der gemeinschaftlichen Glückseligkeit“.¹¹⁰

Dem vorrangigen Ziel der umfassenden Verwirklichung der Staatsinteressen im weitgehend zentralisierten Nationalstaat entsprach die *hierarchische Organisation des Staatsapparates*,¹¹¹ und gerade durch die hierarchische Gliederung sollten jene Konflikte zwischen gleich gelagerten Institutionen unterdrückt werden, die zu Verhandlungen und Kooperationen führen würden.¹¹² Diese von Justi propagierte Hierarchisierung fand ihre letzte Konsequenz insbesondere darin, dass zwar die allgemeine Wohlfahrt durch zeitgemässe und vor allem zweckgerichtete Gesetze gefördert werden sollte, die gerichtliche *Beurteilung der Policensachen aber den ordentlichen Gerichten entzogen* und in den Verwaltungsapparat hinein-

state authority is to be exercised.¹⁰⁹ Sovereignty was primarily restricted by the (material) obligation of the “highest power” to “provide a state of happiness for the whole of society”.¹¹⁰

The primary aim of comprehensively realising state interests in a largely centralised nation state setting corresponds to the *organising of the state in a hierarchy system*.¹¹¹ The hierarchical setup is aimed at suppressing precisely those types of conflict between institutions of similar (bargaining) power that lead to negotiation and cooperation.¹¹² The hierarchisation advocated by Justi ultimately resulted in the fact that the judiciary’s *powers over public policy issues were taken away from the ordinary courts* and incorporated into the administrative body, even though general welfare was supposed to be promoted

109 Vgl. immerhin Justi (1760a): 327–351; Justi (1760b): 8. Hauptstück, 10. Abschnitt.

110 Justi (1760a), II: 328.

111 Justi (1760a), II: 464 ff.

112 Dies wird besonders deutlich, wenn Justi die Unabhängigkeit bestimmter Verwaltungseinheiten beklagt: „Ich habe schon in dem Eingange dieses Buches erinnert, dass diejenige Einrichtung am allerwenigsten zu billigen ist, wenn eine jede Art der wichtigsten Geschäfte von einem souverainen und von andern unabhängigen höchsten Collegio dirigiert wird ..., die alle weder Subordination noch Zusammenhang mit einander haben, von niemand als den Regenten abhängen, und in diesem Betracht souveraine Collegia genennet werden. ... Die höchste Landes-Police [i.e. dass die Wohlfahrt des ganzen Staats zu fördern sei] kann keinen Schritt thun, ohne mit denen andern souverainen Collegiis zu communicieren; und wenn deren Chefs von verschiedenen Grundsätzen, Absichten und Leidenschaften eingenommen sind; so findet sie allenthalben unüberwindliche Hindernisse; zumal wenn es dem Regenten an genugsamer Einsicht und Weisheit, oder auch nur an Application zu deren Geschäften ermangelt; Mängel, die sich nur allzuhäufig ereignen.“: Justi (1756/1782), II: 615–617.

109 See nevertheless Justi (1760a): 327–351; Justi (1760b): Chapter 8, Section 10.

110 Justi (1760a), II: 328.

111 Justi (1760a), II: 464 onwards.

112 This becomes particularly clear when Justi deplores the independence of certain administrative units: “In the opening remarks to this book I have recalled that the least acceptable form of mechanism is that in which the most important matters are directed by a sovereign and supreme Collegio, independent of others..., all of which have neither subordination nor relation to one another, depend on no-one other than the regents, and are thus also named sovereign Collegia. ... No action is possible regarding the highest state policies [i.e. that the welfare of the whole state is to be promoted] without communicating with the other sovereign Collegia; and if their heads assume different principles, intentions and passions, they will everywhere find insurmountable obstacles, particularly if the regent lacks sufficient insight and wisdom, or simply application to their business; a deficiency that is all too often apparent.”: Justi (1756/1782), II: 615–617.

verlagert werden sollten.¹¹³ Justi beklagte, dass die zu Eigentum übertragenen Richterposten die allgemeine Wohlfahrt behindern würden:

„Wir reizen die Richter und Advocaten durch die Sporteln, die wir ihnen gestatten, dass sie ihren Vortheil dabien finden, die Prozesse langwierig zu machen; und unsere Gerichtsordnungen bieten ihnen zu dem Ende so viel Schlupfwinkel dar, als sie nur verlangen können.“¹¹⁴

Insbesondere würden die derart von den Regierungen losgelösten Richter alte nutzlose Gesetze anwenden, während die Geltung der neuen Wohlfahrtsgesetze vor den Richtern unsicher sei.¹¹⁵

Ganz allgemein aber sollten Lastenteilungsverträge, in welchen der Ständestaat (im Weberschen Sinn) die Wahrung wichtiger Gemeininteressen wie Weg-, Brückenunterhalt etc. mit Vertrag oft samt den ökonomischen Nutzungsmöglichkeiten an Private übertrug, im Polizeistaat zentralisiert werden. Aussagekräftig ist die Erklärung von Justi hierzu, der auf die Kollision von wirtschaftlichen und politischen Interessen hinwies:

„Diejenigen Leute, so dergleichen Verpachtungen suchen, haben gewiss allemal die Absicht, sich zu bereichern: und diese Absicht ist in einem so starken und niederträchtigen Grade bei ihnen vorhanden, dass sie darüber den allgemeinen Hass des Volkes, den sie gewiss allemal vor Augen sehen, wenn sie nur einigermassen nachsinnen, weder fürchten noch im geringsten achten.“¹¹⁶

by modern and above all purpose-oriented laws.¹¹³ Justi felt that transferring judicial offices for life (as property) was an obstacle to securing common welfare:

“We provoke judges and advocates with the games we allow them to play, and they find their advantage in protracted legal processes; and our legal systems offer them more loopholes at the end than they could ever have hoped for.”¹¹⁴

He particularly criticised the fact that judges, so separate from the system of government, could apply old and useless laws, whereas the enforcement of the new laws governing common welfare before these same judges was very difficult.¹¹⁵

More generally, however, burden-sharing agreements, by which the estates-based state (“*Ständestaat*”, according to Weber’s use of the word) often committed individuals to protecting general interests by contract, such as rights of way, bridge maintenance, etc., were to be centralised in the police state, at the same time giving the individuals economic rights of use. Justi’s explanation is very clear. He draws attention to the conflict of economic and political interests:

“Such persons as look for leases of this sort, do so with the intent of enriching themselves: and this intention is apparent in them to such a strong and repulsive extent, that although they would see the general hate of the people if they were to stop and think about it, they would neither fear nor respect it in the least.”¹¹⁶

113 Justi (1760a), II: 573. Justi beklagte ganz allgemein, dass die Gerichte ihre Privilegien in ungehöriger Weise ausüben: Justi (1760a), II: 563.

114 Justi (1760a), II: 563.

115 Justi (1760a), II: 563 f.

113 Justi (1760a), II: 573. Justi complains in general that the courts exercise their privileges improperly: Justi (1760a), II: 563.

114 Justi (1760a), II: 563.

115 Justi (1760a), II: 563 onwards.

Mit ähnlich radikaler Ablehnung folgten diesen zentralen Aussagen zahlreiche nachfolgende Juristen, so etwa Heffter (1796–1880)¹¹⁷, und selbst im Jahr 1847 nahm Dahlmann (1785–1860) in seinem einflussreichen Klassiker „Die Politik“ noch direkt darauf Bezug:

„Eine Regierung, in ihrer gesetzgebenden Gewalt durch Stände, in der Ausführung der Gesetze durch die Selbständigkeit ihrer eigenen Beamten beschränkt, wäre eine bare Nullität.“¹¹⁸

Ins Zentrum der Aufmerksamkeit rückte mit Justi konsequenterweise die Konstituierung des Beamtenverhältnisses als Teil der Politik, abgebildet im Recht als Teil des Staatsrechts. Denn *nur noch der Beamte verblieb in diesem sich verdichtenden selbstbezüglichen System der Politik als Grenzgänger, der sich gleichzeitig im Staat und draussen in der Gesellschaft befand.*¹¹⁹ Hier zeigt sich nun allerdings das Paradox einer derartigen Konzeption des Staates, das sich nicht lange unterdrücken liess: Wenn die Herrschaft alles kann und dabei nur in moralischer Weise durch die Verpflichtung auf das Staatswohl eingeschränkt ist, dann lässt sich damit zwar die Fragmentierung der Herrschaft verhindern respektive überwinden. Die mit der absoluten Verpflichtung auf allgemeine Wohlfahrt verbundene Utilitarisierung des Staates brachte aber gleichzeitig auch den Ruf nach einem ausgebauten, hierarchischen und nach wissenschaftlichen Grundsätzen organisierten Verwaltungsapparat hervor, der sich in seiner volatilen Komplexität nur mit Hilfe von Rechtssätzen

Countless lawyers, including Heffter (1796–1880)¹¹⁷, later followed these central lines of thought, radically rejecting such attitudes. Even as late as 1847, Dahlmann (1785–1860) was still making direct reference to them in his influential classic, “Die Politik”:

“A government acting in a legislative capacity bestowed upon it by the estates, whose execution of laws is restricted by the independence of its own civil servants would be null and void.”¹¹⁸

Justi’s theory thus thrust to the centre of attention the constitutionalisation of the civil service relationship as part of politics. In law, this relationship was deemed to be a part of constitutional law. However, *in this complex, self-referential system of politics, civil servants continued to hover in the no-man’s-land between the state system and society.*¹¹⁹ It was impossible to shake off the paradox inherent in this perception of the state: if sovereignty is omnipotent and only morally restricted by the obligations it owes to the common welfare, this would help avoid or even overcome its own fragmentation. The state’s tendency towards utilitarianism, inherent in the absolute obligation to provide for the general welfare, brought with it calls for a well-developed, hierarchical and scientifically organised administrative apparatus, whose volatile complexity could be stabilised by legal regulations alone – all the more so, as the promises of guaranteed general happiness for the people were not realised on an individual basis, meaning that the respective legitimisation of the power being applied

116 Justi (1761), I: 346. Zum Ganzen vgl. auch Gierke (1868): 765 ff.; Mayer (1895/96), II: 287 f.

117 Heffter (1829): 106 ff.

118 Dahlmann (1847): 277.

119 So wurden zum Beispiel wie bereits erwähnt bereits in der Jahrhundertwende vom 17. zum 18. Jahrhundert in Preussen alle Pächter von Staatseigentum zu Beamten gemacht: Nicolai (1802): 209 ff.

116 Justi (1760a), I: 346. for details see also Gierke (1868): 765 onwards; Mayer (1895/96), II: 287 onwards.

117 Heffter (1829): 106 onwards.

118 Dahlmann (1847): 277.

119 Thus, for example (as previously mentioned), at the turn of the 17th–18th centuries, all lessees of state property in Prussia became civil servants: Nicolai (1802): 209 onwards.

stabilisieren liess – umso mehr dann, wenn die dem Volk abgegebenen Versprechungen allgemeiner Glückseligkeit sich für die Individuen nicht verwirklichten und damit die diesbezügliche Legitimation von Machtanwendung ausblieb. Dieser Konsequenz folgte denn auch die Begründung, wieso der Staat seinen Beamten gewisse Garantien müsse,¹²⁰ die sich sodann in den neu kodifizierten Gesetzen manifestierten.¹²¹

Dass der Staat Garantien zugunsten seiner Staatsdiener erteilte, liess sich zwar offensichtlich nicht mehr mit einer Staatstheorie vereinen, in welcher der Staat alles kann und darin allein in moralischer Weise auf das Allgemeinwohl beschränkt wird. Zur Übereinstimmung gelangten Praxis und Theorie jedoch wieder, als – wie bei *Nikolaus Thaddäus Gönner (1764–1827)* – gleichsam ein erster Schritt hin zu einer strukturellen Kopplung mit dem Recht getan wurde. Es lässt sich beobachten, dass die Lehre der absoluten Staatsgewalt insofern modifiziert wurde, als der Staat zwar alles kann, was zur Verwirklichung des umfassend verstandenen Staatswohls von Nöten ist, diese Kompetenzen aber zugleich als Hoheitsrechte des Staates verstanden und damit vom Recht erfasst wurden. Agierte der Staat ausserhalb dieser Kompetenz, verliess er somit das Recht.¹²²

never actually took place. This consequence was followed by the reasoning why the state was obliged to give its civil servants certain guarantees¹²⁰ which were then manifested in the newly codified laws.¹²¹

The provision of guarantees to civil servants by the state could no longer be reconciled with a theory of state in which the state had no restrictions, other than moral ones, in ensuring the general welfare. However, theory was once again joined to practice once an initial step was taken towards structurally coupling acts of state to the law (see *Nikolaus Thaddäus Gönner (1764–1827)*, for example). It became evident that the theory of absolute state power was undergoing modification, to the extent that the state remained able to do everything necessary to ensure generally understood common welfare as necessary; these competences were however understood to be *sovereign rights* of the state and thus subject to law. If the state acted outside these boundaries, it left the realms of law.¹²²

120 Umstritten war primär, wieviel dem entlassenen Staatsdiener verbleiben solle: u. a. Gönner (1808): 24 f. und 48 f.

121 Vgl. etwa § 98–102 des Preussischen ALR sowie die kurfürstlich bayerische Hauptlandespragmatik über die Dienstverhältnisse der Staatsdiener vom 1. Jänner 1805.

122 Typisch für diesen Schritt ist Gönner: vgl. Fn. 127. Grundlegend für die Theorie der Herrschaftsrechte ist Kreittmayer, bei dem allerdings die Politik nicht vom Recht eingefasst wird, sondern das Recht der Politik folgt: „per regulam, jus ad finem dat jus ad media“, der Endzweck des Staates, die gemeine Wohlfahrt, rechtfertigt die entsprechenden Mittel: Kreittmayr (1769), I: 15.

120 The main dispute concerned how much was to remain to the dismissed civil servant: see for example Gönner (1808): 24 onwards and 48 onwards.

121 See e.g. § 98–102 of the Prussian General Land Law and the Royal Bavarian *Hauptlandespragmatik* (Main Pragmatic Law) on the employment conditions of civil servants from 1 January 1805.

122 Gönner typifies this step: see Fn. 127. Kreittmayer is fundamental for the theory of sovereign rights, although he does not see politics as being subject to law, but rather that the law follows politics: “per regulam, jus ad finem dat jus ad media” [the ultimate purpose of the state, i.e. the general welfare, justifies the means used]: Kreittmayr (1769), I: 15.

Wolffs Konzeption, die zwar den Staatsdienst grundsätzlich privatrechtlich und vertraglich mit Recht erfasste, im Notfall jedoch dem Staat zugestand, den Privaten zum Amt zu zwingen, musste aus dieser Sicht verworfen werden: Im Notfall bewegt sich der Staat wie gesagt ausserhalb des Rechts. Mit der Erfassung der Kompetenzen des Staatsapparates als Recht der Herrschaft konnte nun die Argumentation Wolffs einen Schritt weitergeführt werden und das ausgesprochen werden, was bei Seufferts Konzeption¹²³ lediglich angedeutet war: Wenn sich der Herrscher und der Untertan bei der Bestellung zum Staatsdienst nicht als gleichgeordnete Parteien gegenüberstehen, sondern es ganz allgemein in der Macht des Staates bleibt, in der Form von herrschaftlichen Rechten über die Begründung und den Fortgang des Rechtsverhältnisses zu bestimmen, dann kann es sich nicht um ein privatrechtliches Rechtsverhältnis handeln, sondern der Lebenssachverhalt muss *allein dem öffentlichen, das heisst den unabhängigen Gerichten entzogenen Recht unterstehen*.¹²⁴ Aber die Kooperation zwischen Staat und Privaten fiel damit nicht nur aus dem Privatrecht. Die Bestellung zum Staatsdienst war zugleich im aktuellen öffentlichen Recht *nicht als Vertragsverhältnis denkbar*.¹²⁵

Wolff's concept of government service correctly saw it as fundamentally subject to both private law and contract, but permitted the state to coerce individuals to serve it in emergency situations: this now had to be rejected in the light of the above argument that the state would be acting outside the bounds of law in emergency situations. By making the competences of the state apparatus into a right of sovereignty, Wolff's arguments could be taken a step further to develop what Seuffert¹²³ had merely indicated: if, in the process of public service appointments, the sovereign and its subordinates are not parties of equal bargaining power and it remains solely within the power of the state to determine the form and nature of the legal relationship using its sovereign rights, this relationship cannot be considered to be subject to private law and the matter must *therefore be subject to public law alone, i.e. to that part of law over which the independent judiciary has no control*.¹²⁴ However, not only was the cooperation between individuals and the state now placed beyond the bounds of private law: appointments to the civil service became *unthinkable as a contractual relationship* in the current public law structure.¹²⁵

123 Oben bei Fn. 100.

124 Malacord (1788): § 1 und 12; später ebenso Mayer (1888): 29.

125 Zum ersten Mal erschien bereits bei Johannes von Neumann (1699–1768) im Jahr 1751 der Staatsdienst nicht mehr als eine Folge einer wie auch immer konstruierten Übereinkunft, sondern *allein als Ausfluss aus dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag* zwischen Herrscher und Volk. Neumann war ein Anhänger der Naturrechtslehre: Neumann (1751): Lib. III Tit.1 § 234.

123 See above: Fn. 100.

124 Malacord (1788): § 1 and 12; subsequently also Mayer (1888): 29.

125 Johannes von Neumann (1699–1768) was the first to propose, in 1751, that government service was not the consequence of an agreement (no matter how this was construed), but *solely the expression of an explicit or tacit contract* between sovereign and people. Neumann was an adherent of the doctrine of natural justice: Neumann (1751): Lib. III Tit.1 § 234.

Auf diesem konzeptionellen Grund stehen also die Äusserungen von Gönner, die zu Beginn des 19. Jahrhunderts erschienen und die Diskussion im 19. Jahrhundert massgeblich prägten.¹²⁶ Nach Gönner war das Dienstverhältnis zum Staat ganz nach dem öffentlichen Recht als Ausfluss der *staatlichen Hoheitsrechte* zu behandeln:

„Staatsdienste sind für alle Staaten, für alle Branchen der Staatsverwaltung ein unentbehrliches Bedürfniss, folglich macht die Summe der im Staat concentrirten Kräfte den Fond aus, woraus der Regent dieses Staatsbedürfniss, zu bestreiten das Recht hat, ein Recht, welchem eine aus dem Staatsverein unmittelbar hervorgehende Staatsverbindlichkeit der Unterthanen correspondirt.“¹²⁷

Nach Gönner könnte der Staat vom Bürger also schlicht alles verlangen, was zur Erreichung der Staatszwecke nötig ist, und aus dieser Notwendigkeit leitete sich ein entsprechendes Hoheitsrecht ab. Wie weit hierbei der Staat von einer in Recht gefassten Kooperation entfernt war, kann zum Beispiel an der von Gönner bearbeiteten Frage gezeigt werden, wie Landstrassen, sogenannte Chausseen herzustellen sind. Nach Gönner war es – auch wenn nirgends ausdrücklich etwa mit Gesetz belegt – das Recht des Landesherrn, Chausseen anzulegen. Die Untertanen waren „ohne Zweifel“ verpflichtet, hierzu unentgeltliche *Fronarbeit* zu leisten, und es konnte von ihnen eine Abgabe hierzu eingezogen werden. Denn, so die lapidare Begründung, zu Staatsverbindlichkeiten haben alle Untertanen beizutragen. Immerhin: Wenn von den Abgaben etwas übrig blieb, hatten die Fronleistenden Anspruch darauf, damit für ihre Aufwände entschädigt zu werden.¹²⁸

This line of thought provided the foundations for Gönner's concepts. His works appeared in the early 19th century and greatly influenced discussion during that century.¹²⁶ Gönner held that employment relationships with the state were an expression of the *state's sovereign rights* to act and were therefore regulated by public law:

“Civil services are an indispensable need for all states and for every branch of the state administration. The sum of these forces concentrated in the state make up the stock out of which the regent has the right to address these state needs, which directly corresponds to the obligations of the state's subordinates resulting from their union with it.”¹²⁷

Thus, according to Gönner, the state was simply able to demand everything it needed from its citizens to attain its purpose. From this necessity was derived its respective sovereign rights. Just how far away the state was from acting within a form of cooperation regulated by law can be seen clearly by the way in which regional roads or causeways were created, something Gönner took it upon himself to investigate. According to Gönner, even though not expressly supported by e.g. legal regulations, sovereign rulers had the right to create causeways at will. Their subordinates were “without doubt” obliged to assist by providing *forced labour* free of charge. In addition, the sovereign ruler was entitled to claim respective charges from them. The terse explanation was that all subordinates had to contribute when state duties called. Nevertheless, should any of the charges collected be left over, the workers were entitled to be remunerated for their efforts.¹²⁸

126 Noch zum Beispiel Bluntschli folgt Gönner beinahe uneingeschränkt: Bluntschli (1852): 419 ff.

127 Gönner (1808): 56.

128 Gönner (1803): 352 ff.

126 Bluntschli for example follows Gönner almost unqualified: Bluntschli (1852): 419 onwards.

127 Gönner (1808): 56.

128 Gönner (1803): 352 onwards.

Ähnliches galt gemäss Gönner ganz allgemein für die Ernennung zum *Staatsdienst*: Die Ernennung infolge der Auswahl gemäss den Fähigkeiten, die dem Staatszweck am besten dienen, begründete das Amt, womit kein Raum für vertragliche Terminologie, geschweige denn für eine privatrechtliche Konstruktion blieb.¹²⁹ Vielmehr wurde die Bestellung zum Staatsdiener in der neuen Polizeiwissenschaft angesiedelt.¹³⁰ Der Beamte habe keinerlei Recht am Amt, immerhin aber am Sold. Obwohl sich die Herrschaft sich bei Gönner mit sogenannten Herrschaftsrechten bis zu einem gewissen Grad in die Form des Rechts begab, war damit der fast allmächtige Staat mangels gerichtlicher Überprüfung weniger durch Recht begrenzt (was bei Seuffert noch mit der Figur des wohl erworbenen Rechts möglich blieb) als durch die moralische und wissenschaftliche Verpflichtung auf den Staatszweck.

Dabei ging es Gönner vor allem um die *Überwindung der Fragmentierung von Herrschaft und um die Zentralisierung und Hierarchisierung von Herrschaft in einem wissenschaftlich strukturieren Apparat*. Hierzu galt es erstens, aus Verträgen entstandene Privilegien abzuschaffen und zweitens autonome Verwaltungseinheiten unter die zentralisierte und hierarchisierte Herrschaft zu bringen. Die Begründung hierfür ist zugleich eine politische und eine rechtliche:

„...da es zur Maxime eines vernunftmässigen Staates nicht erhoben werden kann, dass ein Regent nach seinen subjektiven Einsichten und nach den Verhältnissen seiner Zeit Etwas zum unabänderlichen Rechte für alle Zeiten und Verhältnisse erhebe, was die Rechtsgleichheit der Staatsbürger stöhr.“¹³¹

Gönner held that the same applied to *public service* appointments in general: the selection of an individual by virtue of certain skills he possessed that best served the state's purpose constituted an office, leaving no room for contractual terminology or indeed private law structures.¹²⁹ Appointments to government service were rather held to be regulated by the new science of public policy.¹³⁰ A civil servant had no right to his office, only to his wages. Gönner argued that, although sovereignty with its so-called sovereign rights to a certain extent took on a particular legal form, this meant that, in the absence of any judicial review, the practically almighty state was less restricted by law than by the moral and scientific obligations to fulfil its purpose. By contrast, Seuffert's figure of acquired rights permitted such restriction.

Gönner's main aims were to surmount the *fragmentation of sovereignty and to centralise and hierarchise it in a scientifically structured apparatus*. In order to do so, the first step was to abolish contractual privileges altogether. In a second step, the autonomous administrative units had to be brought under a centralised, hierarchical form of control. He gave both political and legal reason for this approach:

“... because it is not possible for a reasonable state to make it a maxim that a regent may, by virtue of his own subjective opinions, elevate a certain something in his time to unchangeable law for all time and irrespective of the situation, which would disturb the legal equality of the state's subjects.”¹³¹

129 Gönner (1808): 48 f.

130 Gönner (1804): 461: „... im Staate [darf] nichts willkürlich, sondern [nur] nach den Forderungen des Staatszwecks geschehen ...“

131 Gönner (1804): 461 f.

129 Gönner (1803): 48 onwards.

130 Gönner (1804): 461: “... in the state nothing [may] occur arbitrarily, but [only] according to the demands of state purpose...”

131 Gönner (1804): 461 onwards.

Die Umsetzung in Bezug auf die rechtliche Konzeption des Staatsdiensts war allerdings – wie bereits erwähnt – paradox: So lesen wir denn etwa in Gönners „Teutsches Staatsrecht“ von 1804, dass alle Privilegien, *ausser* jene der Staatsdiener und die nützlichen Erfindungen, widerrufenlich sind.¹³² Entsprechend erfolgt denn auch die Besoldung auf privatrechtlicher Basis.¹³³

Was hat sich nun mit den neuen Variationen von Justi und Gönner gegenüber den naturrechtlich geleiteten Variationen verändert? Es sind drei Punkte anzuführen:

- Eine *souveräne Macht*, die alles kann und alles zur Maximierung des allgemeinen Wohlstandes zu unternehmen hat, muss ohne Einschränkung über gewährte Rechtspositionen verfügen können. Im Hintergrund steht dabei die Bündelung herrschaftlicher Gewalt im hierarchisch organisierten Staat zur besten Verwirklichung der Staatszwecke, eines umfassend verstandenen Staatswohls. Vertragsähnliche Kooperationen gilt es dabei ebenso innerhalb der Staatsorganisation wie auch zwischen Staat und Privaten zu überwinden. Der Vertrag zwischen Staat und Privaten hat keinen Platz im öffentlichen Recht,¹³⁴ die Rechtsfigur des privatrechtlich konstruierten Vertrags zwischen Staat und Privaten wird durch zentralisierte Macht (Justi) und sodann staatliche Hoheitsrechte (Gönner) abgelöst. Ehemals dezentralisiert ausgeführte Staatsaufgaben werden in die bürokratisch struktu-

The transformation with regard to the legal concept of the civil service was, as stated above, paradoxical to say the least. We read in Gönner's "*Teutsches Staatsrecht*" ["German Administrative Law"] in 1804 that all privileges, *except* those of civil servants, and similarly useful inventions, can be revoked.¹³² It follows that remuneration was paid on a private law basis.¹³³

So what exactly changed as a result of Justi's and Gönner's new variations vis-à-vis those variations initiated by natural law? Three main points are immediately evident:

- A *sovereign power* that is omnipotent and obliged to undertake everything possible to maximise general affluence has to be able to dispose over the legal position bestowed upon it without restriction. Sovereign power bundled in a hierarchal state organisation provides the foundation for the best possible realisation of the state purpose: common welfare according to the general understanding. Forms of cooperation that are comparable to contractual agreements have to be overcome, both within the state's organisation as well as between the state and private individuals. Contracts between the state and private individuals have no place in public law;¹³⁴ the legal persona of contracts in private law between the state and private individuals is replaced by a central source of power (Justi), then by state-held sovereign rights (Gönner). State tasks that were formerly executed in a decentralised manner are now inte-

132 Insbesondere kann der bisher Privilegierte nicht den entgangenen Gewinn, sondern nur den Erwerbspreis geltend machen, und im Fall des Widerrufs hören Privilegien mit dem Tod der Person oder dem Verlust der konstitutiven Voraussetzungen auf. Gönner (1804): 461 f.

133 Gönner (1808): 130 ff. Ebenso z. B. Bluntschli (1852): 422.

134 Gönner muss jedoch für die Verpflichtung eines Ausländers zum Staatsdienst eine Ausnahme machen: Gönner (1808): § 33.

132 In particular, those who were previously privileged can only claim the purchase price, not the lost profit and, in the case of revocation, the privileges cease with the death of the person or the loss of the constitutive conditions. Gönner (1804): 461 onwards.

133 Gönner (1808): 130 onwards. Also for example Bluntschli (1852): 422 onwards.

134 Gönner is nevertheless obliged to make an exception in the case of the public service obligations of foreigners: Gönner (1808): § 33.

rierte Herrschaft integriert, was einerseits die Abschaffung von Privilegien und wohl erworbenen Rechten beinhaltet, soweit diese mit der Verwirklichung umfassender Wohlfahrt durch den Staat kollidieren, aber andererseits auch darüber hinausgeht. In diesem Kontext erscheint das politische Konzept der Souveränität – anders als die heute vorherrschende Reduktion der Souveränität auf ein Mittel wirtschafts- und/oder machtbezogener Hegemonie¹³⁵ – als historisches Mittel zur Überwindung der ständisch fragmentierten Gesellschaft und zugleich als Bedingung der Möglichkeit vollendeter politischer Ausdifferenzierung gegenüber anderen gesellschaftlichen Einflüssen.¹³⁶ Damit erlangte die *staatswissenschaftliche* (im Gegensatz zur *naturrechtlich-privatrechtlichen*) Konzeption, die das Staatsamt als abgeleitete souveräne Gewalt erfasste, zentrale Bedeutung: Für die Übernahme eines Amtes oder einer Verwaltungsaufgabe war ganz allgemein das Einverständnis des Unterworfenen nicht mehr konstitutiv, sondern es war nun dessen Pflicht, das Amt zu übernehmen; der Staat konnte alle persönlichen Dienste verlangen, die zur Verfolgung des Staatszwecks nötig sind. Entsprechend waren keinerlei Anerkennung und schon gar keine Willenserklärung des Unterworfenen zur Übernahme eines Amtes erforderlich.

grated in a bureaucratically structured sovereignty, which includes abolishing privileges and acquired rights on the one hand, to the extent that these conflict with comprehensive state welfare provision, but also on the other hand supercedes them. In this context, the political concept of sovereignty – by contrast to today's prevalent reduction of sovereignty to a means used by economic and/or power-related hegemony¹³⁵ – was the historical means of overcoming the fragmented estates-based society, while at the same time representing a condition for attaining complete political differentiation from other social influences.¹³⁶ Hence the *political science* (as opposed to *natural-private law*) conception that perceived a state office as being derived from sovereign power became of central importance: for the assumption of an office or administrative task, acquiescence of the subordinate no longer constituted the office; it rather became his obligation to take up office, with the state able to demand any personal service from him that was necessary to pursue its purpose. Neither personal recognition nor any declaration of intent on the part of the subordinate to take up office were as a result required.

135 Unter anderen Hardt/Negri (2002); Brown (2006).

136 Dieser Gedanke der Souveränität als Abwehrmechanismus der Politik zur Erhaltung ihrer Autopoiesis erscheint in der Evolution dieses Konzeptes als roter Faden: Machiavelli betonte die Unabhängigkeit der Politik von der Religion, Justi, Hegel und andere suchten mit dem Konzept der Souveränität die Politik von Einflüssen der Wirtschaft abzusichern, Weber sah die Gefahr in der ausufernden Bürokratisierung und Carl Schmitt schliesslich betonte mit seiner Konzeption der Souveränität die Unabhängigkeit der Politik vom Recht.

135 For instance Hardt/Negri (2002); Brown (2006).

136 This view of sovereignty as a defence mechanism against politics in order to maintain its autopoiesis appears as a central theme in the evolution of this concept: Machiavelli stressed the independence of politics from religion, while Justi, Hegel and others sought to use the concept of sovereignty to secure politics from economic influences, Weber saw the dangers inherent in excessive bureaucratic growth and, finally, Carl Schmitt's conception of sovereignty stressed the independence of politics from law.

- Gleichzeitig sollte jedoch ein *berufsmässiges Beamtentum*, mit welchem der Beamte sein ganzes Leben dem Staat widmet und im Gegenzug von diesem sein ganzes Leben lang unterstützt wird, den Verzicht auf Privilegien und andere Erwerbsquellen ermöglichen und damit die Gefahr bannen, dass wirtschaftliche Interessen die politische Souveränität in Frage stellen und die utilitaristischen Ziele unterwandern. Die Verfolgung dieses Programms lässt sich im Wissenschaftsdiskurs um die Jahrhundertwende vom 18. zum 19. Jahrhundert besonders deutlich ablesen. Und zugleich sollte, wie sich später bei Hegel besonders deutlich zeigt, mit der Stabilisierung des Beamtenstandes gegenüber der Regierung ein funktionales Äquivalent geschaffen werden zur fehlenden Legitimation durch demokratische Beteiligung der Machtunterworfenen an der Machtausübung.¹³⁷ Damit waren an diesem idealtypischen Nullpunkt der Moderne, da Recht mit Macht verschmolz und auch gerade dadurch die gesellschaftliche, rechtliche und politische Fragmentierung durch die zentralisierte absolute Rechtsmacht der Herrschaft überwunden wurde, im Ansatz bereits die Zentrifugalkräfte eben dieser Moderne erkennbar – und zwar in der notwendigen faktischen Erhaltung respektive Neuauflage der Privilegien der Beamten, um die sich ausdifferenzierende Politik vor den korrumpierenden Einflüssen der Wirtschaft zu schützen.¹³⁸
- At the same time, a *civil service career* meant that a civil servant had to sacrifice his whole life to the state in exchange for its lifelong support. By suppressing privileges and other sources of income, the intention was to eradicate the danger of economic interests calling into question political sovereignty or undermining its utilitarian aims. Pursuit of this programme is particularly evident in the scientific discourse at the turn of the 19th century. At the same time, as clearly demonstrated later by Hegel, the stabilisation of the civil service in relation to the government was supposed to be a functional equivalent of the absence of legitimation through the democratic participation of subordinates in the exercise of power.¹³⁷ It was at this defining zero-point of modernity, when law was amalgamated with power in order to overcome the social, legal and political fragmentation by means of the centralised, absolute legal authority of sovereignty, that its centrifugal forces first became visible. These forces in particular appeared where civil service privileges were in practice maintained or renewed in order to protect ever-changing politics from the corrupting influences of the economy.¹³⁸

137 Oben bei Fn. 79.

138 Nach Stolleis war dieses Problem vordringlich seit Seckendorff behandelt worden, und bis zum Ende 18. Jahrhunderts sei keine Lösung gefunden worden: Stolleis (1988): 363 f.

137 See above: Fn. 79.

138 According to Stolleis, this problem had been addressed as a matter of urgency since Seckendorff but, up to the end of the 18th century, no solution was found: Stolleis (1988): 363 onwards.

- In der nachgezeichneten Entwicklung ist zudem ein Drittes zu beobachten, nämlich die *Emanzipation der Politik – und in der Wissenschaft spiegelbildlich: der Staatswissenschaften* – von einem naturrechtlich konzipierten Recht. Der Staatsdienst wurde bei Justi als Teil der Polizeiwissenschaft erfasst und damit zunächst aus dem Recht herausgelöst. Das Amt unterstand fast ausschliesslich der (in moralischer, nicht rechtlicher Weise) auf allgemeinen Wohlstand verpflichteten Herrschaft. Und in einem nächsten Schritt wurde wie bei Gönner das Amt aus den Hoheitsrechten abgeleitet und somit als Teil dessen konstruiert, das man nun (unter Vorbehalten)¹³⁹ als frühe Variante eines modernen Verwaltungsrechts bezeichnen könnte. Hier äusserte sich die politische Macht wieder in der Form des Rechts, unterstand aber kaum unabhängigen Gerichten und war damit noch kaum durch Recht *verfasst*.¹⁴⁰ Die am vorliegenden Untersuchungsgegenstand festgestellten Verschiebungen vom Privatrecht weg zum Staat erweisen sich somit nicht nur und nicht primär als Verschiebungen innerhalb des Rechts, wie immer wieder seit den wegweisenden Studien von Eugen Ehrlich wiederholt wird, sondern vor allem als ein Prozess der Ausdifferenzierung der Politik und deren Ablösung von alten Feudalstrukturen.¹⁴¹ Diese Evolution der
- A third movement appeared in the co-evolution that followed, namely *the emancipation of politics and, mirrored in science, of political science*, from a natural justice perspective of law. Justi saw government service as part of the science of public policy, and therefore initially not subject to law. The office was almost exclusively (in a moral, not a legal sense) subject to a form of sovereignty that was obliged to ensure the general welfare. Next, following Gönner, the office was derived from sovereign rights, thus construing it as a part of them in what was – albeit with reservations¹³⁹ – an early version of modern administrative law. Political power was again able to express itself in terms of law, even though it was hardly subject to independent jurisdiction and was thus barely *constituted* by law.¹⁴⁰ The shifts from private law towards the state established in the present investigation have turned out to be not only and not primarily shifts within law, as has been repeatedly propagated since the publication of Eugen Ehrlich's groundbreaking studies, but above all a process in which politics diffused and detached itself from the old feudal structures.¹⁴¹ The evolution of the emancipation of politics, in the sense of its separation from legal and economic structures, nevertheless led to tensions within politics. In terms of evolutionary

139 Eine Verschlaufung von Rechtswissenschaft und Gerichtsbarkeit als Voraussetzung ist für Deutschland nicht vor dem Ende des 19. Jahrhunderts festzustellen.

140 Zur Ausdifferenzierung der Verwaltungsrechtswissenschaft in aller Deutlichkeit Mayer (1888): 3; ähnlich Gierke (1874): 166.

141 In der Lehre wird im Wesentlichen darüber gestritten, ob sich das Privatrecht vom öffentlichen Recht ablöst oder – wie Eugen Ehrlich postulierte – das öffentliche Recht vom Privatrecht. Siehe hierzu unter vielen: Ehrlich (1902): 159 ff. und für den Wissenschaftsdiskurs 200 ff.; Bullinger (1968); Schröder (1993).

139 No evidence of any entanglement of studies in law and jurisdiction as a condition is visible in Germany before the end of the 19th century.

140 A clear differentiation of the science of administrative law appears in Mayer (1888): 3; similarly Gierke (1874): 166.

141 The essential theoretical debate concerns whether private law becomes detached from public law or – as postulated by Eugen Ehrlich – public law separates from private law. See among many others: Ehrlich (1902): 159 onwards and for the scientific discourse 200 onwards; Bullinger (1968); Schröder (1993).

Emanzipation der Politik im Sinne von Ablösung von Rechts- und Wirtschaftsstrukturen führte jedoch zu politikinternen Spannungen. Evolutionstheoretisch könnte von Spannungen in der Symmetrie bestehender politikinterner Konzepte gesprochen werden, die eine Morphogenese, also eine systeminterne Anpassung an veränderte Umweltbedingungen, ankündigen.¹⁴² Diese Spannung im politikinternen Konzept der Legitimation und spiegelbildlich im Konzept der Herrschaftsrechte ist zum Schluss genauer zu erläutern, womit zugleich ein Fazit gezogen werden soll.

V. Fazit: Die Ausdifferenzierung der Macht und die Zentrifugalkräfte der modernen Gesellschaft

Im erwähnten Nullpunkt der Moderne, in welchem wie etwa bei Justi Herrschaft und Recht weitgehend ein und dasselbe waren und auf die Überwindung gesellschaftlicher Fragmentierung und auf allgemeine Wohlfahrt verpflichtet wurden, *brachen bereits die Zentrifugalkräfte der modernen Gesellschaft hervor*. Was die Gründe dafür waren, dass sich diese neue, durch die Rechtsmacht des Nationalstaats verwirklichte Einheit der Gesellschaft nicht durchhalten liess, wurde zwar bei den Rechtsgelehrten des späten 18. und des frühen 19. Jahrhunderts vorerst nicht thematisiert. Diese erkannten jedoch die entsprechenden Symptome und reagierten darauf mit neuen Variationen in der rechtlichen Verfassung des souveränen zentralisierten Nationalstaats.

Von Beginn weg und in besonders offensichtlicher Weise zeigten sich die Grenzen der zentral und hierarchisch organisierten souveränen Macht an den *Grenzen des Nationalstaats*. Das scheint zunächst für die Theo-

theory it is even possible to speak of tensions in the symmetry of existing internal political concepts that produce a morphogenesis; in other words, an internal system adjustment as a response to changing environmental conditions.¹⁴² The tensions within the internal political concept of legitimation as reflected in the concept of sovereignty rights will be explained in more detail in the following, which I will close with my conclusions.

V. Conclusion: The Differentiation of Power and the Centrifugal Forces of Modern Society

Even at the "zero-point" of Modernity referred to above, where theorists such as Justi maintained that sovereignty and law were to a greater or lesser extent the same and were obliged to ensure the common welfare and overcome social fragmentation, the centrifugal forces of modern society were beginning to break loose. The legal theorists of the late 18th and early 19th centuries did not at first address the reasons why the new social unity realised by the legal power of the nation state was not able to sustain itself. However, these specialists did recognise the corresponding symptoms and reacted to them with new variations in the legal constitution of a sovereign, centralised nation state.

From the very beginning, and in a very obvious way, the boundaries of centrally and hierarchically organised sovereign powers were clearly drawn at the borders of the nation state. At first, this does not appear to

142 In den naturwissenschaftlichen Theorien als *symmetry breaking* bezeichnet: hierzu Spirov (1998).

142 Called symmetry-breaking in theories of natural science: see Spirov (1998).

rie, die sich ganz auf den Nationalstaat ausrichtet, unproblematisch zu sein. Soll allerdings der Staatsdienst rechtlich erfasst werden, und zwar im Sinne von Gönner als Folge von Hoheitsrechten des Staates, dann stösst diese Theorie der einseitigen Verpflichtung des Untertanen quasi an den Staatsgrenzen an ihre Grenzen und muss zurück ins Privatrecht fallen; sie kann den fremden Staatsangehörigen nicht zum Staatsdienst zwingen. Seuffert blieb in seiner Konzeption in diesem Punkt als wohl Einziger konsequent: Der Ausländer muss zuerst Staatsbürger werden, ehe er dann zum Staatsbeamten berufen respektive gezwungen werden kann.¹⁴³ Gönner dagegen, der in seiner einflussreichen Theorie die vollständige Verdrängung der Kooperation von Staat und Privaten sowohl aus dem Privatrecht als auch aus dem öffentlichen Recht propagierte, wusste sich hier nur mit dem rhetorischen Rückgriff auf die privatrechtliche Ausnahme zu behelfen:

„Nur in dem einzigen Falle liegt die Rechtfertigung einer Ausnahme vor Augen, wenn der Regent einen Ausländer zu einem Staatsamte ruft, und dieser den Ruf annimmt; denn dieses Geschäft ist unstreitig ein Vertrag.“¹⁴⁴

Die Grenzen der souveränen Macht – und damit die Notwendigkeit von Kooperation¹⁴⁵ – zeigten sich jedoch nicht nur an den äusseren Grenzen des Nationalstaats, sondern auch an *inneren Grenzen*. Obwohl unaufhaltsam auf die (mehr wissenschaftli-

pose a problem for a legal theory that directed itself entirely to the nation state. If, however, government service should be regulated by law as a consequence of the state's sovereign rights, as proclaimed by Gönner, the theory of unilaterally obligated subjects reaches its limits when it comes up against the borders of the state and has to revert to private law. It is unable to coerce foreign subjects to serve the state. Seuffert alone stays true to this aspect of his concept: a foreigner must become a citizen of the state before he can be appointed to office or forced to serve it.¹⁴³ By contrast, Gönner, whose influential theory propagated the complete elimination of the cooperation between the state and private individuals from both private and public law, was only able to save himself with a rhetorical reversion to the private law rule of the exception:

“In one case only can such an exception be justified: when the regent calls upon a foreigner to serve the state, and the foreigner accepts the call; in this case, the relationship is without doubt a contract.”¹⁴⁴

The limits of sovereign power – and with them, the necessity for cooperation¹⁴⁵ – were evident not only from the external borders of the nation state, but also from its *internal borders*. Although the general trend worked inexorably towards creating (more scientific

143 Seuffert (1793): 28.

144 Gönner (1808): 93; dem folgt auch Bluntschli, fügt aber hinzu, dass selbst hier keine zivilrechtliche Klage möglich sei: Bluntschli (1852): 421 f. Ebenso Schmitthenner (1845): 316.

145 Der Begriff der Kooperation erschliesst sich also in seiner Differenz zu einseitiger Rechtsmacht. Die Differenz von Kooperation und einseitiger Rechtsmacht wird traditionell in der Einheit der Handlungsform aufgehoben: vgl. jüngst die Untersuchung zum österreichischen Verwaltungsvertrag unter diesem Leitbegriff der Handlungsformenlehre: Eberhard (2005).

143 Seuffert (1793): 28.

144 Gönner (1808): 93; also Bluntschli, who adds however that no claim under civil law is possible in this case: Bluntschli (1852): 421 onwards. Similarly Schmitthenner (1845): 316.

145 The concept of cooperation can thus be ascertained by distinguishing it from unilateral legal authority. The difference between cooperation and unilateral legal authority has given way to the traditional unified form of action: see recent investigations into the Austrian administrative contract under the key definition of the “doctrine of the form of action”: Eberhard (2005).

che als rechtliche) Fundierung absoluter Gewalt hingearbeitet wurde, drückten die meisten Juristen ihre Zweifel an der Praktikabilität einer Theorie aus, die den Privaten in einseitiger Weise zum Dienst beruft respektive zwingt. Bereits Kreittmayer (1705–1790) folgte zwar der Zwangstheorie, fügte dem aber hinzu, es gebe ja genug Bewerber, sodass keine Not zum Zwang bestehe.¹⁴⁶ Seuffert und Becke fügten hinzu, dass ohne Zwang eine bessere Arbeitsmoral herrsche, und der Staat aus diesem Grund von seiner Macht zur einseitigen Berufung zum Staatsdienst de facto nicht Gebrauch mache; denn Geistesarbeit sei nicht erzwingbar, zumindest nicht in der Weise, dass sie der Verwirklichung der allgemeinen Wohlfahrt am besten diene.¹⁴⁷ In diesem Sinn war also der Staat nach wie vor auf Kooperation angewiesen, weil er über die Ressource Motivation nicht allein in befehlsförmiger Weise verfügen konnte.

Gönner wandte sich jedoch vehement gegen ein solches Zugeständnis, das die Einheit der souveränen Macht zerstören würde und sie – wie er anführte – privaten wirtschaftlichen Interessen aussetzen würde:

„Denn warum drängen sich bei Erledigung eines Amtes so viele Competenten hinzu? Aus Patriotismus gewiss nicht, wenigstens nicht zehn unter tausenden. Sie erblicken in dem Amte eine Quelle, welche ihnen Ehre, Einfluss, Einkünfte gewährt, sich wollen die Bewerber Vortheile erringen, und der Patriotismus muss gewöhnlich dem Egoismus die Schleppe tragen. ... Zwischen Zwang und Zwang ist nach den Motiven des Zwanges und nach dem Standpunkte des Zwingenden und Gezwungenen ein grosser Abstand. Was Erfahrung im Privatverhältniss zeigt, davon stellt sie uns im öffentlichen Verhältnisse das Gegentheil dar; dort ist nur ein Widerstreben

than legal) foundations of absolute power, most legal experts expressed their doubts as to the practical use of a theory that unilaterally appoints or forces individuals to serve the state. Despite being a follower of the coercion theory, Kreittmayer (1705–1790) held in addition that, as there were sufficient applicants, there was no necessity for coercion.¹⁴⁶ Seuffert and Becke added that better working ethics existed where there was no coercion, for which reason the state made no de facto use of its unilateral power to coerce individuals to serve; as intellectual work cannot be enforced, at least not in a manner which would best serve the realisation of general welfare.¹⁴⁷ From this perspective, the state remained dependent on cooperation, as it was unable to dispose over the resource of “motivation” on command.

Gönner vehemently opposed such a concession, however, as it would destroy the unity of sovereign power, thereby exposing it to private economic interests:

“Why would so many competent individuals otherwise inflict themselves on the state to be appointed to an office? Surely not for reasons of patriotism, at least, not ten out of a thousand. Rather, they see the office as a source of honour, influence, and income, from which they can attain certain benefits. As such, patriotism is forced to act servant to egotism.... Between the various forms of coercion lies a large gap with regard to the motivation and perspectives of coercers and coerced. Everything our private experiences have taught us is reversed in public relationships, where only repressed sensuality has any effect; which is

146 Kreittmayer (1754): Teil V, 24, § 4.

147 Seuffert (1793): 9 ff., v. a. 12; Becke (1797): Einleitung und § 17.

146 Kreittmayer (1754): Part V, 24, § 4.

147 Seuffert (1793): 9 onwards, esp. 12; Becke (1797): Introduction and § 17.

*der Sinnlichkeit wirkend, und darum sind erzwungene Privatarbeiten meistens schlecht. Aber das Vorhalten einer Bürgerpflicht setzt die Vernunft mit der Sinnlichkeit in Kampf, und dem Manne ist hierin der Sieg über die letzte nicht schwer.*¹⁴⁸

Gönner hielt also den Argumenten Kreitt-mayers, Seufferts und Beckes einerseits die Gefahren der Amtskorruption entgegen und führte andererseits den Nationalpatriotismus als Grund an, wieso Amtszwang mit der Verwirklichung grösstmöglicher Wohlfahrt durchaus zu vereinen sei. Bereits hier zeigt sich, dass das *politische Konzept des Patriotismus* Aufgaben übernahm, die heute gemeinhin mehr dem Recht (konkret einer Mischung von Korruptionsstrafrecht, einem privilegierten Rechtsstatus des Beamten und einer vertragsnahen Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses) zugeordnet werden: erstens den Beamten vor wirtschaftlichen Versuchungen zu bewahren, zweitens das Verhältnis zwischen Staat und Beamten zu stabilisieren und drittens den Zugriff auf eine Ressource zu ermöglichen, die dem Staat nicht direkt verfügbar ist: die Motivation des Beamten, gute Dienste zu leisten.

Dass Gönners Vertrauen in den *Nationalpatriotismus* doch nicht ganz so absolut war, zeigt sich allerdings daran, dass er die Professionalisierung der Verwaltung und ihre Abschottung gegenüber wirtschaftlichen Einflüssen mit Garantien auf einen lebenslangen Nahrungsstand zu verwirklichen suchte.¹⁴⁹ Ganz in der Konsequenz seiner Theorie gründete Gönner diese Pflicht des Staates öffentlichrechtlich als Folge einer Konzession, die jedoch zumindest teilweise der Beurteilung der Zivilgerichte und damit – in notwendiger Weise – der *stabilisierenden*

*why extorted private works are usually of inferior quality. But the pretence of a civil duty renders sensibility in conflict with sensuality, and man is not hard put to triumph over the latter.*¹⁴⁸

Thus, Gönner countered Krettmayer's, Seuffert's and Becke's arguments by holding the dangers of official corruption against them, whilst at the same time arguing that patriotism was why coercion into office could be reconciled with the concept of realising welfare to the greatest possible extent. It was already evident at this point that the *political concept of patriotism* assumed tasks that we today generally deem to be more of a legal matter (specifically, a combination of criminal corruption law, the privileged legal status of a civil servant, and a quasi-contractually structured legal relationship): for a start, by protecting the civil servant from economic temptations; secondly, by stabilising the relationship between the state and the civil servants; and thirdly, by motivating the civil servant to serve to the best of his abilities.

However, Gönner's trust in *national patriotism* was not absolute. This was clear from the way in which he argued that the professionalisation of the administration and its detachment from economic influences occurred on the basis of guaranteed lifelong sustenance.¹⁴⁹ In consequence of his theory, Gönner found an obligation of the state in public law that resulted from a concession that was in part at least subject to the jurisdiction of civil courts, and thereby *stabilised*

148 Gönner (1808): 70.

149 Gönner (1808): 117 ff.

148 Gönner (1808): 70.

149 Gönner (1808): 117 onwards.

*Wirkung des Rechts unterstand.*¹⁵⁰ Der Staatsbeamte habe zwar kein Recht am Amt, aber doch eines am lebenslangen Nahrungsstand.¹⁵¹ Gönners Theorie folgten – zumindest in den wesentlichen Zügen – zahlreiche Juristen,¹⁵² wobei spätestens seit Hegel auch die legitimatorischen Vorteile dieser Konzeption erkannt wurden: Der Beamtenstand, in gewissem Masse vom Zentrum der Macht unabhängig und auf Professionalität ausgerichtet, konnte als Mittler zwischen der fürstlichen Gewalt und der Gesellschaft und damit als funktionales Äquivalent zu demokratischen Beteiligungsrechten erscheinen.¹⁵³ In diesem Sinne lässt sich bereits bei Gönner erkennen, wie das Konzept des souveränen Nationalstaats respektive die ausdifferenzierte Politik ihre Grenzen zuvorderst in sich selbst fand, denn sie konnte sich trotz aller ihr zur Verfügung stehenden Macht nicht ohne Hilfe des Rechts und unabhängiger Gerichte behaupten. Damit waren zentrale Bedingungen der Möglichkeit einer Symbiose von Recht und Macht gegeben, die später als Theorien des Rechtsstaats eine bis heute dauerhafte Stabilisierung erfahren haben.

*by law:*¹⁵⁰ although civil servants had no rights of office, they did have the right to a lifetime's sustenance.¹⁵¹ Many legal experts¹⁵² accepted Gönner's theory in the main. Its advantages with regard to legitimation had been recognised since at least the time of Hegel: the civil service was, to a certain extent, independent from the centre of power and aimed at professionalising its civil servants. This meant that it was able to mediate between princely power and society, thereby acting as a functional equivalent of democratic rights of participation.¹⁵³ Gönner's works show how the concept of the sovereign nation state, or rather multi-faceted politics, was finding its limits primarily within itself. Despite all the power at its disposal, it was unable to assert itself in the long term without the help of the law and an independent judiciary. These central elements required for a symbiosis of law and power were later stabilised and developed into the theories of the rule of law we still know today.

150 Gönner (1808): vor allem 126 ff. und 262.

151 Gönner (1808): 195.

152 So etwa Heffter (1796–1880) in seinen Ausführungen von 1829: Heffter stellte zwar mit Bezug auf Kreittmayr fest, dass es nicht an Bewerber für den Staatsdienst fehle. Dennoch stehe dem Staat das Zwangsrecht im Sinne Gönners zu, und dieses beeinflusse „die rechtliche Ansicht von der Natur des Staatsdienstes“. Die Konsequenzen sah Heffter zum einen darin, dass die Staatsdiener weder gekauft werden könnten noch dürften; es bestehe ein Recht des Staates auf Leistung des Staatsdiensts, respektive eine Pflicht zur Leistung von Staatsdiensten. Zweitens folge daraus, dass das Verhältnis zwischen Staat und Staatsdiener nicht der privaten Willkür unterliege, die die öffentlichen Interessen gefährden könnten. Heffter (1829): 126 ff. Weiter siehe zum Beispiel Dahlmann (1847): 271 ff., vor allem 275–277 und Bluntschli (1852): 423.

153 Oben bei Fn. 79.

150 Gönner (1808): in particular 126 onwards and 262.

151 Gönner (1808): 195.

152 For instance Heffter (1796–1880) in his remarks of 1829: Heffter stated, with reference to Kreittmayr, that there was no shortage of applicants for government service. The State nevertheless had the right of obligation in Gönner's sense, which would affect "the legal view of the nature of state service". Heffter saw the consequences in the fact that public servants neither could nor might be bought; the state had a right to performance of the government service and there was a respective obligation to perform government services. It therefore follows that the relationship between state and public servant is not subject to private arbitrariness that might endanger the public interest. Heffter (1829): 126 onwards. For further discussion see e.g. Dahlmann (1847): 271 onwards, esp. 275–277 and Bluntschli (1852): 423.

153 See above: Fn. 79.

Diese *Symbiose beruht noch heute* auf einer Konzeption von Macht, die notwendigerweise souverän und damit von Kooperationen mit der Gesellschaft weitgehend befreit erscheint und hiermit dem Recht ein entsprechendes politisches Bias aufzwingt.¹⁵⁴ Heute erweist sich dies allerdings als *problematisch*. Denn die Politik kann sich nicht mehr auf die befehlsförmige Verwaltung der Gesellschaft beschränken, um ihren Auftrag, die Gesellschaft zu einigen und allgemeinen Wohlstand herzustellen, zu erfüllen. Die im Nationalstaat zentralisierte souveräne Macht (samt Rechtsmacht) vermag die grossen Versprechungen des *Contrat Social*, Einheit der Gesellschaft sowie allgemeine Sicherheit und Wohlstand, nicht mehr zu erfüllen. Sie ist hierzu vielmehr auf mannigfaltige Kooperationen mit der Gesellschaft angewiesen, womit der grosse gesellschaftstheoretische *Contrat Social* in zahlreiche Verträge zerfällt, die letztlich die Erhaltung der Autopoiesis der modernen Politik in einer radikal fragmentierten Gesellschaft zu ihrem Gegenstand nehmen. Verwiesen sei beispielhaft darauf,

- dass der Staat die Regulierung ganzer Wirtschaftsbereiche in enger Kooperation mit eben diesen Wirtschaftsbereichen erstellt oder diesen ganz überlässt,¹⁵⁵
- dass Erhaltung von Sicherheit und Ordnung nicht nur in Kriegsplätzen, sondern auch immer mehr im Staat selbst von Privaten übernommen wird,¹⁵⁶
- dass zum Beispiel die französische Regierung die Kooperation mit verschiedensten Gesellschaftsakteuren sucht, um die unruhigen Vorstädte zu befrieden,¹⁵⁷

This symbiosis still relies today on a conception of power that is necessarily sovereign and appears to be largely separated from any form of cooperation with society, thus imposing upon law a corresponding political bias.¹⁵⁴ In today's understanding, however, this bias is seen as a *problem*. Politics is no longer able to restrict itself to administering society on a command basis in order to fulfil its tasks of unifying society and securing the general welfare. The sovereign power (including legal power) centralised in the nation state is no longer able to fulfil the optimistic promises (unity of society and general security and welfare) that were made by the *contrat social*. It is too reliant on the many instances of cooperation with society, even though the great socio-theoretical *contrat social* has meanwhile collapsed into countless contractual agreements that ultimately ensure the maintenance of the autopoiesis of modern politics in a radically fragmented society. The following instances are particularly worth referring to in this regard:

- the state regulates entire economic areas in close cooperation with the economic areas themselves, sometimes even leaving them entirely to their own devices;¹⁵⁵
- the maintenance of security and order, not only on battlefields, but also increasingly within the state itself, is ensured by private individuals;¹⁵⁶
- the French government seeks to cooperate with various social actors in order to pacify the turbulent *banlieues*;¹⁵⁷

154 So meint denn die herrschende Lehre seit Fritz Fleiner, dass der Verwaltungsvertrag allein oder zumindest primär von einer Legitimation durch Gesetz abhängt. Vgl. Fleiner (1913): 201 ff. Zur Problematik jüngst Schmidt-Assmann (2001).

155 Siehe hierzu meine Studie zur Regulierung des Bankenplatzes Schweiz in Abegg (2006), m.w.H.

154 This has been the dominant theory since Fritz Fleiner, i.e. that an administrative contract depends solely or at least primarily on its legitimation by law. See Fleiner (1913): 201 onwards. Recent discussion of the problem in Schmidt-Assmann (2001).

155 See here my study on the regulation of Switzerland as a banking centre in Abegg (2006), with further references.

– und dass sogar mit Immigranten¹⁵⁸ oder Sozialhilfebezüglern¹⁵⁹ Verträge abgeschlossen werden, weil die Verwaltung sich und ihren „Klienten“ nicht mehr alleine zu helfen weiss.

Aber dies sind Geschichten, die ein andermal erzählt werden müssen.¹⁶⁰

– contracts are being made with immigrants¹⁵⁸ and social assistance recipients¹⁵⁹ as the administration is no longer able to help either itself or its “clients” on its own.

But these are stories that are to be told another time.¹⁶⁰

156 Es kann auf das im Zuge des Irakkriegs ausführlich diskutierte Söldnerwesen verwiesen werden: vgl. unter vielen Fisk/Carrell (2004). Über die entsprechende rechtsstaatliche und demokratische Legitimation dieses Söldnerheers unter vielen Brayton (2002); Michaels (2004); Whyte (2005). Dass es sich hier nicht nur um ein Problem des (fernen) Kriegswesens handelt, zeigt sich bereits ganz allgemein am privaten Sicherheitsdienst im öffentlichen Raum und im Speziellen etwa an der privaten „Bewirtschaftung“ von Gefängnissen. Hierzu etwa Freeman (1999): 10 f.; Kälin/Lienhard/Wytenbach/Baldegger (2007).

157 Vgl. zum Beispiel bei Cesari (2006); Bericht in *La Liberté* vom 12. Januar 2007, 2, *Enfin, la banlieue sera paisible...*

158 Besonders prägnant als Ablösung von *Contrat Social* ist der französische ‚*Contrat d'accueil et d'intégration*‘, mit welchem jeder Einwanderer sich – im Gegenzug für bestimmte Sozialdienstleistungen – zur Respektierung der fundamentalen Werte des Landes, der Einhaltung der Gesetze und zur Teilnahme an bestimmten sprachlichen und kulturellen Schulungen verpflichtet: *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, Artikel 311–9. Dass dieses Phänomen keineswegs auf Frankreich beschränkt bleibt, zeigt sich etwa in Basel, wo man ebenfalls mit individueller Integrationsvereinbarung die Einwanderer zu Sprachkursen zwingen will – unter Androhung des Verlustes der Aufenthaltbewilligung; vgl. mit Zitat des Basler Migrationsdelegierten Schmitt (2004): 24 f.

159 Pärli (2001) kommt das Verdienst zu, bereits früh auf diese Problematik hingewiesen zu haben; hierzu auch Åkerstrøm Andersen (2004); Vincent-Jones (2005). Vgl. etwa Art. 4 Abs. 5 des Freiburger Sozialhilfegesetzes vom 14. November 1991, 831.0.1: „Die Eingliederungsmassnahme im Rahmen eines Eingliederungsvertrags ermöglicht es dem Sozialhilfeempfänger, seine gesellschaftliche Eigenständigkeit und Eingliederung zu erlangen oder wiederzuerlangen.“ Diese Bestimmung ist seit dem 1.1.2000 in Kraft.

160 Womit der entsprechende Forschungsbedarf identifiziert werden soll. Zu dieser Wendung siehe Fögen (2002).

156 Reference can be made to the extensively discussed use of mercenaries in the course of the Iraq war: see among many others Fisk/Carrell (2004). On the relevant constitutional and democratic legitimation of this mercenary army see for instance Brayton (2002); Michaels (2004); Whyte (2005). That this is not just a problem regarding the conduct of a (faraway) war is shown in general by the private security agencies in the public sphere and the particular example of the private running of prisons. See for instance Freeman (1999): 10 onwards; Kälin/Lienhard/Wytenbach/Baldegger (2007).

157 See e.g. Cesari (2006); report in *La Liberté* of 12 January 2007, 2, *Enfin, la banlieue sera paisible...*

158 Especially poignant as a move away from the *contrat social* is the French '*Contrat d'accueil et d'intégration*', whereby each immigrant – in return for certain social services – agrees to respect the fundamental values of the country, observe its laws and receive training in its language and culture: *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, Article 311–9. That this phenomenon is by no means limited to France can be seen for instance in Basel, where the aim is likewise to compel immigrants to take language courses by means of individual integration agreements or face the loss of their residence authorisation: see, with quotation from the Basel immigration commissioner, Schmitt (2004): 24 onwards.

159 Pärli (2001) was one of the first to recognise this problem; see also Åkerstrøm Andersen (2004); Vincent-Jones (2005). See e.g. Art. 4 para. 5 of the Freiburg Social Assistance Law of 14 November 1991, 831.0.1: “The integration measure, in the context of an integration contract, permits the social assistance recipient to attain or regain his/her social self-sufficiency and integration.” This provision was introduced on 1 January 2000.

160 Where the necessary areas for research will be identified. On this see Fögen (2002).

Bibliografie/Bibliography

- ABEGG, ANDREAS 2004, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts – ein Beitrag zu Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit (Diss.), Zürich.
- ABEGG, ANDREAS 2005, Besprechung von: Sibylle Hofer, Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, in: ZSR 124, 73–81.
- ABEGG, ANDREAS 2006, Regulierung hybrider Netzwerke im Schnittpunkt von Wirtschaft und Politik, in: KritV 266–290.
- ABEGG, ANDREAS 2009, Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten, Zürich.
- ABEGG, ANDREAS 2010, Die Evolution des Verwaltungsvertrags zwischen Staatsverwaltung und Privaten. Der kontrahierende Staat in Deutschland, Frankreich und der Schweiz seit dem 18. Jahrhundert.
- ÅKERSTRØM ANDERSEN, NIELS 2004, The Contractualisation of the Citizen – on the transformation of obligation into freedom, in: Soziale Systeme 10, 273–291.
- ARISTOTELES 2003, Nikomachische Ethik, DIRLMEIER, Bibliogr. erg. Ausg., Stuttgart.
- ATIIYAH, PATRICK SELIM 1979, The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford.
- BACKHAUS, JÜRGEN (Hg.) 2005, Veit Ludwig von Seckendorffs Teutscher Fürsten-Stat, European Journal of Law and Economics Volume 19, Number 3, Boston.
- BALDUS DE UBALDIS 1400/2004, Commentaria omnia, KEIP, Goldbach.
- BECKE, FRANZ ARNOLD VON DER 1797, Von Staatsämtern und Staatsdienern, Heilbronn am Neckar.
- BELSER, EVA MARIA 2000, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht (Diss.), Freiburg i.Ue.
- BLACKSTONE, WILLIAM 1800, Commentaries on the laws of England: in four books, CHRISTIAN, 13. A., London.
- BLOCH, MARC 1924, La société féodale, Paris.
- BLUMENBERG, HANS 1966, Die Legitimität der Neuzeit, Frankfurt a.M.
- BLUNTSCHLI, JOHANN CASPAR 1852, Allgemeines Staatsrecht, München.
- BLUNTSCHLI, JOHANN CASPAR 1868, Allgemeines Staatsrecht, 2. A., München.
- BODIN, JEAN 1576, Les six livres de la république, 2. A., Paris.
- BÖHM, FRANZ 1928/1960, Das Problem der privaten Macht: Ein Beitrag zur Monopolfrage, in: MESTMÄCKER (Hg.), Reden und Schriften, Karlsruhe, 25–45.
- BÖHM, FRANZ 1933, Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin.
- BÖHMER, JUSTUS HENNING 1710/1726, Introductio in ius publicum universale, Halle/Magdeburg.
- BRAUDEL, FERNAND 1997, Die Dynamik des Kapitalismus, Stuttgart.
- BRAYTON, STEVEN 2002, Outsourcing War: Mercenaries and the Privatization of Peacekeeping, in: Journal of International Affairs 303–329.
- BREDEKAMP, HORST 2006, Thomas Hobbes, Der Leviathan das Urbild des modernen Staates und seine Gegenbilder, 1651–2001, 3. A., Berlin.

- BROWN, WENDY 2006, *Sovereignty and The Return of the Repressed*, in: Working Paper, Kadish Center for Morality, Law & Public Affairs <http://www.law.berkeley.edu/centers/kadish/workshop.html>.
- BRÜGGEMEIER, GERT 1980, *Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts*, in: ASSMANN/BRÜGGEMEIER/HART/JOERGES (Hg.), *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, Bremen und Frankfurt a.M., 9–81.
- BULLINGER, MARTIN 1968, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, Stuttgart.
- CANNING, JOSEPH 2003, *The Political Thought of Baldus de Ubaldis*, Cambridge Studies in Medieval Life and Thought: Fourth Series (No. 6), Cambridge.
- CESARI, OCELYNE 2006, *Demande de l'islam en banlieue: un défi à la citoyenneté*, in: Cemoti – no. 19 – Laïcité(s) en France et en Turquie, <http://cemoti.revues.org/document1695.html>, letzter Zugriff: 16.12.2011.
- CHAUVEAU, ADOLPHE 1841–44, *Principes de compétence et de juridictions administratives*, Paris.
- DAHLMANN, FRIEDRICH CHRISTOPH 1847, *Die Politik, auf den Grund und das Mass der gegebenen Zustände zurückgeführt*, 2. A., Leipzig.
- DARESTE, RODOLPHE 1862, *La justice administrative en France; ou traité du contentieux de l'administration*, Paris.
- DETER, GERHARD 1999, *Autonomes Zunft- und obrigkeitliches Gewerberecht. Zum Verhältnis von staatlichem und statuarischem Recht im Münster des 18. Jahrhunderts*, in: *Forum Historiae Iuris* <http://www.rewi.hu-berlin.de/online/fhi/articles/9909deter.htm>, letzter Zugriff: 16.12.2011.
- EBERHARD, HARALD 2005, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Ein Beitrag zur Handlungsformenlehre*, Wien.
- EBIHARA, AKIO 1985, *Justis Staatslehre und Wolffs Naturrechtslehre*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung (ZRG GA)* 102, 239–246.
- EHRlich, EUGEN 1902, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, Berlin.
- ERICHSEN, HANS-UWE 1971, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozess – ein dogmengeschichtlicher Beitrag zu Rechtsbindung, Rechtswidrigkeit und Rechtsschutz im Bereich staatlicher Eingriffsverwaltung*, Frankfurt a.M.
- FICHTE, JOHANN GOTTLIEB 1796/1979, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, 2. A. (Nachdruck), Hamburg.
- FISK, ROBERT/CARRELL, SEVERIN 2004, *Coalition of the Mercenaries: Occupiers Spend Millions on Private Army of Security Men*, in: *counterpunch*, <http://www.counterpunch.org/fisk03292004.html>, letzter Zugriff: 16.12.2011.
- FLEINER, FRITZ 1913, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 3. A., Tübingen.
- FÖGEN, MARIE THERES 2002, *Römische Rechtsgeschichten über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems*, Göttingen.
- FORSTHOFF, ERNST 1971, *Der Staat der Industriegesellschaft*, München.
- FREEMAN, JODY 1999, *Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law*, in: DYZENHAUS (Hg.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Toronto, 331–369.

- FREEMAN, JODY 2000, *The Contracting State*, in: *Florida State University Law Review* 28, 155–214.
- FREEMAN, JODY 2003, *Extending Public Law Norms Through Privatization*, in: *Harvard Law Review* 116, 1285–1352.
- GAMMA, MARCO 2000, *Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung polizeilicher Gefahrenabwehr*, Bern.
- GIERKE, OTTO VON 1868, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlin.
- GIERKE, OTTO VON 1874, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*, in: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 30, 153–198, 255–335.
- GÖMMEL, RAINER 1998, *Die Entwicklung der Wirtschaft im Zeitalter des Merkantilismus 1620–1800*, *Enzyklopädie deutscher Geschichte*, GALL, München.
- GÖNNER, NICOLAUS THADDÄUS 1803, *Beobachtungen über die Rechtsmaterien*, in: *Juridisches Archiv* 3, 352–368.
- GÖNNER, NICOLAUS THADDÄUS 1804, *Teutsches Staatsrecht*, Landshut.
- GÖNNER, NICOLAUS THADDÄUS 1808, *Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet nebst der Hauptlandespragmatik über die Dienstverhältnisse der Staatsdiener im Königreich Baiern*, Landshut.
- GORDLEY, JAMES 1991, *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford.
- GORDLEY, JAMES 1998, *Contract, Property, and the Will – The Civil Law and Common Law Tradition*, in: SCHEIBER (Hg.), *The State and Freedom of Contract*, Stanford, 66–86.
- GRIMM, DIETER 1972, *Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland*, in: WILHELM (Hg.), *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, Frankfurt a.M., 224–240.
- GRIMM, DIETER 1987a, *Der Staat in der kontinentaleuropäischen Tradition*, in: GRIMM (Hg.), *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 53–83.
- GRIMM, DIETER 1987b, *Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland*, in: GRIMM (Hg.), *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 84–103.
- GROTIUS, HUGO 1625/1950, *De jure belli ac pacis. Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens nebst einer Vorrede von Christian Thomasius zur ersten deutschen Ausgabe des Grotius vom Jahre 1707*, THOMASIVS/SCHÄTZEL, Paris/Tübingen.
- GRUNERT, FRANK 2005, *Absolutism(s): Necessary ambivalences in the political theory of Christian Wolff*, in: *The Legal History Review* 73, 141–152.
- HABERMAS, JÜRGEN 1992, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 2. A., Frankfurt a.M.
- HARDING, ALAN 2002, *Medieval law and the foundations of the state*, Oxford.
- HARDT, MICHAEL/NEGRI, ANTONIO 2002, *Empire: die neue Weltordnung*, Frankfurt a.M.
- HEFFTER, AUGUST WILHELM 1829, *Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht*, Berlin.
- HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH 1820, *Die „Rechtsphilosophie“ von 1820*, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, Stuttgart.

HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH 1821/1995, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 5. A., Hamburg.

HOBBS, THOMAS 1647, *Elementa philosophica de cive*, Amsterodami.

HOBBS, THOMAS 1651/1839, *Leviathan: or the matter, form, and power of a commonwealth ecclesiastical and civil*, *The English Works of Thomas Hobbes*, Vol. III, MOLESWORTH, London.

HUMBOLDT, WILHELM VON 1792/1962, *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, Stuttgart.

JUSTI, JOHANN HEINRICH GOTTLÖB VON 1756/1782, *Grundsätze der Polizeiwissenschaft*, 3. A., Göttingen.

JUSTI, JOHANN HEINRICH GOTTLÖB VON 1760a, *Die Grundfeste zu der Macht und Glückseligkeit der Staaten, oder, Ausführliche Vorstellung der gesamten Policy-Wissenschaft*, Königsberg.

JUSTI, JOHANN HEINRICH GOTTLÖB VON 1760b, *Die Natur und das Wesen der Staaten, als Grundwissenschaft der Staatskunst, der Policy, und aller Regierungswissenschaften dergleichen als die Quelle aller Gesetze*, Berlin.

JUSTI, JOHANN HEINRICH GOTTLÖB VON 1761, *Politische und Finanzschriften über wichtige Gegenstände der Staatskunst, der Kriegswissenschaften und des Cameral- und Finanzwesens*, Kopenhagen/Leipzig.

JUSTI, JOHANN HEINRICH GOTTLÖB VON 1771, *Die Grundfeste zu der Macht und Glückseligkeit der Staaten: oder ausführl. Vorstellung der gesamten Polizeiwissenschaft Königsberg*.

KÄLIN, WALTER/LIENHARD, ANDREAS/WYTTEBACH, JUDITH/BALDEGGER, MIRJAM 2007, *Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben*, Basel.

KANT, IMMANUEL 1797/1988, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, in: *Rechtslehre: Schriften zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 7–192.

KING, PRESTON 1999, *The ideology of order: a comparative analysis of Jean Bodin and Thomas Hobbes*, London.

KJAER, POUL 2009, *The return of the guild?*, in: TEUBNER/AMSTUTZ (Hg.), *Networks: Legal issues of Multilateral Cooperation*, London, 75–85.

KLOCK, CASPAR 1649–1650, *Consiliorum Casparis Klocki*, Francofurti.

KOCKA, JÜRGEN 1987, *Bürgertum und bürgerliche Gesellschaft im 19. Jahrhundert: Europäische Entwicklungen und deutsche Eigenarten*, in: KOCKA (Hg.), *Bürgertum im 19. Jahrhundert*, München, 11–76.

KÖLZ, ALFRED 1992, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte: Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, Bern.

KREITTMAYR, WIGULÄUS XAVER ALOYS VON 1754, *Anmerckungen über den Codicem iuris Bavarici iudiciarii worinn derselbe sowohl mit den gemeinen, als ehemahlig-statutarischen Gerichts-Ordnungen und Rechten genau collationirt*, München.

KREITTMAYR, WIGULÄUS XAVER ALOYS VON 1769, *Grundriss des allgemeinen, deutschen u. bayrischen Staatsrechtes*, München, Leipzig.

LEU, HANS JACOB 1727–1746, *Eydgenössisches Stadt- und Land-Recht, darinn der XIII. und zugewandten Lobl. Städt und Orten der Eydgenosschafft Stadt- und Land-Gesetze*, Zürich.

- LIEBERMAN, DAVID 1998, Contract before „Freedom of Contract“, in: SCHEIBER (Hg.), *The State and Freedom of Contract*, Stanford.
- LUHMANN, NIKLAS 1993, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M.
- LUHMANN, NIKLAS 2002, *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt a.M.
- MACHIAVELLI, NICCOLÒ 1537, *Il principe*, Vinegia.
- MAINE, HENRY SUMNER 1861, *Ancient law: Its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas*, MURREY, London.
- MALACORD, SEBASTIAN 1788, *De Publicis Officiis Absque Iusta Causa Eiusque Legali Cognitione Non Auferendis / Auctor Sebastianus Malacord*, Göttingen.
- MARITAIN, JACQUES 1950, The Concept of Sovereignty, in: *The American Political Science Review* 44, 343–357.
- MAYER, OTTO 1888, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage, in: *Archiv für öffentliches Recht*, Bd. 3, 3–86.
- MAYER, OTTO 1895/96, *Deutsches Verwaltungsrecht, Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*, Leipzig.
- MCILWAIN, CHARLES HOWARD 1939, *Constitutionalism and the changing world*, Repr., Cambridge.
- MEDICK, HANS 1973, *Naturzustand und Naturgeschichte der bürgerlichen Gesellschaft: die Ursprünge der bürgerlichen Sozialtheorie als Geschichtsphilosophie und Sozialwissenschaft bei Samuel Pufendorf, John Locke und Adam Smith*, Göttingen.
- MEIER, ERNST 1864, Rezension zu *La justice administrative en France ou traité du contentieux de l'administration par Rodolphe Dareste avocat au conseil d'état et à la cour de cassation*. Paris Auguste Durand librairie-éditeur. 1862. VIII und 688 S. in Octav., in: *Göttingische gelehrte Anzeigen*, 921–950.
- MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM 1991, Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts, in: *Rechtshistorisches Journal* 10, 177–192.
- MICHAELS, JON D. 2004, Beyond Accountability: The Constitutional, Democratic, and Strategic Problems with Privatizing War, in: *Washington University Law Quarterly* 82, 1001–1127.
- MITTERMAIER, CARL JOSEPH ANTON 1820, Beiträge zu den Gegenständen des bürgerlichen Processes, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 3, 289–313.
- MOHL, ROBERT VON 1831, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, Tübingen.
- MOUSNIER, ROLAND 1945, *La vénalité des offices sous Henri IV et Louis XIII*, Rouen.
- MOUSNIER, ROLAND 1974, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue 1598–1789*, Paris.
- MUSHENO, MICHAEL/ROSS, SUSAN M. 2008, Deployed: How Reservists Bear the Burden of Iraq, *Ann Arbor*.
- MYLER VON EHRENBACH, JOHANN NIKOLAUS 1678, *Hyparchologia, Seu De Officialibus, Magistratibus & Administris*, Tubingen.
- NEUMANN, JOHANN F. 1751, *Meditationes Juris Principum Privati: De Iure Personarum Illustrium Earumque Ministris; Praemittitur Notitia Scriptorum Iuris Principum Privati* Frankfurt a.M.

- NICOLAI, JOHANN DAVID 1802, *Öconomisch-juristische Grundsätze von der Verwaltung des Domainenwesens in den preußischen Staaten*, Berlin.
- OGOREK, REGINA 1984, Das Machtspruchmysterium, in: *Rechtshistorisches Journal* 82–107.
- OGOREK, REGINA 1986, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?: zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M.
- OGOREK, REGINA 1988, Individueller Rechtsschutz gegenüber der Staatsgewalt. Zur Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im 19. Jahrhundert, in: KOCKA (Hg.), *Bürgertum im 19. Jahrhundert. Deutschland im europäischen Vergleich*, München, Band 1, 372–405.
- PAHLOW, LOUIS 2000, *Justiz und Verwaltung. Zur Theorie der Gewaltenteilung im 18. und 19. Jahrhundert*, Goldbach.
- PÄRLI, KURT 2001, Sozialhilfeunterstützung als Anreiz für Gegenleistungen, in: *SBS/ASPAS Sozial Aktuell* 17–23.
- PERRIQUET, EUGÈNE 1884, *Les Contrats de l'Etat : Traité comprenant notamment les règles en matière de ventes ... concessions ... pensions ... récompenses nationale*, Paris.
- POLANYI, KARL 1944/1957, *The Great Transformation*, 1. A. Beacon Press, Beacon Hill.
- POLANYI, KARL 1944/1995, *The Great Transformation*, 3. A., Beacon Hill.
- REHBERG, AUGUST WILHELM 1807, *Ueber die Staatsverwaltung deutscher Länder und die Dienerschaft des Regenten*, Hannover.
- REYNOLDS, SUSAN 1996, *Fiefs and vassals the medieval evidence reinterpreted*, Oxford.
- ROSENBERG, HANS 1958, *Bureaucracy, Aristocracy, and Autocracy. The Prussian Experience 1660–1815*, Cambridge, Mass.
- RÜCKERT, JOACHIM 2003, Das BGB und seine Prinzipien, in: RÜCKERT/SCHMOECKEL/ZIMMERMANN (Hg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB; Band I: Allgemeiner Teil §§ 1–240*, Tübingen, zweites Kapitel.
- SAVIGNY, FRIEDRICH KARL 1840–1848/1973, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1–4, Berlin.
- SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD 2001, Das Recht der Verwaltungsverträge zwischen gesetzlicher Bindung und administrativer Gestaltung, in: DRENSECK (Hg.), *Festschrift für Heinrich Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag*, Köln, 65–78.
- SCHMITT, ERIC 2004, Guard Reports Serious Drop in Enlistment, in: *The New York Times* vom 17.12. 2004 <http://www.nytimes.com/2004/12/17/politics/17reserves.html?ex=1261026000&en=603cadee900906d0&ei=5088>, letzter Zugriff: 16.12.2011.
- SCHMITTHENNER, FRIEDRICH 1845, *Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechtes*, Giessen.
- SCHRÖDER, JAN 1993, *Privatrecht und öffentliches Recht*, in: *Festschrift für Joachim Gernhuber*, Tübingen, 961–974.
- SCHRÖDER, JAN/MICHAELS, RALF 2007, Private Law and the State, in: *RabelsZ* 71, 345–397.
- SCHWAB, DIETER 1975, *Eigentum*, in: OTTO BRUNNER ET AL. (Hg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Stuttgart, 65–115.
- SECKENDORFF, VEIT LUDWIG VON 1665, *Teutscher Fürsten-Stat*, Franckfurth/ M.

- SEUFFERT, JOHANN MICHAEL 1793, Von dem Verhältnisse des Staats und der Diener des Staats gegeneinander im rechtlichen und politischen Verstande, Würzburg.
- SHEEHAN, JAMES J. 1994, Der Ausklang des alten Reiches Deutschland seit dem Ende des Siebenjährigen Krieges bis zur gescheiterten Revolution 1763 bis 1850, Berlin.
- SMALL, ALBION W. 1909, The cameralists. The pioneers of German social policy, Chicago.
- SMITH, ADAM 1776/1993, Der Wohlstand der Nationen: eine Untersuchung seiner Natur und seiner Ursachen, 6. A., München.
- SPIROV, ALEXANDER V. 1998, Game of Morphogenesis: What Can We Learn from the Pattern-Form Interplay Models?, in: International Journal of Bifurcations and Chaos 8, 991–1001.
- STEIN, KARL, FREIHERR VOM UND ZUM 1957–1974, Briefe und amtliche Schriften. Bearbeitet von Erich Botzenhart, HUBATSCH, Stuttgart.
- STOLLEIS, MICHAEL 1988, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Erster Band. Reichspublizistik und Polizeiwissenschaft 1600–1800, München.
- STOLLEIS, MICHAEL 1990a, Rechtsstaat, in: ERLER/KAUFMANN (Hg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte: HRG, Band IV, Berlin.
- STOLLEIS, MICHAEL 1990b, Staatsräson, in: ERLER/KAUFMANN (Hg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 4, Berlin, 1826–1832.
- STOLLEIS, MICHAEL 1993, „Konfessionalisierung“ oder „Säkularisierung“ bei der Entstehung des frühmodernen Staates, in: ius Commune XX, 1–23.
- STOLLEIS, MICHAEL 1996, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN (Hg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden, 41–61.
- THOMANN, MARCEL 1995, Christian Wolff, in: STOLLEIS (Hg.), Staatsdenker in der Frühen Neuzeit, München, 259.
- TOCQUEVILLE, ALEXIS DE 1856, L’Ancien Régime et la Révolution, 2. A., Paris.
- UGRIS, WERNER 1985, Zwischen Absolutismus und Rechtsstaat, in: MEIER (Hg.), Österreich im Zeitalter der Aufklärung: Kontinuität und Zäsur in Europa zur Zeit Maria Theresias und Josephs: Band I, Wien, 365–376.
- VESTING, THOMAS 1997, Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts?: Zur neueren Diskussion über das Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, in: SCHLOSSER (Hg.), Bürgerliches Gesetzbuch 1896–1996, Heidelberg, 183–202.
- VINCENT-JONES, PETER 2005, Citizen Redress in Public Contracting for Human Services, in: Modern Law Review MLR 68, 887–924.
- WAKEFIELD, ANDRE 2005, Books, Bureaus, and the Historiography of Cameralism, in: European Journal of Law and Economics 19, 311–320.
- WEBER, MAX 1921–1925/1980, Wirtschaft und Gesellschaft, 2. A., Tübingen.
- WEITZEL, JÜRGEN 1976, Der Kampf um die Appellation ans Reichskammergericht. Zur politischen Geschichte der Rechtsmittel in Deutschland (Diss.), Böhlau.
- WHYTE, CLIVE WALKER AND DAVE 2005, Contracting out war?: Private Military companies, Law and Regulation in the United Kingdom, in: International and Comparative Law Quarterly 54, 651–690.

WIETHÖLTER, RUDOLF 1972, Wirtschaftsrecht, in: GÖRLITZ (Hg.), Handlexikon zur Rechtswissenschaft, München, 531–539.

WILLOWEIT, D. 1987, Gesetzgebung und Recht im Übergang vom Spätmittelalter zum frühneuzeitlichen Obrigkeitsstaat, in: BEHREND/S/LINK (Hg.), Zum römischen und neuzeitlichen Gesetzesbegriff, Göttingen, 123–146.

WOLFF, CHRISTIAN VON 1748/1968, *Ius naturae*, THOMANN, Repr. Nachdr., Hildesheim.

WOLFF, CHRISTIAN VON 1754, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, worinn alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden, Halle.

ZAHN, BALTHASAR CONRAD/ZAHN, THEODOR ERNEST 1713, *Politia Municipalis sive de Jure et Jurisdictione Civitatum Municipalium ac Superiorem recognoscentium earundemque Magistr. et Civium officio Tractatus jurid.-politicus Cujus Ichnographia jam aliquoties prodiit*, Leipzig.