

IUS COMMUNE

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

XXV

Herausgegeben von DIETER SIMON
und MICHAEL STOLLEIS



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main
1998



THOMAS HENNE

Die kontinentaleuropäischen Wurzeln des amerikanischen Verwaltungsrechts*

Mit großer Selbstverständlichkeit stellte der Dean der Yale Law School, Anthony T. Kronman, kürzlich fest: „The German intellectual tradition that starts with Hegel and to which Max Weber belonged, the tradition the Frankfurt School continued and that Jürgen Habermas now represents, is today a powerful force in American legal thought.“¹ Das gilt auch und gerade für das Fach Rechtsgeschichte in den USA: Folgt man Mathias Reimanns Pointierung, ist die einflußreiche Critical Legal Studies-Schule „an indirect descendant of continental jurisprudence of interests and of the free school of law“.² Die in jüngster Zeit in allen Rechtsgebieten verstärkte Diskussion um Gemeinsamkeiten und Unterschiede der deutschen und amerikanischen Rechtskultur kann daher nur gewinnen, wenn über die verschiedenen Abschnitte (aber auch temporären Brüche) dieser Traditionslinie mehr bekannt wird.³

* Zugleich eine Besprechung von OLIVER LEPSIUS, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law. Amerikanische Entwicklungen bis zum New Deal*. Tübingen: Mohr Siebeck 1997. XII, 352 S., DM 118,-

¹ ANTHONY T. KRONMAN, My Senior Partner [= Fritz Kessler], in: *Yale Law Journal* 104 (1995), p. 2129 ss. (2131). Zu obiger Liste darf Niklas Luhmann hinzugefügt werden; zu dessen stetig wachsendem Einfluß vgl. das Symposium „Closed Systems and Open Justice: The Legal Sociology of Niklas Luhmann“, in: *Cardozo Law Review* 13 (1992), p. 1419 ss. Auch die jüngst publizierte Übersetzung von FRANZ WIEACKERS Privatrechtsgeschichte als *A History of Private Law in Europe with particular reference to Germany*, Oxford 1995, ist ein Beleg für Krönmans These.

² Continental Imports – The Influence of European Law and Jurisprudence in the United States, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 64 (1996), p. 391 ss. (403). Beachtenswert ist aber andererseits MIRJAN DAMAŠKAS Warnung: „Much of American legal reasoning [will] appear to Continentals to be an exercise in Freirechtslehre“ (A Continental Lawyer in an American Law School [...]), in: *University of Pennsylvania Law Review* 116 [1968], p. 1363 ss. [1369 Fn. 10]).

³ Für wichtige theoretische Hinweise zur Untersuchung von „Kultur- und Wissenstransfer“ vgl. BERND KORTLÄNDER, Begrenzung – Entgrenzung, in: DERS. und LOTHAR JORDAN, *Nationale Grenzen und internationaler Austausch*, Tübingen 1995, p. 1 ss., besonders p. 11.

Die bessere Kenntnis kontinentaleuropäischer Wurzeln des amerikanischen Rechts kann auch helfen, die Debatte um Gemeinsamkeiten und Unterschiede der beiden Rechtssysteme nicht auf einer primär konstruktivistischen Ebene steckenzulassen – und dazu beitragen, in der Wissenschaftsgeschichte des amerikanischen Verwaltungsrechts einen bloß antiquarischen Biographismus zu vermeiden.⁴ Im Hinblick auf das heutige Verwaltungsrecht ergibt sich noch ein Ertrag: Die bis heute andauernde Außenseiterstellung des administrative law im amerikanischen Wissenschaftsbetrieb läßt sich besser verstehen, wenn die oben erwähnte Linie der deutschen Geistesgeschichte anhand ihrer Vertreter im amerikanischen Verwaltungsrecht nachgezeichnet wird.⁵ Und schließlich können derartige Studien das Verständnis dafür fördern (und zugleich die Grundlage zukünftiger Analysen sein), warum das amerikanische Verwaltungsrecht in verschiedenen Wellen nach 1945 wiederum für die deutsche Rechtswissenschaft attraktiv wurde⁶ – und wie dieses Fach, dessen amerikanische Vertreter regelmäßig von Selbstzweifeln über Inhalte und Methodik ihrer Wissenschaft heimgesucht werden,⁷ bei einer Rechtsvergleichung von deutscher Seite aus angegangen werden kann. Noch ist es so, daß die in den letzten Jahren vermehrt erschienenen deutschen Publikationen zum amerikanischen Verwaltungsrecht nicht selten die methodischen Schwierigkeiten beim Umgang mit dem common law einfach zu überspielen versuchen.⁸

⁴ Viele Details z. B. bei PAUL CARRINGTON, in: *JZ* 50 (1995), p. 529 ss. Dortige kuriose Bemerkungen wie „Die meisten, die das Feld des Rechts bestellen, ereilt oftmals das Schicksal, als ‚Arbeitsbienen‘ vergessen zu werden“ bekommen einen besonderen Klang, wenn man weiß, daß eben jener Autor die rechtskritische *Critical Legal Studies*-Bewegung kurzerhand des Nihilismus bezichtigt hatte (Of Law and the River, in: *Journal of Legal Education* 34 [1984], p. 222 ss. [227]). Aus dem Blickwinkel der Rechtsgeschichte zusammenfassend jetzt DANIEL R. ERNST, *The Critical Legal Tradition in the Writing of American Legal History*, in: *Yale Law Journal* 102 (1993), p. 1019 ss.

⁵ Eine äußerst knappe Zusammenfassung in Lepsius' Buch p. 12 s.; der Zusammenhang wird nochmal kurz angesprochen auf p. 266. Im folgenden beziehen sich Seitenweise ohne nähere Erläuterung jeweils auf Lepsius' Buch.

⁶ Diesem Thema, das eine nähere Untersuchung lohnt, kann an dieser Stelle nicht weiter nachgegangen werden. Lepsius' umfassende Bibliographie bietet jedoch auch insoweit eine Zusammenstellung wichtiger Literatur.

⁷ Eine Zusammenstellung aktuellerer Artikel z. B. bei RICHARD M. THOMAS, *Deprofessionalization and the Postmodern State of Administrative Law Pedagogy*, in: *Journal of Legal Education* 42 (1992), p. 75 ss. mit dem treffenden Hinweis: „The article titles are like something one might expect to find on the pop psychology/self-help shelf at the local bookstore.“ (p. 76 Fn. 11).

⁸ Für letzteres ist Lepsius' treffender Hinweis auf p. 9 Fn. 18 hervorzuheben: z. B. bei WINFRIED BRUGGER, *Einführung in das öffentliche Recht der USA*, München 1993,

Mathias Reimann hat kürzlich den Einfluß der Historischen Schule auf die amerikanische Rechtswissenschaft souverän analysiert und eine zugleich folgenreiche und insgesamt gescheiterte Rezeption konstatiert.⁹ Reimanns Studie ließ aufgrund der vielen Belege zu Wissenschaftskontakten zwischen Deutschland und den USA im 19. Jahrhundert vermuten, daß ein ähnlich intensiver Einfluß auch im Gebiet des Verwaltungsrechts zu finden ist. Soeben hat nun Oliver Lepsius in einer umfassenden Abhandlung genau dieses Thema behandelt und zugleich dargestellt, welchen Einfluß das common law auf die Entwicklung des amerikanischen Verwaltungsrechts von 1880 bis 1935 hatte.¹⁰ Aus deutscher Perspektive mag es überraschend klingen, aber die Wissenschaftsgeschichte des amerikanischen Verwaltungsrechts ist bisher auch in englischsprachigen rechtshistorischen Publikationen nur sporadisch angeschnitten worden.¹¹ Biographien einzelner Ver-

wird weder diskutiert, welche Folgen sich für den Untersuchungsgegenstand aus der fehlenden Dichotomie öffentliches/Privatrecht ergeben, noch wird auf die bei Lepsius zu Recht titelgebende Rolle des common law eingegangen. Auch AXEL LINNEWEBER, *Einführung in das US-amerikanische Verwaltungsrecht*, Frankfurt am Main 1994, überspielt diese Probleme und findet sogar mit Einschränkungen „gleiche staats- und verfassungsrechtliche Grundgedanken zur Sicherung des Rechtsschutzes“ gegen Verwaltungsmaßnahmen (a. a. O., p. 28).

⁹ *Historische Schule und Common Law. Die deutsche Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts im amerikanischen Rechtsdenken*, Berlin 1993. Rezensionen durch O. LEPSIUS, in: *Ius Commune* 21 (1994), p. 482 ss. (mit der treffenden Einschätzung: „Selten ist eine Rezeptionsgeschichte so anschaulich und spannend beschrieben worden“, ebd. p. 486) und in: *ZNR* 17 (1995), p. 332 s.; außerdem durch JAMES E. HERGET, in: *RabelsZ* 60 (1996), p. 771 ss. und eingehend durch A. BROCKMÖLLER, in: *Rechtstheorie* 27 (1996), p. 585 ss. Eher tastende Annäherungen an das Thema des Buches in der „Rezension“ von F. RANIERI, in: *RJ* 14 (1995), p. 133 ss. Vgl. außerdem den ergänzenden und ebenfalls von M. REIMANN herausgegebenen Sammelband *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820–1920*, Berlin 1993.

¹⁰ Es ist bemerkenswert und durch Lepsius' Zugriffsansatz nicht vollständig begründbar, daß sein Buch außerhalb der Reihe „Comparative Legal History“ erschienen ist. In dieser z. Zt. wichtigsten Publikationsreihe für vergleichende Rechtsgeschichte ist neben den erwähnten Büchern von Reimann z. B. erschienen: WOLFGANG PÖGGELER, *Die deutsche Wissenschaft vom englischen Staatsrecht*, Berlin 1995 (vgl. aber die zu Recht kritischen Rezensionen von ERICH J. HAHN, in: *Ius Commune* 23 [1996], p. 526 ss., von ERNST VOLLRATH, in: *Der Staat* 33 [1996], p. 139, und von RICHARD REGNER, in: *ZNR* 20 [1998], p. 130). In der Reihe „Kritische Studien zur Geschichtswissenschaft“ ist ein schon 1979 publizierter rechtshistorisch-rechtsvergleichender Sammelband leider singulär geblieben: *Recht und Entwicklung der Großunternehmen im 19. und frühen 20. Jahrhundert*, hg. von NORBERT HORN und JURGEN KOCKA Göttingen 1979.

¹¹ Eine wichtige Ausnahme ist allerdings DOROTHY ROSS, *The Origins of American Social Science*, Cambridge 1991, doch liefert die Autorin erstens ganz überwiegend nur englischsprachige Belege und verliert zweitens aufgrund ihres Zugriffsansatzes die Verwaltungsrechtswissenschaft in dem Maße aus den Augen, wie sie sich von der Politikwissenschaft entfernt.

waltungsrechtler haben in letzter Zeit vermehrt Aufmerksamkeit gefunden, doch fehlte bislang eine zusammenhängende Studie zu dem kontinuierlichen und vor allem deutschen Einfluß auf die Anfänge der amerikanischen Verwaltungsrechtswissenschaft. Doch gerade dieses Feld bietet sich für eine umfassende Analyse an: Persönliche Erfahrungen mit der kontinentaleuropäischen Rechtskultur mündeten nicht nur in zahlreiche rechtsvergleichende Studien, sondern auch in einen großteils unbewußten Transfer des deutschen Verständnisses von (Verwaltungs-)Recht. Hatten jene rechtsvergleichenden Studien vor allem in der Gründungsphase des amerikanischen Verwaltungsrechts (1890–1914) und bei der Vorbereitung des New Deal eine jeweils spezifische Funktion, so prägte der Transfer von Elementen der deutschen Rechtskultur am Ende des 19. Jahrhunderts die amerikanische Verwaltungsrechtswissenschaft durchgängig bis zur Ankunft der deutschen Emigranten ab 1933.¹²

I

Lepsius, neben anderen Veröffentlichungen schon durch eine rechtsmethodologisch-rechtshistorische Dissertation ausgewiesen,¹³ arbeitet diese Zusammenhänge nun heraus. Als einen roten Faden benutzt er in seinem bereits preisgekröntem¹⁴ Werk immer wieder die Werkbiographie Ernst Friends, jenes deutsch-amerikanischen Wissenschaftlers, der mit Frank Goodnow und Felix Frankfurter ein treffend so genanntes „Triumvirat“ der frühen amerikanischen Verwaltungsrechtslehre und -forschung bildete.¹⁵ Nicht nur diese drei Wissen-

¹² Zum Thema „Continental Administrative Law and its Perception 1880–1930“ außerdem die noch unpublizierte LL.M.-thesis des Verfassers.

¹³ *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklung in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus*, München 1994. Rezensionen dazu durch BERND RÜTHERS, in: *Ius Commune* 23 (1996), p. 577 ss., durch UDO DI FABIO, in: *AöR* 121 (1996), p. 652 ss. und – ausgesprochen instruktiv – durch M. WIEGANDT, in: *Kritische Justiz* 30 (1997), p. 380 ss.; in: *RJ* 15 (1996), p. 122 ss. durch S. HOFER ein Verriß, der aber eher einer nicht seltenen Attitude von Buchbesprechungen in jener Zeitschrift als dem rezensierten Buch angemessen ist.

¹⁴ Lepsius' Buch wurde in *NJW* 50 (1997), p. 3142 ss. zu einem der fünf „juristischen Bücher des Jahres“ gekürt, nachdem sich das Kuratorium schon in den Jahren zuvor erfreulich begeisterungsfähig für Werke zum *common law* gezeigt hatte. Ausgesprochen positiv auch die Rezension durch H. PÜNDEr, in: *JZ* 52 (1997), p. 892.

¹⁵ So sehr es zu begrüßen ist, wenn Friends Wirken die Aufmerksamkeit heutiger Autoren erweckt, so ist Freund doch in einem jüngst erschienenen Buch mit dem Titel

schaffter, sondern auch ihre Vorgänger und weniger bekannte Verwaltungsrechtler waren auf unterschiedliche Weise maßgeblich von kontinentaleuropäischem Rechtsdenken geprägt, wofür Lepsius' souveräne und vor Material geradezu überquellende Studie zahllose Belege liefert.

Schon Lepsius' Einleitungssatz zeigt sein Gespür für die Struktur dieses Rezeptionsvorganges: Der Autor stellt dem amerikanischen Verwaltungsrecht eine „französisch-deutsche Tradition“ gegenüber. Nicht nur werden so die französischen Wurzeln des deutschen Verwaltungsrechts gewürdigt (wofür bekanntlich vor allem auf die Transferleistung Otto Meyers hinzuweisen ist¹⁶). Zugleich hebt Lepsius zutreffend hervor, daß für den amerikanischen Blick auf kontinentaleuropäisches Verwaltungsrecht zumal in der Anfangszeit neben dem deutschen Verwaltungsrecht vor allem das *droit administratif* von Bedeutung war. Dies wiederum ging einher mit einer berühmten und krassen Fehleinschätzung des *droit administratif* durch den Engländer Dicey, in dessen vielgelesenem Werk zum englischen Verfassungsrecht eher nebenbei das *droit administratif* als kurzerhand unvereinbar mit englischen Rechtsvorstellungen erklärt wurde.¹⁷

Warum aber hat letztlich nicht Dicey, sondern – wie Lepsius zu Recht feststellt – das *common law* „eine begriffliche und methodische Verselbständigung des Verwaltungsrechts erschwert, wenn nicht sogar

„Der Einfluß deutscher Emigranten [sic!] auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland“ (hg. von MARCUS LUTTER u. a., Tübingen 1993) falsch untergebracht, denn – wie JOHN C. REITZ in seinem dortigen englischsprachigen Artikel zu Recht ausführt – „his emigration [...] appears to have been voluntary“ (a. a. O. p. 423) und war folglich auf deutsch eine *Auswanderung* und keine *Emigration*. Auch als „Vertriebener“ (denen sich jenes Buch laut Vorwort p. III widmen will) kann Freund kaum bezeichnet werden. Daß in Amerika als klassischem Einwanderungsland diese sprachliche Differenzierung zwischen Auswanderung und Emigration nicht in gleicher Schärfe besteht, rechtfertigt nicht Freunds Aufnahme in ein Buch mit dem obigen Titel. Kritisch zur Aufnahme von gleich drei Wissenschaftlergenerationen in jenes Buch auch C. PETIT in seiner spanischsprachigen Rezension in: *Ius Commune* 23 (1996), p. 600 ss. (603): „una concurso de tirios y troyanos que no resulta precisamente clarificador“.

¹⁶ Dazu v. a. ERK VOLKMAR HEYEN, *Otto Mayer. Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft*, Berlin 1981, *passim*.

¹⁷ Allerdings läßt sich in mehrfacher Hinsicht kaum behaupten, daß „schon aufgrund zeitgenössischer Kritik [Dicey seine Thesen] für die 7. Auflage überarbeitet“ hat (p. 210 Fn. 14). Zwar enthielt schon die 6. Auflage von 1902 Korrekturen, doch waren diese eher halbherzig und befanden sich in einem häufig übersehenen Anhang; der Haupttext war lediglich um einige Fußnoten vermehrt und wurde von Dicey insoweit kaum mehr verändert. Zudem waren diese „Korrekturen“ alles andere als eine schnelle Reaktion, waren doch seit der Erstaufgabe bereits siebzehn Jahre vergangen.

verhindert“?¹⁸ Die hier angesprochene relativ geringe Autonomie des amerikanischen Rechtssystems und die Ursachen für das weitgehende Fehlen selbstreferentieller Maßstäbe analysiert der Autor anhand vieler Einzelbeispiele. Vorangestellt jedoch sind einige in enttäuschem Unterton vorgebrachte Beispiele: Schon der „Begriff des Verwaltungsrechts“ ist nach seiner Darlegung „in den USA verschwommen“,¹⁹ und auch „der Begriff des Common Law entzieht sich [...] einer konzisen Definition“.²⁰ Lepsius' einleitende „begriffliche Vorklärungen“ enthalten daher zwar einige scharfsinnige Beobachtungen, sind jedoch als definitionsorientierter Startpunkt für eine Annäherung an den amerikanischen Untersuchungsgegenstand offensichtlich mit einer sehr kontinentaleuropäischen Methode behaftet. Jene in einem langen Professionalisierungsprozeß erworbene Kompetenz, axiomatische Begrifflichkeiten herauszuarbeiten und zu verknüpfen, verliert notwendigerweise in einem common law-Umfeld weitgehend ihren Wert.

Ein weiteres Problem erschwert den Einstieg in Lepsius' dann aber um so ergiebigeres Buch: Schon der Buchdeckel verspricht scheinbar werbewirksam, daß die Analyse des amerikanischen Verwaltungsrechts deutlich machen kann, „welche Folgen die privatisierte Aufgabenerfüllung bei gleichzeitiger staatlicher Aufsichtsbehörde mit sich bringt – ein Modell, das jetzt in Europa aktuell wird.“ Jedenfalls „in Gestalt einer negativen Kontrastschablone“²¹ möchte der Autor die „amerikanischen Erfahrungen“ für eine Kritik jener Privatisierungs-ideen nutzbar machen. Doch wie kann der bedenkliche „Einfluß einer primär privatrechtlichen Betrachtungsweise auf öffentlich-rechtliche Problemlagen“²² anhand des amerikanischen Beispiels diskutiert werden, wenn – wie der Autor selbst mit gutem Grund einige Seiten weiter ausführt²³ – die deutsche Trennung zwischen Zivil- und öffentlichem Recht kein amerikanisches Äquivalent hat und in Kontinentaleuropa das zu Recht von Lepsius als prägend herausgearbeitete common law fehlt? Zudem setzt sich Lepsius' Idee natürlich dem gut bestückten und langjährig aufgebauten Argumentationskanon jener

¹⁸ p. 1.

¹⁹ p. 23.

²⁰ p. 33.

²¹ p. 4.

²² So Lepsius' Formulierung p. 4.

²³ p. 27.

Literatur aus, die generell die Möglichkeit eines „Lernens aus der (Rechts-)Geschichte“ abstreitet. Wie schon bei so vielen anderen Autoren bleibt auch bei Lepsius die entgegengesetzte Behauptung hauptsächlich ein uneingelöstes Versprechen der Einleitung²⁴ und sollte daher niemanden von dem viel ergiebigeren Hauptteil des Buches abhalten. Denn durchgehend ergibt sich nun ein ganz eigenartiger Reiz daraus, daß Freund, der nichts weniger als einen kurzerhand „vom Common Law abgewandten [...] Gesamtansatz“ verfolgte,²⁵ in Lepsius' Buch, das den Einfluß eben jenes common law auf das Verwaltungsrecht untersucht, immer wieder die „Kontrast-schablone“ bildet.

II

In seinem ersten Hauptkapitel liefert Lepsius einen prägnanten Überblick über die Phase der materiell-rechtlichen Verwendung der due process-Klausel. Die Ausführungen amerikanischer Wissenschaftler zu dieser viel erörterten laissez faire-Ideologie der ersten Jahrzehnte dieses Jahrhunderts lassen aus Sicht eines an deutschen Begrifflichkeiten geschulten Lesers häufig eine Abstraktion vermischen: von den Details der cases hin zur Aufdeckung jener Methodik, die die Gesetzesauslegung damals beherrschte.²⁶ Lepsius präsentiert nun genau jene Analyse des Richterrechts und kann so aufzeigen, warum typisierte verwaltungsrechtliche Normen bei der einzelfallzentrierten Judikatur ihre normative Kraft immer wieder einbüßen: Ein anti-interventionistisches und individualisierendes „Common-Law-Verfassungsrecht“²⁷ lieferte für die Richter die Maßstäbe „alter Zeiten“, um gegen gemeinwohlorientiertes und gegenwartsbezogenes Gesetzesrecht vorzugehen. Relativ zum allgemeinen Gefährdungspotential war die Arbeit von Bäckern bisher nicht gefährlich gewesen, eine Arbeitszeitverordnung folglich auch jetzt unreasonable. Für Bergleute war die Lage schon immer anders gewesen, so daß auch

²⁴ Auch der Ansatz auf p. 69 („Das folgende Kapitel kann daher auch unter dem Blickwinkel gelesen werden, ob Konzepte tragfähig sind, die technische Fragen Expertenkollegien überantworten“ wollen) wird nicht weiter verfolgt.

²⁵ p. 182.

²⁶ Zur Kritik an der Herangehensweise amerikanischer Wissenschaftler siehe p. 59.

²⁷ p. 45.

1898 noch die Einführung des Achtsturentages das Prädikat reasonable ohne Schwierigkeiten erhalten konnte.²⁸

Wer hätte besser als Ernst Freund einen kontinentaleuropäischen Standpunkt in diese Debatte einbringen können? Sein von Lepsius kurz skizzierter und an einer zentralen Stelle immer noch etwas unklarer Lebenslauf gab dem 1864 geborenen Wissenschaftler eine ganz eigene Mittlerstellung: Seine zweifache akademische Ausbildung als Jurastudent im deutschen Kaiserreich und am think tank für Politikwissenschaft in Columbia befähigte ihn, das systematisierende Denken der deutschen Rechtswissenschaft in die noch politikwissenschaftlich orientierte Gründungsphase des amerikanischen Verwaltungsrechts einzubringen.

Auch Lepsius' verdienstvolle Analyse von deutschem Archivmaterial kann aber nicht klären, warum Freund direkt nach der in Heidelberg absolvierten Doktorprüfung 1884 in die USA auswanderte.²⁹ Der bloße Besitz der amerikanischen Staatsbürgerschaft aufgrund seiner Geburt in den Staaten ist offensichtlich keine hinreichende Begründung. Eine Erklärung muß vermutlich bei Freunds Erfahrungen mit dem Antisemitismus im Kaiserreich ansetzen.

Eine Publikation von Treitschke hatte 1879 nicht nur den Übergang vom religiös fundierten Mißtrauen zum ethnologisch begründeten Antisemitismus markiert, sondern mit Treitschke war zugleich erstmals ein führender Universitätsprofessor antisemitisch hervorgetreten. Schon während seiner Schulzeit dürfte Freund die damit eingeleiteten Auseinandersetzungen wahrgenommen haben, denn als Verteidiger der Juden trat auch der Frankfurter Gymnasialprofessor Fischer mit einer vielgelesenen Schrift hervor³⁰ – und dies 1880, als Freund noch Schüler an Fischers Gymnasium war.

²⁸ Bäcker: Lochner v. New York, 198 U.S. 45 [1905]; Bergleute: Holden v. Hardy, 169 U.S. 366 [1898].

²⁹ Aufschlußreich wäre hier sicherlich eine Auswertung des in den USA befindlichen Nachlasses von Freund; der Fundort ist angegeben bei OSCAR KRAINES, *The World and Ideas of Ernst Freund* [...], Alabama 1974, p. IX. Zu dieser Biographie gleich bei Fn. 74.

³⁰ KARL FISCHER, *Heinrich v. Treitschke und sein Wort über unser Judentum. Ein Wort zur Verständigung*, M. Gladbach 1880; im selben Jahr erschien bereits die 3. Auflage. Eine weitere Streitschrift mit noch kräftigerem Stil publizierte FISCHER 1881: *Antisemiten und Gymnasiallehrer*, Berlin 1881.

Nicht feststellen ließ sich leider, ob zwischen dem Autor S. FREUND einer 1879 in Görlitz erschienenen Schrift „*Wir alle sind die Kinder eines Vaters*“ und der Familie von Ernst Freund familiäre Verbindungen bestehen. Eine Fernleihe der in *Der Berliner*

1881, als Freund sein Jurastudium in Berlin begann, erlebte er dann dort die Auswirkungen des sog. „Berliner Antisemitismusstreits“. ³¹ Zwar hatte die Berliner Universität Treitschke alsbald isoliert, „besser und entschlossener als je wieder eine deutsche Universität, wenn es um die Abwehr des Antisemitismus ging“. ³² Dafür hatte insbesondere eine Petition von 75 „Notabeln“ gesorgt, die auch von Freunds Lehrer Gneist unterzeichnet war. ³³ Doch über die Unterschriftsleistung hinaus entfalteten die Professoren nur wenige Aktivitäten – Gneist z. B. schwieg im Abgeordnetenhaus während einer Debatte zu Treitschkes Publikationen. ³⁴ Wilhelm Freund aber, liberaler Reichstagsabgeordneter, verlor sein Mandat 1881 als Folge „schärfster antisemitischer Angriffe“. ³⁵ Für die tiefe Verunsicherung auf Seiten jüdischer Akademiker sei kurz der Handelsrechtler Levin Goldschmidt erwähnt, für den sein Biograph Lothar Weyhe jüngst zu Recht als Folge des Antisemitismusstreites eine seit den 1880er Jahren wachsende Bitterkeit konstatiert hat. ³⁶

Noch einschneidender aus Sicht des Berliner Studenten Freund wird die studentische Reaktion gewesen sein: Treitschkes „agitatorischer Funke“ zündete „lodernde Flammen in der Studentenschaft“ ³⁷ – innerhalb kürzester Zeit hatte der Antisemitismus eine zentrale Rolle

Antisemitismusstreit, hg. von WALTER BOEHLICH, Frankfurt am Main 1988, im Anhang zur Bibliographie angegebenen Abhandlung blieb erfolglos.

³¹ Eine gute Zusammenfassung zur antisemitischen Agitation gegen jüdische Juristen seit 1878/79 jetzt bei BARBARA STRENGE, *Juden im preußischen Justizdienst 1812–1918*, München [usw.] 1996, p. 189 ss. (Rezension durch TH. ORMOND, in: *ZNR* 19 [1997], p. 152 ss., vgl. auch meine Besprechung unten pp. 590–593).

³² BOEHLICH, *Antisemitismusstreit* (Fn. 30), im Nachwort p. 247.

³³ Namen der Unterzeichner bei HANS LIEBESCHÜTZ, *Das Judentum im deutschen Geschichtsbild von Hegel bis Max Weber*, Tübingen 1967, p. 341 s. Die Erklärung ist (ohne die Liste der Unterzeichner) außerdem abgedruckt bei BOEHLICH (Fn. 30), p. 202 ss.; bei HANS FENSKE, *Im Bismarckschen Reich 1871–1890*, Darmstadt 1978, p. 261 und in der zeitgenössischen Publizistik z. B. in *Europäischer Geschichtskalender*, hg. von H. SCHULTHESS, Jg. 1880, p. 241. FENSKES Angabe (p. 260) vom Abdruck der Petition in der Zeitung „Die Post“ vom 12.11.1880 ließ sich nicht bestätigen.

³⁴ ERICH J. HAHN, *Rudolf von Gneist*, Frankfurt am Main 1995, p. 229 ss.

³⁵ ERNEST HAMBURGER, *Juden im öffentlichen Leben Deutschlands*, Tübingen 1968, p. 297. Es ließ sich nicht klären, ob über die Namensgleichheit zwischen Ernst und Wilhelm Freund hinaus auch verwandtschaftliche Beziehungen bestanden.

³⁶ LOTHAR WEYHE, *Levin Goldschmidt*, Berlin 1996, p. 132 ss., besonders bei Fn. 81, 97 u. 105.

³⁷ KONRAD H. JARAUSCH, *Deutsche Studenten 1800–1970*, Frankfurt am Main 1984, p. 85; ebd. p. 82 ss. gute Hinweise zu den Vorbedingungen für das Entstehen des akademischen Antisemitismus.

im studentischen Milieu erlangt.³⁸ Das galt auch und gerade für Berlin: Über 40% der Berliner Studenten unterschrieben eine anti-semitische Petition.³⁹ Der junge Student Freund erlebte „vor Ort“ mit, wie sich seit 1881 Anti- und die inzwischen ebenfalls organisierten Philosemiten bei universitären Wahlen mit bisher unbekannter Hefigkeit bekämpften.⁴⁰ Andererseits aber konnte Freund zu den insbesondere von Gneist betreuten amerikanischen Jurastudenten in Berlin Kontakte pflegen;⁴¹ selbst Friends späterer Lehrer Goodnow war vermutlich zur selben Zeit wie Freund in Berlin.⁴²

Gleichzeitig traf Freund der Ausschluß jüdischer Studenten aus den Verbindungen infolge des Antisemitismustreits.⁴³ Insbesondere für Jurastudenten kam den Corps und Burschenschaften bekanntlich eine zentrale Rolle beim sozialen Aufstieg nach dem Studium zu. Eine an verborgener Stelle publizierte und autobiographisch geprägte Abhandlung von Freund zum Jurastudium in Deutschland⁴⁴ liefert den Hinweis, daß auch Freund keinen Zutritt zu Verbindungen hatte. Freund schildert in seinem Aufsatz viele Details des Jurastudiums, geht aber mit keinem Wort auf Studentenverbindungen ein.

Als Freund sein Studium in Heidelberg fortsetzte, kam er zwar an eine Universität, wo der studentische Antisemitismus vorerst weniger

³⁸ Dazu umfassend NORBERT KAMPE, *Studenten und ‚Judenfrage‘ im Deutschen Kaiserreich*, Göttingen 1988, p. 111 ss.; zusammenfassend jetzt NOTKER HAMMERSTEIN, *Antisemitismus und deutsche Universitäten 1871–1933*, Frankfurt am Main 1995.

³⁹ KAMPE, *Studenten* (Fn. 38), p. 30 m. w. N.; SCHULTHESS, *Europäischer Geschichtskalender* (Fn. 33), p. 242 spricht von einem „erhebliche[n] Theil“; JARAUSCH, *Deutsche Studenten* (Fn. 37), p. 85, zitiert eine Quelle von 1881, wonach allgemein an den norddeutschen Universitäten „ein Drittel, ja teilweise fast die Hälfte“ unterschrieben.

⁴⁰ Dazu JARAUSCH, *Deutsche Studenten* (Fn. 37), p. 87 s. und KAMPE, *Studenten* (Fn. 38), p. 33 ss., insbesondere zur unseligen Rolle des „Vereins Deutscher Studenten“.

⁴¹ „Since 1857 there has been a steady succession of students from all parts of the United States to all the chief universities of Germany, [...] Berlin usually having the largest number.“ (WILLIAM WATSON GOODWIN, *Remarks on the American Colony*, in: *Proceedings of the Massachusetts Historical Society*, 2nd Series, 1897/98, p. 366 ss. [367]).

⁴² Goodnow studierte 1882/83 in Paris und Berlin, „where he specialized in administrative law“ (*Essays on the Law and Practice of Governmental Administration*, ed. by CHARLES G. HAINES and MARSHALL E. DIMOCK, Baltimore 1935, p. VII).

⁴³ JARAUSCH, *Deutsche Studenten* (Fn. 37), p. 89: Die Corps nahmen „seit 1880 de facto kaum noch Juden auf“; mit kurzer Verzögerung folgten auch die Burschenschaften. Zu letzteren ausführlich DIETRICH HEITHER und ALEXANDRA KURTH, *Bürgerliche Revolutionäre – Antisemitische Nationalisten [...]*, in: DIETRICH HEITHER u. a., *Blut und Paukboden. Eine Geschichte der Burschenschaften*, Frankfurt am Main 1997, p. 71 ss.

⁴⁴ *The Study of Law in Germany*, in: *The Counsellor. The New York Law School Law Journal* 1 (1891–92), p. 131 ss.

stark war.⁴⁵ Doch auch hier nahmen die Verbindungen nur noch als „Einzelgeste“ jüdische Studenten auf⁴⁶ und gingen als Folge des Antisemitismusstreits die Habilitationen jüdischer Wissenschaftler signifikant zurück.⁴⁷ Freunds letzte Jahre der Schulzeit und sein gesamtes Studium waren also durch den Antisemitismusstreit mehrfach, direkt und negativ beeinflusst.

Daß Freund, wie Lepsius belegt,⁴⁸ in seinem zur Doktorprüfung eingereichten Lebenslauf seine „Rückkehr“ in die USA geradezu postuliert, läßt sich daher ebenfalls mit dem Antisemitismus in Verbindung bringen: Freund stellte so erstens klar, daß er keine wissenschaftliche Karriere in Deutschland anstrebte, und daß er zweitens eher als ausländischer Gast („Rückkehr“) denn als deutsch-jüdischer Student die Doktorprüfung ablegen wollte. Beides mag dazu gedient haben, einer antisemitisch motivierten Verweigerung der Doktorprüfung die Grundlage zu entziehen und so die nach Freunds Schilderung in jenem Aufsatz⁴⁹ ausgesprochen ungezwungene Prüfung vorzubereiten. Immerhin hatte Freund es damit – anders als noch z. B. Levin Goldschmidt⁵⁰ – geschafft, auch als Jude zum Doktor beider Rechte promoviert zu werden.

Sucht man nach Gründen für Freunds Auswanderung, wird außerdem die ungünstige Stellenlage für Juristen in den 1880er Jahren zu berücksichtigen sein: Nicht weniger als durchschnittlich 5 bis 6 Jahre mußten zukünftige Assessoren am Ende der 1880er Jahre auf ihre Stelle warten.⁵¹ Und auf die endlich frisch examinierten Juristen

⁴⁵ Schon SCHULTHESS (*Europäischer Geschichtskalender* [Fn. 33], p. 242) schreibt 1880: In Süddeutschland finden „keine öffentlichen Versammlungen statt und wird die [antisemitische] Petition nur spärlich unterzeichnet, hie und da sogar energisch zurückgewiesen“. Diese Einschätzung wird für Freunds Studienort Heidelberg bestätigt in einem weiteren zeitgenössischen Zitat, abgedruckt bei NORBERT GIOVANNINI, *Jüdische Studentinnen und Studenten in Heidelberg*, in: *Jüdisches Leben in Heidelberg*, hg. von N. GIOVANNINI u. a., Heidelberg 1992, p. 203 bei Fn. 4; zu den Ursachen p. 213.

⁴⁶ GIOVANNINI, *Jüdische Studentinnen* (Fn. 45), p. 203; ebenfalls die 1880er Jahre als Wendepunkt für die Aufnahme jüdischer Studenten in Heidelberger Verbindungen hebt hervor MEIKE BAADER, *Nie sicher vor Fremdheit*, in: *Jüdisches Leben* (Fn. 45), p. 226. Anders aber KAMPE, *Studenten* (Fn. 38), p. 128, der insoweit die antisemitische Wende erst für die 1890er Jahre konstatiert.

⁴⁷ NORBERT GIOVANNINI, *CHRISTIAN JANSEN, Judenemanzipation und Antisemitismus an der Universität Heidelberg*, in: *Jüdisches Leben* (Fn. 45), p. 165.

⁴⁸ p. 12.

⁴⁹ A.a.O. (Fn. 44), p. 134.

⁵⁰ Dazu WEYHE, *Goldschmidt* (Fn. 36), p. 49.

⁵¹ HARTMUT TITZE, *Der Akademikerzyklus. Historische Untersuchungen* [...], Göttingen 1990, p. 65 m. w. N.; Streng, *Juden* (Fn. 31), p. 252 ss.

wartete dann meist nur der in den 1880er Jahren überfüllte Anwaltsstand, da die Richterstellen bis 1888 faktisch „eingefroren“ waren.⁵²

Und schließlich konnte Freund durch seine Auswanderung der Wehrpflicht in Deutschland entgehen: Da Friends Vater in Deutschland lebte, schützte auch Ernst Friends Geburt in den USA ihn nicht vor der Wehrpflicht; vielmehr begann seine „Melde- und Gestellungspflicht“ am 1.1.1884,⁵³ also just im Jahr seiner Auswanderung. Und es war durchaus nicht selten, daß junge Männer durch ihre Auswanderung in die USA auch der Wehrpflicht entkommen wollten.⁵⁴

Durch seine Auswanderung den Bedrängnissen von Antisemitismus, Stellenmangel, Wartezeiten und Armeedienst entronnen, fand Freund dann ab 1884 in Columbia ein neues akademisches Umfeld, das mehr als offen war für rechtsvergleichende Studien insbesondere zum kontinentaleuropäischen Recht. Daher erlangte Freund schnell Zugang zu dem, was als regelrechter Familienstammbaum des amerikanischen Verwaltungsrechts bezeichnet werden kann und von Lepsius an einer etwas versteckten Stelle kurz beschrieben wird:⁵⁵ Jene academic community, in der auf den Lehrstuhl des von Kant beeinflussten, frankophoben Europa-Flüchtlings Franz (Francis) Lieber, Verfasser eines vielbenutzten Lehrbuchs zum Verfassungsrecht,⁵⁶ sein Schüler John Burgess, ein Hegel-Adept, gefolgt war; Burgess' Schüler Frank Goodnow wiederum, mindestens in seinen frühen Schriften stark von Gneist geprägt, machte jetzt Ernst Freund zu seinem Meisterschüler. Und seit Burgess' Zeiten war jener Stammbaum nicht nur streng germanophil, sondern sogar alle drei, Burgess, Goodnow und Freund, hatten bei dem inzwischen konservativen

⁵² TITZE, *Akademikerzyklus* (Fn. 51).

⁵³ Diese Berechnung auf der Grundlage der verdienstvollen Studie von AXEL VON DER STRATEN, *Die Rechtsordnung des Zweiten Kaiserreiches und die deutsche Auswanderung nach Übersee 1871–1914*, Berlin 1997, p. 90 Fn. 270 u. 271.

⁵⁴ DAZU VON DER STRATEN, *Rechtsordnung* (Fn. 53), p. 21 und *passim*.

⁵⁵ p. 265ss. bei der Darstellung von Frank Goodnows verwaltungsrechtlichem Denken.

⁵⁶ Die schon umfangreiche Literatur zu Lieber ist jüngst durch einen deutschsprachigen Sammelband vermehrt worden (*Franz Lieber* [...], hg. von PETER SCHÄFER und KARL SCHMITT, Weimar 1993), worin jedoch Liebers Beiträge zur zeitgenössischen Rechtswissenschaft und sein Beitrag zum Transfer europäischen Rechtsdenkens (abgesehen vom Kriegsvölkerrecht) nur cursorisch behandelt werden. Insoweit immer noch aufschlußreich, schon wegen seines Zugriffsansatzes: B. E. BROWN, *American Conservatives: The Political Thought of Francis Lieber and John W. Burgess*, New York 1951.

Rudolf Gneist in Berlin studiert.⁵⁷ Dies begründete übrigens keine Ausnahmestellung einer juristischen Disziplin, sondern auch z. B. in der Physik und in der Mathematik waren um 1890 die später führenden amerikanischen Wissenschaftler in Deutschland ausgebildet worden.⁵⁸

Diese Zusammenhänge sind alles andere als eine Huldigung biographischer Details, denn auch heute noch beeinflussen Denkansätze aus der Burgess/Goodnow/Freund-Schule – im Gegensatz zu Lepsius' These⁵⁹ – das amerikanische Verwaltungsrecht (in einer sehr typischen Synthese mit Felix Frankfurters verfassungsrechtlich orientiertem Ansatz in seinem 1932 erschienenen und stark tagespolitisch ausgerichteten casebook). Dazu gleich; vorerst soll auf ein Beispiel eingegangen werden, wie von Studien in Deutschland beeinflusste Wissenschaftler auf eine ganz spezifische Weise in die Debatten um die oben erwähnte *laissez faire*-Judikatur eingriffen.

Argumentierte man insoweit mit der *police power*, einer Art verwaltungsrechtlicher Generalermächtigung, hatte man eine abstrahierende Begrifflichkeit gefunden. Diese Vorgehensweise war jedoch so kontinentaleuropäisch, daß sie vor allem von Wissenschaftlern zur Vollendung gebracht wurde, die von ihrem Studium dort geprägt worden waren. Wichtig für die Praxis war vor allem ein von Christopher G. Tiedeman 1886 publiziertes Werk.⁶⁰ Der Autor, typischerweise ebenfalls ein Student aus Columbia, war 1877 nach Deutschland gegangen und hatte dort nahezu zwei Jahre verbracht. Während seiner Studien in Göttingen (dort eingeschrieben von Ostern 1877 bis Ostern 1878⁶¹) und Leipzig scheint ihn die damalige Anwendung der

⁵⁷ Soweit ersichtlich, wird diese wichtige Rolle Gneists in der ausführlichen Literatur über ihn bisher kaum thematisiert. Es wäre aufschlußreich, wenn die vielfältigen wissenschaftlichen Kontakte Gneists zu Forschern im Ausland einmal systematisch zusammengestellt würden.

⁵⁸ Zur Physik: R. STEVEN TURNER, [...] Der merkwürdige Fall der Physik um 1900, in: *Nationale Grenzen* (Fn. 3), p. 276 ss. (290); zur Mathematik: REINHARD SIEGMUND-SCHULTZE, Felix Kleins Beziehungen zu den Vereinigten Staaten [...], in: *Sudhoffs Archiv* 81 (1997), p. 21 ss. (24 m. w. N. in Fn. 18).

⁵⁹ p. 278.

⁶⁰ *Treatise on the Limitations of Police Power in the United States*, St. Louis 1886 (falsche Jahreszahl bei LEPSIUS, p. 61 Fn. 90). Zu Tiedemans Biographie CLYDE E. JACOBS, *Law, Writers and the Courts. The Influence of [Tiedeman] upon American Constitutional Law*, Berkeley 1954, p. 59; zu seinen Thesen außerdem B. SCHWARTZ, *Main Currents in American Legal Thought*, Durham/NC 1993, p. 303 s.

⁶¹ DANIEL B. SHUMWAY, The American Students of the University of Göttingen, in: *German American Annals*, New Series 8 (1910), p. 171 ss. (214).

Sozialistengesetze stark beeinflusst zu haben. Jedenfalls nahm er jene Sozialistenfurcht mit nach Hause und steigerte sie so stark, daß er in seinem Buch staatliche Eingriffe auf gleich allen Feldern ablehnte und dadurch die *laissez faire*-Ideologie radikalisierte. Dies machte sein Buch übrigens teilweise sehr „modern“ – gegen die ganz herrschenden zeitgenössischen Ansichten fand Tiedeman z. B. keinen Grund für das Verbot von Heiraten zwischen Schwarzen und Weißen.⁶² Spätestens nachdem niemand Geringeres als der damals noch recht konservative Goodnow jedoch etliche central faults in Tiedemans Werk aufgelistet hatte,⁶³ wurde Tiedeman aber von Columbias verwaltungsrechtlichem think tank ausgeschlossen und konnte nur Professor an der damals nicht sonderlich renommierten New York-University werden.

Achtzehn Jahre nach Tiedeman publizierte mit Freund dann ein weiterer Autor mit Studienerfahrung in Deutschland eine ausführliche Abhandlung über die *police power*.⁶⁴ Die zeitgenössische Reaktion auf Friends Buch kann kein Erstaunen auslösen: Wenn die dickleibige Abhandlung wahrgenommen wurde, so von Juristen als zu politikwissenschaftlich und von der *political science* als zu juristisch.⁶⁵ Freund saß mit seinem Ansatz, von Lepsius zu Recht als „geradezu umwälzend“ charakterisiert,⁶⁶ bereits damals aufgrund seiner Methodik zwischen allen Stühlen.

Aus der Sicht eines heutigen kontinentaleuropäischen Betrachters entfaltet Friends Ansatz jedoch eine auch durch den zeitlichen Abstand noch kaum getrübe analytische Kraft, wie Lepsius bei der Vorstellung von Friends „Alternativmodell“ zeigen kann.⁶⁷ Friends Thesen „in Richtung eines grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts“⁶⁸

⁶² Ebd. p. 536 s.

⁶³ *Political Science Quarterly* 2 (1887), p. 174.

⁶⁴ *The Police Power. Public Policy and Constitutional Rights*, Chicago 1904. Weitere zeitgenössische Studien zur *police power* waren W. P. PRENTICE, *Police Powers arising under the Law of Overruling Necessity*, New York 1894 und ALFRED RUSSELL, *The Police Power of the State and Decisions thereon* [. . .], Chicago 1900.

⁶⁵ Typisch die Rezension durch HENRY JONES FORD, in: *Political Science Quarterly* 19 (1904), p. 687 ss. (688): „It may well be doubted whether [Friend's] presentation of the subject will do more than add confusion to that which already exists.“ Zu wenig differenziert ist daher die Kennzeichnung von Friends *Police Power* als „highly influential“ (so aber PAUL L. MURPHY, Freund, Ernst, in: *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, ed. by KERMIT L. HALL, New York 1992, p. 317; im übrigen wird dort Freund fälschlicherweise zum „son of German immigrants“).

⁶⁶ p. 66.

⁶⁷ p. 61 ss.

⁶⁸ p. 63.

klingen für deutsche Leser vertraut – immerhin war Freund ursprünglich ausgebildet in jenem Land, das kurze Zeit später die Folie für Max Webers Typus der rationalen Bürokratie darstellte. Doch ging jedenfalls vorläufig – wie auch Lepsius schreibt – die Rechtsentwicklung noch andere Wege.⁶⁹ Lepsius' Idee aber, die Analyse der Entwicklung des common law mit den Werken Freunds zu verknüpfen, hat sich wieder bewährt.

III

Nach einem zugleich detailreichen und scharfsinnigen Überblick zur Entstehung von zwei wichtigen independent regulatory agencies kehrt Lepsius dann zu seiner Methodik zurück, das amerikanische Verwaltungsrecht angeleitet von Freunds Werken zu analysieren. Die Gleichzeitigkeit von zu hoher und zu geringer Regulierungsdichte der amerikanischen (Verwaltungs-)Gesetzgebung ist seit Jahrzehnten ein Kontinuum,⁷⁰ der spezifisch amerikanische Ausweg einer ganz überwiegend nur verfahrensrechtlichen Verwaltungskontrolle ebenfalls. Freund, im Zeitalter des späten Gneist in den Kategorien des formellen Rechtsstaatsbegriffes ausgebildet, war natürlich zeit seines Lebens ein Gegner beider Merkmale. Eine detailliert ausgearbeitete Gesetzgebungslehre, Mitarbeit bei der Chicagoer Gesetzgebung (von Lepsius erstmals in den Einzelheiten beschrieben) und ein Kampf gegen discretion (dessen Differenz zum deutschen Ermessen von Lepsius hervorragend dargestellt wird) bildeten folglich die Eck-

⁶⁹ Im Hinblick auf die von LEPSIUS zitierte und übernommene Feststellung FRANKFURTERS, daß die Arbeiten Freunds in Anwaltschaft und Rechtsprechung viele Jahre keine Beachtung fanden (p. 67), scheint jedoch Vorsicht geboten. Wie bei kaum einem anderen Autor ist bei Frankfurters Äußerungen immer auch sein rechtspolitisches Interesse zu berücksichtigen (auch z. B. bei seinem *casebook*; dazu gleich). Auch bei der von LEPSIUS erwähnten Publikation von 1927 (*University of Pennsylvania Law Review* 75, p. 614 ss.) steht wohl der Aufforderungscharakter (Lest Freund!) und nicht das Bemühen um historisch korrekte Deskription im Vordergrund. Immerhin konstatierte Frankfurter bereits in demselben Artikel, daß „we are in the midst of a process“, durch den das ‚neue‘ Verwaltungsrecht in die alte Rechtsordnung integriert werde – womit eben auch Freunds Thesen gemeint waren. Außerdem führt LEPSIUS selbst einen 1926 vor dem Supreme Court erfolgreichen Anwaltsschriftsatz an, der sich auf Freund stützte (p. 65 Fn. 106 u. 107).

⁷⁰ LEPSIUS weist p. 133 treffend auf die Zahlenbeispiele Freunds hin: Schon 1911/13 überstieg die Normproduktion in den USA die in Deutschland quantitativ um ein Vielfaches.

punkte dieses Teils von Friends Tätigkeit.⁷¹ Und mit der Geradlinigkeit, die auch sonst Friends Leben auszeichnete, setzte er dabei jene Grundsätze um, die er schon 1894 in einem Besprechungsaufsatz zu einem Werk seines Lehrers Goodnow dargelegt hatte.⁷² Wie schon bei der police power sind daher Friends Thesen einerseits weit entfernt vom Erwartungshorizont der Zeitgenossen und andererseits immer wieder ergiebig auch für einen heutigen deutschen Betrachter des amerikanischen Verwaltungsrechts. Lepsius arbeitet dies auch für den Umgang mit dem Gesetzesbegriff überzeugend heraus.⁷³

Doch alle Sympathie für Leben, Werk und Ansatz Ernst Friends sollte die schon aus Gründen des Zeitablaufs notwendige Distanz nicht verwischen. Die bisher einzige englischsprachige Werkbiographie zu Freund erliegt sogar willentlich der Gefahr, immer wieder Freund als den Autor noch aktuell gültiger Gedanken zu präsentieren,⁷⁴ und auch bei Lepsius ist eine Historisierung des immerhin vor über fünfundsiebzig Jahren verstorbenen Freund nur teilweise erfolgt. Lepsius trennt nicht zwischen Primär- und Sekundärliteratur und führt so Autoren ganz unterschiedlicher Prägungen und Zeiten als Mitglieder scheinbar einer einzigen scientific community ein: den SS-Juristen Höhn⁷⁵ neben deutschen Autoren der 50er Jahre, die nach der Erfahrung des Nazismus Anregungen im amerikanischen Verwaltungs-

⁷¹ Dazu das 4. und 5. Kapitel bei Lepsius. Auf Lepsius' Ausführungen zum *New Deal* und die Zeit danach (vgl. z. B. pp. 185–203) kann hier aus Platzgründen nicht eingegangen werden.

⁷² The Law of the Administration in America, in: *Political Science Quarterly* 9 (1894), p. 403 ss.; dem Besprechungsaufsatz lag zugrunde GOODNOW, *Comparative Administrative Law*, New York 1893, das weniger rechtsvergleichend war als vielmehr der provokativ vorgetragene Vorschlag, Gneists Verständnis von Verwaltungsschutz in die USA zu übernehmen (auch an dieser Stelle würde es sich lohnen, Gneists Einfluß einmal genauer zu analysieren). Daß dieser Vorschlag auf wenig fruchtbaren Boden fiel, zeigt sich schon daran, daß Goodnows Schüler Freund die – soweit ersichtlich – einzige Rezension zu diesem Werk geschrieben hat. Jedenfalls nahmen weder die *Harvard Law Review* noch das *Yale Law Journal* Notiz von Goodnows Werk.

⁷³ p. 207 ss., besonders p. 216.

⁷⁴ KRAINES, *Ernst Freund* (Fn. 29). Hinzu kommt, daß KRAINES Friends Leben und Werk nicht chronologisch entfaltet, sondern in viele inhaltliche Einzelkategorien zerreißt. Außerdem übersieht Kraines dessen deutschsprachige Publikationen. Zu E. Friends vermutlich einziger Schülerin S. Breckinridge jetzt ELLEN FITZPATRICK, *Endless Crusade. Women Social Scientists and Progressive Reform*, New York [usw.] 1990, p. 44 ss.

⁷⁵ p. 42 Fn. 26: „Nur rechtsquellentheoretisch richtig ist daher die Deutung von R. Höhn...“. Zur Vorgeschichte des von LEPSIUS angesprochenen Buches: MICHAEL STOLLERIS, *Recht im Unrecht*, Frankfurt am Main 1994, p. 182; zur Einordnung Höhns ebd. p. 169.

recht suchten; frühe amerikanische Legal Realists neben deutschen oder amerikanischen Staatsrechtlern der 90er Jahre.⁷⁶ Doch mag dieser Ansatz eine notwendige Bedingung sein, damit Lepsius das bisher so unbearbeitete Feld der amerikanischen Verwaltungsgeschichte vor dem New Deal gleich im ersten Anlauf durchpflügen kann.

IV

Daß Wissenschaftsstrukturen durch Ausbildungsinhalte perpetuiert werden, war ein wesentliches Leitmotiv nicht nur vieler Ausbildungsreformer der 70er Jahre in Deutschland.⁷⁷ Auch die Gründer der amerikanischen Verwaltungsrechtswissenschaft hatten erkannt, daß die Akzeptanz ihrer Wissenschaft bei Juristen die Integration des Faches in die law schools voraussetzte – und zugleich entweder jene Institution oder das Fach verändern mußte. Die viel erörterte, auch auf die Übertragung kontinentaleuropäischer Pädagogikansätze zurückgehende⁷⁸ case method à la Harvard und das politikwissenschaftlich orientierte frühe administrative law waren nicht kompatibel. Die schon von anderen Autoren umfassend dargestellten Auseinandersetzungen bei der Gründung der University of Chicago Law School waren dabei der Schwanengesang für die Gegner von Harvards case method.⁷⁹ Lepsius weist jedoch zusätzlich auf einen wichtigen und meist übersehenen Aspekt kurz hin: den Einfluß der

⁷⁶ Zum Beispiel p. 245 Fn. 111: „Das übersieht [der *Legal Realist*] H. Yntema [in einem Aufsatz von 1931]“.

⁷⁷ Allerdings scheint heutzutage die Sprengkraft jener Vorschläge, die auf eine Entmachtung der deutschen Landesjustizämter und die Einführung eines Universitätsabschlusses für das Jurastudium hinzielen, bislang nur unzureichend erkannt zu sein. Nicht nur für amerikanische Beobachter ist schwer verständlich, warum es so lange widerspruchlos akzeptiert wurde, den juristischen Fachbereichen Lehrfreiheit zu geben, diese aber durch zentralisierte Prüfungen (und die damit einhergehende zentrale Ausbildungsrolle von Repetitoren) drastisch zu entwerten. Für das Erstaunen aus amerikanischer Sicht vgl. die aktuelle Stellungnahme von DAVID LEEBRON (*Dean der School of Law, Columbia University*), in: *Newsletter der Deutsch-Amerikanischen Juristenvereinigung* 22 (1997), p. 33 s.

⁷⁸ „The notion that teaching a student how to think like a lawyer should play a central role in legal education had a significant, even if elliptical, connection to Continental pedagogy“, vor allem zu Pestalozzi, schreibt zutreffend ANTHONY CHASE, *The Birth of the Modern Law School*, in: *American Journal of Legal History* 23 (1979), p. 329 ss. (343).

⁷⁹ Wenn auch rein quantitativ gesehen die case method selbst „nach Chicago“ noch nicht umfassend durchgesetzt war.

nun festgezurrten Ausbildungsstruktur auf Forschung und Lehre im Verwaltungsrecht insgesamt und Freund im speziellen. Zum einen hatte Freund erkennen müssen, wie wichtig das network der Harvard-Professoren gewesen war – eine Organisierung der eigenen Wissenschaftskollegen erfolgte kurze Zeit später in der American Political Science Association. Zum anderen kann Lepsius zutreffend feststellen: „Die Bedeutung der Kasuistik nahm in Freunds Schriften [...] zu, während sein theoretischer Anspruch zurückging“.⁸⁰ Erst die Niederlage in Chicago veranlaßte Freund und Goodnow, ihr Fach nun in casebooks den Jurastudenten zu präsentieren. Dies bedeutete nicht nur, wie Lepsius herausarbeitet, daß nun (zweitinstanzliche) Gerichtsentscheidungen und nicht verwaltungsrechtliche Gesetze im Vordergrund standen, sondern auch, daß nun zum Beispiel Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte kaum mehr präsentierbar waren.⁸¹

V

Schied Freund mit der Niederlage in Chicago nun aus dem Kreis jener aus, die die anfangs erwähnte Traditionslinie von Hegel bis Max Weber an die amerikanische Rechtswissenschaft vermitteln konnten? Immerhin war Freund seit seiner Auswanderung eher zurückhaltend bei Kontakten zu deutschen Universitäten,⁸² und Lepsius konsta-

⁸⁰ p. 234 und detaillierter pp. 261–263. LEPSIUS bezieht diese Aussage erst auf die Zeit nach dem Ersten Weltkrieg, doch ist mindestens die 1911 erfolgte Publikation von Freunds casebook eine teilweise Aufgabe früherer Positionen.

⁸¹ Zum Beispiel enthielt FREUNDS casebook trotz seines Titels *Cases on Administrative Law selected from Decisions of English and American Courts* nur wenige englische Gerichtsentscheidungen, und diese fast ausschließlich zum Beleg für das Recht früherer Zeiten, nicht aber um gegenwärtiges englisches Recht zur Rechtsvergleichung zu präsentieren.

⁸² An dem Professorenaustausch zwischen Preußen und Chicago (dazu jüngst CHRISTOPH STUDDT, [...] Hermann Onckens Austauschprofessur in Chicago 1905/06, in: *Historische Zeitschrift* 264 (1997), p. 361 ss. m. w. N.) war Freund offenbar nicht beteiligt. Dies ist um so bemerkenswerter, als 1904 und im Anschluß an Präsident Roosevelt der Berliner Juraprofessor Joseph Kohler die zweite juristische Ehrendoktorwürde der Chicagoer Universität erhielt (dazu mit großem Stolz ders., *Aus vier Weltteilen*. Reisebilder, Berlin 1908, pp. 96, 101 und 130 s.; leider nicht ausgewertet in dem sonst ergiebigen Buch von ALEXANDER SCHMIDT, *Reisen in die Moderne – Der Amerika-Diskurs des deutschen Bürgertums vor dem Ersten Weltkrieg im europäischen Vergleich*, Berlin 1997).

tiert, daß jedenfalls seit Friends Tod 1932 sein Einfluß auf das amerikanische Verwaltungsrecht eher gering sei⁸³ und stattdessen der von Felix Frankfurter begründete Ansatz eines „Verwaltungsrechts als verfassungsrichterliche Kasuistik“⁸⁴ bis heute prägend wäre.

Doch ist, um Frankfurters Thesen und ihre Wirkung einzuschätzen, zuerst die Funktion seines 1932 erschienenen casebooks aufzuhellen.⁸⁵ Wie schon bei Frankfurters oben erwähntem Aufsatz von 1927 ist auch hier der tagespolitische Bezug zu berücksichtigen.⁸⁶ Nur dann können die von Lepsius mehrfach konstatierten scheinbaren Widersprüche⁸⁷ in „Frankfurters Verwaltungsrechtswissenschaft“ erklärt werden. Mit feinem Gespür und insoweit Freund weit überlegen,⁸⁸ hatte Frankfurter im Vorfeld des New Deal erkannt, daß das Haupthindernis für die Akzeptanz verwaltungsrechtlicher Regelungen verfassungsrechtlicher Natur war – eben jene oben erwähnte materiell-rechtliche due process-Judikatur, die noch immer vom Supreme Court gebilligt wurde.⁸⁹ Zugleich wußte Frankfurter, daß er als Professor in Harvard Juristen ausbildete, die erstens bei der Ankunft in seinen Vorlesungen schon rechtmethodech (aber nicht politikwissenschaftlich) vorgebildet waren und zweitens später – eben weil sie aus Harvard kamen – in

⁸³ pp. 263–265; ähnlich auch REIMANN, *Continental Imports* (Fn. 2), p. 405: „almost no signs of substantive continental influence“. Für die Zeit vor Friends Tod ist aber bereits darauf hinzuweisen, daß 1926 Freund für eine wichtige bauplanungsrechtliche *Supreme Court*-Entscheidung „die Vorlage geliefert hatte“, vgl. p. 65 m.w.N. in Fn. 107.

⁸⁴ p. 278; zustimmend PÜNDER in seiner Rezension von Lepsius' Buch, in: *JZ* 52 (1997), p. 892.

⁸⁵ FELIX FRANKFURTER and J. FORRESTER DAVISON, *Cases and Other Materials on Administrative Law*. Chicago 1932. Zur Bezeichnung „Frankfurters casebook“ vgl. MAURICE H. MERRILL, *Three Possible Approaches to the Study of Administrative Law*, in: *Iowa Law Review* 18 (1933), p. 228 ss. (229): Jenes Buch „is of necessity primarily the product of the senior editor's teaching; Mr. Davison would be, I am sure, the first to admit that“.

⁸⁶ Insoweit unergiebig sind die vielen Biographien zu Frankfurter, die regelmäßig sein casebook vernachlässigen.

⁸⁷ p. 280; sogar noch schärfer p. 282: „grotesk“.

⁸⁸ „Freund could teach the whole course in administrative law and hardly mention ‚constitutional‘ once“, schreibt PAUL L. SAYRE, *A Common Law of Administrative Powers*, in: *Iowa Law Review* 18 (1933), p. 241 ss. (243).

⁸⁹ „The judiciary before the Great Depression of the 1930s only gradually and incompletely recognized the breadth of social and economic change that swirled about it“, so KERMIT HALL, *The Magic Mirror. Law in American History*, New York 1989, p. 246.

der Verwaltung an führender Stelle tätig sein würden.⁹⁰ Folglich war es Frankfurters Hauptanliegen in seinen verwaltungsrechtlichen Vorlesungen (und in dem daraus hervorgegangenen casebook), die umfassende Vereinbarkeit von Verfassungs- und Verwaltungsrecht zu vermitteln. Diese Berücksichtigung des historischen Umfeldes von 1932 zeigt, daß kaum eine – so Lepsius – „Flucht zu verfassungsrechtlichen Aufhängern“⁹¹ vorlag. Gleichzeitig erklärt der tagespolitische Bezug des casebooks aber auch dessen Vergänglichkeit, als nämlich die verwaltungsrechtliche Gesetzgebung des New Deal nach heftigen Kämpfen den verfassungsrechtlichen Segen erhalten hatte. Typischerweise hat Frankfurter keine 2. Auflage seines casebooks veranlaßt, als die Prozeduralisierung des Verwaltungsrechts im Vorfeld des Administrative Procedure Act von 1946 zum beherrschenden Thema wurde.

Vor allem gerät mit Lepsius' Fluchtmetapher⁹² aber der Zusammenhang mit der vom amerikanischen Jurastudium primär angestrebten Professionalisierung aus dem Blick. Viel zentraler als in Kontinentaleuropa steht an den law schools jedenfalls seit dem Sieg der case method die Vermittlung einer Methodik im Vordergrund: thinking like a lawyer im common law.⁹³ Nach ihrer Initiation in den ersten zwei Semestern (in denen Verwaltungsrecht kaum vorkommt) erwarten die Studenten vor allem, daß ihre Fähigkeit zur Diskursteilnahme ausgebaut wird und gleichzeitig die Erkennungskompetenz zur Identifikation nicht-juristischer, d. h. nicht standardisierter, Argumentationsmuster erhöht wird.

⁹⁰ „A larger contingent of [so-called New Deal] lawyers was composed of younger men, many of them fresh from the country's premier law schools [...]. Felix Frankfurter [...] recruited many of them“, so MICHAEL E. PARRISH, *The Great Depression, the New Deal and the American Legal Order*, in: *American Law and the Constitutional Order*, ed. by LAWRENCE M. FRIEDMAN and HARRY N. SCHEIBER, enlarged edition, Cambridge 1988, p. 389 s.

⁹¹ p. 285. In gleicher Weise als taktisch motiviert (und nicht als grotesk, so aber LEPSIUS, p. 282) muß Frankfurters These in der Einleitung zu seinem casebook verstanden werden, daß das Rechtsgebiet Verwaltungsrecht im Entstehen sei. Frankfurter wollte Akzeptanz für ein Rechtsgebiet erreichen, indem er es als neu präsentierte.

⁹² Oben bei Fn. 91.

⁹³ LEPSIUS weist übrigens zutreffend darauf hin (p. 253), daß die case method alles andere als dem common law immanent ist. Aus vergleichender Perspektive und mit methodischer Brillanz dazu P. S. ATIYAH and ROBERT S. SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford 1987, p. 384 ss.

Goodnow und Freund hatten in ihren frühen casebooks (wenn auch eher gezwungenermaßen) insoweit einen ersten Schritt zur Anpassung des administrative law an diese Erwartungshaltung vollzogen, indem sie zwar die Themen ihrer Wissenschaft in cases verpackten, politikwissenschaftliche Inhalte aber nach wie vor für lehrbar hielten.⁹⁴ Doch stand damit das Fach immer noch quer zu der in den anderen Fächern vermittelten Kompetenz to legalize social problems, wie ein schwer übersetzbarer aber treffender Ausdruck lautet. Noch immer versprach im Verwaltungsrecht nicht ein standardisiertes, uniformes Argumentationsmuster universelle Anwendbarkeit, sondern voneinander unabhängige Organisationsprinzipien waren zu lernen und auf ihren je begrenzten Erklärungsgehalt zu prüfen. Frankfurters casebook zeigte nun, daß es jedenfalls ein Ausbildungsfach „Verwaltungsrecht“ geben konnte, das genuin zur juristischen Professionalisierung beitrug. In diesem Sinne setzte Frankfurter nur radikal um, was Lepsius in seinem Buchtitel treffend zum Ausdruck bringt: Das Verwaltungsrecht steht unter dem common law.

Der große pädagogische Erfolg von Frankfurters Ansatz zeigt sich daran, daß in den vier Jahrzehnten nach 1930 die am meisten benutzten casebooks von Professoren verfaßt wurden, die ungefähr zur Zeit der Publikation von Frankfurters casebook ihre Ausbildung erhalten hatten.⁹⁵ Der Einstieg über genuin verfassungsrechtliche Fragen nahm jedoch schon bald ab⁹⁶ und führte zum Wiederanschluß an jene deutsche Geistestradiation, deren Bedeutung am Anfang dieses Aufsatzes konstatiert worden ist. Schon im Rahmen eines Symposiums 1933 stellte ein Vortrag einleitend fest, daß Frankfurters Schüler die meisten Lehrstühle für Verwaltungsrecht innehaben, um dann fortzufahren: „They have studied Frankfurter, but have taught Freund“.⁹⁷ Da zudem Freund's casebook noch lange Jahre in Benutzung blieb,⁹⁸

⁹⁴ Freund schrieb im Vorwort zur 1. Auflage seines casebook: „In so far as [...] legislation involves problems of public policy and of administrative efficiency, it concerns the student of political science and of public administration. The chief concern of administrative law, on the other hand, [is] ...“.

⁹⁵ ROBERT L. RABIN, Administrative Law in Transition [...], in: *Northwestern University Law Review* 72 (1977), p. 120 Fn. 5.

⁹⁶ So auch LEPSIUS, p. 293.

⁹⁷ OLIVER P. FIELD, The Study of Administrative Law [...], in: *Iowa Law Review* 18 (1933), p. 233 ss. (235).

⁹⁸ Vgl. z. B. HARROP A. FREEMAN, Administrative Law in the First-Year Curriculum, in: *Journal of Legal Education* 10 (1957–58), p. 225 ss.: Der Autor, der seit 1945 Verwaltungsrecht an der *Cornell Law School* gelehrt hatte (siehe p. 225), schreibt: „I

war er also mindestens in den 30er und 40er Jahren alles andere als einflußlos. Zudem hatte Freund – was hier nicht weiter erörtert werden kann – einen wichtigen Anteil an der Entstehung der sociological jurisprudence gehabt.⁹⁹ Erst die Prozeduralisierung des Verwaltungsverfahrens durch den Administrative Procedure Act 1946 und die damit einhergehende endgültige Zurückdrängung materiellrechtlicher Fragen brachte das Interesse an Friends legalistischem Ansatz zum Erliegen. Und selbst in dieser neuen Phase hatte sich Freund insoweit durchgesetzt, als – wie auch Lepsius erwähnt¹⁰⁰ – Kurse über Gesetzgebung im weiteren Sinne inzwischen zum üblichen Angebot amerikanischer law schools gehören.

Als drittes Mitglied des erwähnten „Triumvirats“ US-amerikanischer Verwaltungsrechtler bleibt jedoch noch Frank Goodnow.¹⁰¹ Dessen public administration Ansatz und seine Offenheit für politikwissenschaftliche Theorien dürften heutzutage die Mehrzahl der amerikanischen verwaltungsrechtlichen Vorlesungen und Aufsätze prägen.¹⁰² Da Organisationsabläufe in den agencies und nichtjuristische Einflüsse auf sie immer wieder im Mittelpunkt stehen, werden z. B. Max Webers Theorien zu einem integralen Bestandteil des administrative law;¹⁰³ und die Berufung auf eine Präsentation in der

have used virtually every casebook that has been produced from Freund to [...]“.
Typischerweise erwähnt Freeman aber nicht Frankfurters *casebook*.

⁹⁹ Der Supreme Court-Richter Brandeis nannte Freund 1934 nicht ohne Berechtigung „as much as Roscoe Pound [the] founder of that movement“; so MURPHY, *Freund* (Fn. 65) ohne weiteren Nachweis. Erfreulicherweise ist zur Zeit am Frankfurter Graduiertenkolleg Rechtsgeschichte eine Dissertation zum Einfluß Jherings und anderer deutscher Juristen auf Roscoe Pounds *sociological jurisprudence* in Arbeit.

¹⁰⁰ p. 256.

¹⁰¹ Dessen nachwirkender Einfluß wird von Lepsius – anders als bei Freund und Frankfurter – kaum diskutiert.

¹⁰² Zum Beispiel schilderte RICHARD M. THOMAS, *Deprofessionalization* (Fn. 7) 1992 als den Ansatz von *mainstream legal scholars* die Rückkehr zu Frank Goodnows original ‚public administration‘ approach to administrative law pedagogy (p. 85 s.). Ein buntes Theoriearsenal einschließlich *law and economics*, Organisationstheorie, *public choice*-Theorie und Politikwissenschaft stünde daher für die Lehre zur Verfügung (ebd. p. 90).

Für einen hilfreichen Überblick über die Ansätze und „Schulen“ im gegenwärtigen amerikanischen Verwaltungsrecht vgl. THOMAS O. MCGARITY, *The Expanded Debate over the Future of the Regulatory State*, in: *University of Chicago Law Review* 63 (1996), p. 1463 ss.

¹⁰³ Wie stark jedoch insoweit die Disharmonie zu den Professionalisierungserwartungen der Studenten ist, mag eine persönliche Erfahrung erhellen: Während des LL.M.-Studiums wurde der Verfasser vor der Belegung der Verwaltungsrechtsvorlesung mehrfach von Studenten *gewarnt* – man müsse dort nämlich viele soziologische

Tradition von Goodnow ist ein beliebter Einstieg.¹⁰⁴ Im Hinblick auf eine richtige Einschätzung der Fortwirkung von Frankfurters Ansatz ist zudem zu berücksichtigen, daß sich bei einem „Sieg“ des in Frankfurters casebook präsentierten Ansatzes das Verwaltungsrecht aus den obigen Gründen unauffällig in den Unterricht an den amerikanischen law schools integriert hätte. Schon die ebenfalls oben erwähnten periodisch wiederkehrenden Selbstzweifel amerikanischer Verwaltungsrechtler bezeugen jedoch das Gegenteil. Auch ohne die von Lepsius abschließend geforderte „Besinnung“ auf den Ansatz Freunds¹⁰⁵ ist die Verbindung des amerikanischen Verwaltungsrechts zu seinen kontinentaleuropäischen Wurzeln alles andere als abgerissen, zumal ab 1933 die Emigranten für eine neue Ära des Wissenschaftstransfers sorgten.

VI

Als „Ausländer“ hat Hanns Gross 1974 in Chicago ein bewundernswertes, aber wenig beachtetes wissenschaftsgeschichtliches Werk über die öffentlich-rechtliche Literatur des Heiligen Römischen Reiches publiziert.¹⁰⁶ So ähnlich die Entstehungsbedingungen von Oliver Lepsius' Buch auch auf den ersten Blick wirken mögen, so sehr lohnt es sich, für eine bessere Wahrnehmung von Lepsius' Studie einzutreten und insbesondere amerikanische Reaktionen zu seiner Abhandlung einzufordern. Die in der Einleitung dieses Aufsatzes aufgeführten Gründe mögen speziell für verwaltungsrechtsgeschichtliche Studien motivierend wirken, um die von Lepsius noch 1994 konstatierte „stiefmütterliche“ Stellung der amerikanischen Rechtsgeschichte zu überwinden.¹⁰⁷ In jedem Fall aber setzt Lepsius' Arbeit im Hinblick auf Argumentationsniveau und Materialreichtum Maß-

Theorien, u. a. von Max Weber, hören. Dies traf in der Tat auf die Vorlesung von E. Rubin zu; die Reaktion der Studenten war eine während des Semesters stark abnehmende Präsenz. Zu Rubins Ansatz (und seiner Nichtbeachtung von E. Freund) vgl. die Nachweise bei LEPSIUS, p. 295 Fn. 114 a. E. und p. 212 Fn. 22.

¹⁰⁴ Wie z. B. die Eingabe des Suchworts „Goodnow“ in LEXIS oder Westlaw zeigt (dies sind die gängigen EDV-Suchsysteme für Gerichtsentscheidungen und Sekundärliteratur).

¹⁰⁵ p. 295.

¹⁰⁶ HANNS GROSS, *Empire and Sovereignty. A History of the Public Law Literature in the Holy Roman Empire 1599–1804*, Chicago 1974. Dazu MICHAEL STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, Bd. 1: 1600–1800, München 1988, p. 51.

¹⁰⁷ LEPSIUS, Rezension von Reimann, in: *Ius Commune* 21 (1994), p. 482.

stäbe. „Nun gilt es“, schrieb Joachim Rückert in einer Rezension von Kroeschells „Rechtsgeschichte im 20. Jahrhundert“, „das neue Niveau zu nutzen“.¹⁰⁸ Das gilt nun auch hier.

¹⁰⁸ Das 20. Jahrhundert in der Rechtsgeschichte, in: *Ius Commune* 22 (1995), p. 311 ss. (325).