

Suhrkamp Verlag

Leseprobe



Grimm, Dieter
Die Zukunft der Verfassung II

Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung

© Suhrkamp Verlag
suhrkamp taschenbuch wissenschaft 2027
978-3-518-29627-1

suhrkamp taschenbuch
wissenschaft 2027

Die Verfassung ist am Ende des 20. Jahrhunderts auf dem Höhepunkt ihrer Entwicklung angekommen. Der Konstitutionalismus hat sich weltweit durchgesetzt, es gibt heute kaum noch Staaten ohne Verfassung. Gleichzeitig sieht sich die Verfassung mit neuen Herausforderungen konfrontiert, die bei ihrer Entstehung noch nicht vorhersehbar waren. Während die inneren Erosionen Gegenstand des 1991 erschienenen Buches *Die Zukunft der Verfassung* waren, haben sich neuerdings die äußeren, die ihre Ursache in der Europäisierung und Globalisierung haben, in den Vordergrund geschoben. Öffentliche Gewalt wird nicht mehr nur von Staaten, sondern auch von internationalen Organisationen ausgeübt. Was bleibt unter diesen Umständen von der Staatsverfassung? Lassen sich Verfassungen auf internationaler Ebene denken? Das sind die Fragen, die in diesem Band erörtert werden.

Dieter Grimm war von 1987 bis 1999 Richter des Bundesverfassungsgerichts. Er lehrt Öffentliches Recht an der Humboldt-Universität zu Berlin und der Yale Law School. Er ist Permanent Fellow des Wissenschaftskollegs zu Berlin, dessen Rektor er von 2001 bis 2007 war. Im Suhrkamp Verlag sind zuletzt von ihm erschienen: *Deutsche Verfassungsgeschichte* (es 1271), *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft* (st 1358) und *Die Zukunft der Verfassung* (stw 968).

Dieter Grimm
Die Zukunft der Verfassung

II

Auswirkungen von Europäisierung
und Globalisierung

Suhrkamp

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

suhrkamp taschenbuch wissenschaft 2027

Erste Auflage 2012

© Suhrkamp Verlag Berlin 2012

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das der Übersetzung,
des öffentlichen Vortrags sowie der Übertragung
durch Rundfunk und Fernsehen, auch einzelner Teile.

Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form
(durch Fotografie, Mikrofilm oder andere Verfahren)
ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert
oder unter Verwendung elektronischer Systeme
verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Umschlag nach Entwürfen

von Willy Fleckhaus und Rolf Staudt

Druck: Druckhaus Nomos, Sinzheim

Printed in Germany

ISBN 978-3-518-29627-1

Inhalt

Vorwort	7
---------------	---

I. ÜBERBLICK

1. Ursprung und Wandel der Verfassung	11
---	----

II. WAS BLEIBT VON DER STAATSVERFASSUNG?

2. Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung	67
3. Die Bedeutung nationaler Verfassungen in einem vereinten Europa	92
4. Zur Rolle der nationalen Verfassungsgerichte in der europäischen Demokratie	128
5. Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts	153
6. Von Lissabon zu Mangold	178
7. Die Zukunft des Staatsrechts	182

III. WAS KANN VERFASSUNG JENSEITS DES STAATES BEDEUTEN?

8. Entwicklung und Funktion des Verfassungsbegriffs	203
9. Europas Verfassung	212
10. Integration durch Verfassung?	241
11. Über einige Asymmetrien der europäischen Integration	262
12. Wer ist souverän in der Europäischen Union?	275
13. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus – eine Kompensation für den Bedeutungsschwund der Staatsverfassung?	293

IV. AUSBLICK

14. Die Errungenschaft des Konstitutionalismus und ihre Aussichten in einer veränderten Welt	315
--	-----

Nachweise	345
Sachregister	347

Vorwort

So reich an Rückschlägen das 20. Jahrhundert für den Konstitutionalismus war, so glänzend hat er sich doch am Ende behauptet. Der Verfassungsstaat ist heute eine universal anerkannte Errungenschaft. Das bedeutet zwar nicht, dass die Verfassung überall ernst genommen wird. Aber selbst Regime, die nicht gewillt sind, ihr Verfassungsrecht unbedingt zu respektieren, möchten zumindest den Anschein erwecken, Verfassungsstaaten zu sein.

Während eine Reihe ehemals diktatorisch regierter Staaten jedoch noch dabei ist, ihre Verfassungskultur zu festigen, machen sich in vielen älteren Verfassungsstaaten Erosionserscheinungen des Konstitutionalismus bemerkbar, die ihren Grund nicht in Missachtungen der Verfassung haben, sondern in strukturellen Problemen. Insbesondere ist es der Wandel der Staatlichkeit, der die Geltungskraft der Verfassung schwächt.

Auf dieses Problem wollte ich in dem Buch *Die Zukunft der Verfassung* aufmerksam machen, das erstmals 1991 in dieser Reihe erschien und 2002 seine dritte Auflage erlebte. Als es erschien, war allerdings nur die innere Dimension des Problems sichtbar. Die Erosionstendenzen, die der Verfassung von außen durch Europäisierung und Globalisierung drohten, hatten zwar schon eingesetzt, aber noch keine Aufmerksamkeit gefunden.

Mittlerweile sind sie unübersehbar. Öffentliche Gewalt ist nicht mehr identisch mit Staatsgewalt. Infolgedessen kann auch die Staatsverfassung ihren Anspruch, die in ihrem Geltungsbereich ausgeübte öffentliche Gewalt umfassend zu regeln, nicht mehr einlösen. Was bleibt von ihr übrig? Gleichzeitig erhebt sich die Frage, ob die Errungenschaft des Konstitutionalismus auf die internationale Ebene gehoben werden kann.

Um diese beiden Fragen geht es in dem neuen Band, der denjenigen aus dem Jahr 1991 um die Außendimension ergänzt und deswegen kurzerhand den Titel *Die Zukunft der Verfassung II* erhalten hat. Der einleitende Beitrag schlägt die Brücke zwischen den beiden Bänden. Die folgenden Beiträge aus den Jahren 2004 bis 2012 (die Mehrzahl aus den letzten drei Jahren) nehmen die beiden Leitfragen auf.

Zwischen diesen verläuft allerdings keine scharfe Trennlinie. Sie hängen zusammen und können deshalb nicht unabhängig voneinander beantwortet werden. Trifft es zu, dass der Bedeutungsverlust der nationalen Verfassungen auf die Entstehung einer internationalen öffentlichen Gewalt zurückgeht, liegt die Frage nahe, ob er sich dadurch kompensieren lässt, dass diese ihrerseits konstitutionalisiert wird.

Insbesondere hinsichtlich der zweiten Frage fallen die Antworten sehr unterschiedlich aus. Viele Autoren zweifeln nicht an der Möglichkeit eines internationalen Konstitutionalismus. Häufig gehen sie jedoch von einem stark verdünnten Verfassungsbegriff aus. Demgegenüber wird hier auf der Differenz zwischen Verrechtlichung von öffentlicher Gewalt und Konstitutionalisierung beharrt und die Kompensationshoffnung entsprechend gedämpft.

Berlin, im Februar 2012

Dieter Grimm

I. Überblick

I. Ursprung und Wandel der Verfassung

A. Entstehung der Verfassung

I. Die rechtliche Verfassung als Novum

Jede politische Einheit *ist* in einer Verfassung. Aber nicht jede *hat* eine Verfassung. Der Begriff »Verfassung« deckt beide Zustände.¹ Dennoch sind sie nicht deckungsgleich. Der Begriff besitzt zwei unterschiedliche Bedeutungen. »Verfassung« in dem ersten Sinn des Wortes bezeichnet die Beschaffenheit eines Landes bezogen auf seine politischen Verhältnisse. »Verfassung« in dem zweiten Sinn bezeichnet ein Gesetz, das die Einrichtung und Ausübung der politischen Herrschaft zum Gegenstand hat. Folglich handelt es sich bei dem ersten Verfassungsbegriff um einen empirischen oder deskriptiven, bei dem zweiten um einen normativen oder präskriptiven. Empirisch verwendet, gibt »Verfassung« Auskunft darüber, welche politischen Verhältnisse zu einer gegebenen Zeit in einem bestimmten Gebiet de facto herrschen. Normativ verwendet, legt »Verfassung« die Regeln fest, denen politische Herrschaft in einem Gebiet de jure gehorchen soll.

Während es Verfassungen im empirischen Sinn von jeher gibt, ist die Verfassung im normativen Sinn eine relativ junge Erscheinung. Sie entstand ausgangs des 18. Jahrhunderts im Zuge der amerikanischen und der Französischen Revolution und hat sich im Verlauf von 200 Jahren weltweit ausgebreitet. Damit soll nicht gesagt sein, dass es vor der Entstehung der normativen Verfassung keine rechtlichen Regeln gegeben hätte, die auf die politische Herrschaft bezogen waren und die Inhaber von Herrschaftsfunktionen bänden. Nicht jede derartige Regel ist aber schon Verfassung im Sinn der Regelwerke, die mit den Revolutionen des späten 18. Jahrhunderts aufkamen und bis heute begriffsprägend geblieben sind. Zwischen *Verrechtlichung* und *Konstitutionalisierung* muss vielmehr unterschieden werden. Die Konstitution stellt eine bestimmte Form der Verrechtlichung politischer Herrschaft dar, die an historische

1 Zur Geschichte des Verfassungsbegriffs vgl. Heinz Mohnhaupt/Dieter Grimm, Verfassung, 2002.

Bedingungen geknüpft ist, welche nicht immer vorlagen und im Lauf der Entwicklung auch wieder entfallen können.²

Über lange Zeit fehlte es für ein Gesetz, das auf die Normierung politischer Herrschaft spezialisiert ist, bereits am Regelungsgegenstand. Bevor sich die Gesellschaft nicht funktional differenziert hatte, besaß sie auch kein System, das sich unter Ausschluss anderer Systeme auf die Ausübung politischer Herrschaft spezialisierte.³ Herrschaftsaufgaben waren vielmehr räumlich, gegenständlich und funktional auf zahlreiche voneinander unabhängige Träger verteilt. Geschlossene Herrschaftsverbände konnten sich auf diese Weise nicht bilden. Herrschaftsbefugnisse bezogen sich nicht primär auf Territorien, sondern auf Personen. Die Träger dieser Befugnisse übten sie nicht als selbständige Funktion, sondern als Annex eines bestimmten Status als Familienoberhaupt, Standes- oder Korporationsmitglied oder Grundeigentümer aus. Was heute als privat und öffentlich auseinandergehalten wird, befand sich unter diesen Umständen noch in einer Gemengelage, die auch kein eigenständiges öffentliches Recht zuließ.⁴

Das bedeutet nicht, dass die Herrschaftsbefugnisse rechtlich ungeregt gewesen wären. Sie unterlagen im Gegenteil einem engen Geflecht rechtlicher Bindungen, die großenteils traditionell galten und häufig auf göttliche Stiftung zurückgeführt wurden. Deswegen gingen sie dem gesetzten Recht nicht nur im Rang vor, sondern durften von diesem auch nicht abgeändert werden. Gleichwohl bildeten diese Regeln keine Verfassung im Sinn eines besonderen, auf die Einrichtung und Ausübung von politischer Herrschaft spe-

2 Dazu *Dieter Grimm*, Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus, in: *ders.*, Die Zukunft der Verfassung, 32002, S. 31 ff.; *ders.*, Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866, 31995, S. 10 ff.

3 Vgl. *Niklas Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 595 ff.; *ders.*, Die Politik der Gesellschaft, 2000, S. 69 ff.; *ders.*, Metamorphosen des Staates, in: *ders.*, Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. IV, 1995, S. 101 ff.

4 Vgl. zur mittelalterlichen Ordnung insgesamt *Otto Brunner*, Land und Herrschaft, 61970; ferner *Helmut Quaritsch*, Staat und Souveränität, 1970, S. 107 ff., besonders 196 ff.; dort S. 184 auch die Feststellung, dass es an einem Regelungsgegenstand für die Verfassung fehlte; *Walter Ullmann*, Principles of Government and Politics in the Middle Ages, 31974; zur Einheit des Rechts im Mittelalter *ders.*, The Medieval Idea of Law, 1946; *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. I, 1988, S. 63 ff.; zur Entwicklung des Verhältnisses von Privatrecht und öffentlichem Recht *Martin Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1964.

zialisierten Gesetzes. So wie Herrschaftsbefugnisse regelmäßig ein unselbständiger Annex anderer Rechtspositionen waren, wurden sie auch von dem einheitlichen Recht lediglich mitgeregelt. Die zahlreichen Untersuchungen, die der »Verfassung« in der Antike oder im Mittelalter gewidmet sind,⁵ verlieren dadurch keineswegs ihre Berechtigung. Man darf diese »Verfassungen« nur nicht mit dem aufgrund einer politischen Entscheidung in Kraft gesetzten normativen Text mit herrschaftsregulierendem Anspruch verwechseln, der ein innovatives Produkt der Revolutionen des späten 18. Jahrhunderts ist.

Ein konstitutionsfähiger Gegenstand entstand erst, als der mittelalterlichen Ordnung durch die Glaubensspaltung die Grundlage entzogen war und sich im Zug der konfessionellen Bürgerkriege des 16. und 17. Jahrhunderts auf dem Kontinent eine neue Form der politischen Herrschaft herausbildete. Sie beruhte auf der Überzeugung, dass der Bürgerkrieg nur durch eine überlegene Gewalt beigelegt werden konnte, die sowohl die Befugnis als auch die Macht besaß, eine neue, von der umstrittenen religiösen Wahrheit unabhängige Ordnung zu stiften und durchzusetzen und auf dieser Basis den Frieden wiederherzustellen. Von dieser Überzeugung geleitet, unternahmen es die Fürsten, beginnend in Frankreich, die zahlreichen zerstreuten Herrschaftsbefugnisse in ihrer Hand zu vereinigen und zur umfassenden, auf ein Territorium bezogenen öffentlichen Gewalt zu verdichten. Sie schloss auch das Recht zur Rechtsetzung ein, ohne dass dieses noch von einem höherrangigen, auf Gott zurückgehenden Recht begrenzt wurde. Was ehemals Rechtsgebot gewesen war, zog sich nunmehr in die Moral zurück, der aber die rechtliche Verpflichtungskraft gerade fehlte.

Für das neue Phänomen bürgerten sich alsbald neue Begriffe ein: für den Herrschaftsverband der des Staates, für seine Machtvollkommenheit der der Souveränität.⁶ Seine primäre Bedeutung war nicht die äußere Unabhängigkeit, sondern die innere, die in dem

5 Vgl. etwa *Jochen Bleicken*, Die Verfassung der Römischen Republik, 71995; *ders.*, Verfassungs- und Sozialgeschichte des Römischen Kaiserreichs, 41995; *Fritz Kern*, Recht und Verfassung im Mittelalter, 1952; *Rolf Sprandel*, Verfassung und Gesellschaft im Mittelalter, 51994.

6 S. den von zahlreichen Autoren verfassten Artikel Staat und Souveränität, in: *Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck* (Hg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. VI, 1990, S. 1-154.

Recht des Fürsten Ausdruck fand, für alle anderen Recht zu setzen, ohne dabei selber rechtlichen Bindungen zu unterliegen.⁷ Die Herausbildung von Staat und Souveränität war freilich nicht Ereignis, sondern Prozess, der in verschiedenen Gebieten Kontinentaleuropas zu unterschiedlichen Zeiten einsetzte, in unterschiedlichen Formen und Geschwindigkeiten verlief und unterschiedliche Ergebnisse hervorbrachte, aber nirgends zum Abschluss kam. Überall behaupteten sich vielmehr intermediäre Gewalten, die dem Herrscher den Alleinbesitz der öffentlichen Gewalt streitig machten. Insbesondere ließ der absolute Staat, auch wenn es ihm gelang, die politische Mitsprache der Stände zu beseitigen, die ständische Gesellschaftsordnung und damit das grundherrlich-bäuerliche Verhältnis bestehen, durch welches die Staatsgewalt nicht hindurchgriff.

Dessen ungeachtet bestand in dem modernen Staat mit seiner Machtfülle, die sich zunehmend auf ein von der Lehensfolge unabhängiges Heer, eine eigene Beamtenschaft sowie eigene, nicht auf ständische Bewilligung angewiesene Einnahmen stützen konnte, nunmehr ein Gebilde, das Gegenstand eines einheitlichen rechtlichen Zugriffs werden konnte. Wenn die Epoche gleichwohl keine Verfassung im modernen Sinn hervorbrachte, so liegt dies daran, dass der Staat aus den angegebenen Gründen in Gestalt des absoluten Fürstenstaats entstand. Träger aller Machtbefugnisse war der Monarch, der sie aus eigenem Recht beanspruchte und sich bei ihrer Ausübung keiner rechtlichen Beschränkung unterworfen sah. Zwar fehlte es jetzt nicht mehr an einem konstitutionsfähigen Gegenstand. Es bestand aber kein Konstitutionsbedürfnis: Absolute Herrschaft ist gerade durch die Ablehnung rechtlicher Bindungen charakterisiert.

Anspruch und Wirklichkeit klappten allerdings auch insoweit auseinander. Die entstehende Fürstenmacht weckte schon bald das Bedürfnis nach rechtlichen Schranken. Bei günstiger Gelegenheit herrscherlicher Abwesenheit oder Schwäche schlug es sich vielfach in so genannten Regierungsformen nieder, Regelwerken, die die ständischen Rechte gegenüber der fürstlichen Gewalt sichern sollten. Wenngleich sich diese Regierungsformen gegen die staatsbildenden Kräfte nur selten zu behaupten vermochten,⁸ übernahmen doch nach und nach so genannte Fundamentalgesetze, Herrschafts-

7 Vgl. *Quaritsch*, Staat und Souveränität (Fn. 4), S. 39 ff., 333 ff.

8 *Fritz Hartung*, Staatsbildende Kräfte der Neuzeit, 1961.

verträge oder Wahlkapitulationen deren Funktion.⁹ In der Regel vertraglich begründet, konnten sie vom Herrscher nicht einseitig aufgekündigt werden. Insofern gingen sie dem von ihm gesetzten Recht vor. Gleichwohl darf man auch sie nicht mit Verfassungen verwechseln. Sie ließen die tradierte Herrschaftsbefugnis des Fürsten unberührt und zwangen ihm lediglich einzelne Herrschaftsverzichte zugunsten der Vertragspartner ab. Auch die *Hierarchisierung* von Rechtsnormen ergibt noch keine *Konstitutionalisierung*.

Dementsprechend verdankt die moderne normative Verfassung ihre Entstehung nicht einer organischen Fortentwicklung dieser älteren Ansätze. Es war vielmehr erst der revolutionäre Bruch von 1776 und 1789, der dem Dauerproblem der rechtlichen Bindung politischer Herrschaft zu seiner bis heute gültigen Lösung verhalf. Die Trennung vom Mutterland in Amerika und der Sturz der absoluten Monarchie in Frankreich hinterließen ein Vakuum legitimer Herrschaft, das nach Ausfüllung verlangte. Dass dazu eine Verfassung für notwendig gehalten wurde, ist durch den revolutionären Bruch allein freilich nicht hinreichend erklärt. Wie zahlreiche gewaltsame Umbrüche, die diesen Revolutionen vorausgegangen waren, hätten sie sich in der Ersetzung des gestürzten Herrschers durch einen anderen erschöpfen können. Selbst wenn bei dieser Gelegenheit Bedingungen, unter denen eine neue Person oder Dynastie zur Herrschaft berufen wurde, formuliert worden wären, hätte der Umsturz damit noch nicht notwendig zum Konstitutionalismus geführt.

9 Vgl. *Gerhard Oestreich*, Vom Herrschaftsvertrag zur Verfassungsurkunde, in: *Rudolf Vierhaus* (Hg.), Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze, 1977, S. 45; *Hasso Hofmann*, Zur Idee des Staatsgrundgesetzes, in: *ders.*, Recht – Politik – Verfassung, 1986, S. 261; *Werner Näf*, Herrschaftsverträge und Lehre vom Herrschaftsvertrag, in: Schweizer Beiträge zur allgemeinen Geschichte 7 (1949), S. 26; *Fritz Hartung*, Herrschaftsverträge und ständischer Dualismus in deutschen Territorien, in: *ders.*, Staatsbildende Kräfte (Fn. 8), S. 62; *Christoph Link*, Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit, 1979, S. 178 ff.; *Heinz Mohnhaupt*, Die Lehre von der »Lex fundamentalis« und die Hausgesetzgebung europäischer Dynastien, in: *Johannes Kunisch* (Hg.), Der dynastische Fürstenstaat, 1982, S. 3; *ders.*, Verfassung I, in: *Otto Brunner/Werner Conzel/Reinhart Koselleck* (Hg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. VI, 1990, S. 852 ff.; *ders.*, Von den »leges fundamentales« zur modernen Verfassung, in: *Ius commune* 25 (1998), S. 121; *André Lemaire*, Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime, 1907; *John W. Gough*, Fundamental Law in English Constitutional History, 21961.

Das bestätigt der englische Fall. Die englische Revolution des 17. Jahrhunderts hatte – obwohl es hier ebenfalls zum Bruch mit der angestammten Herrschaft kam – nicht die Verfassung zur Folge. In der englischen Revolution vereinigten sich Adel und Bürgertum im Widerstand gegen die Stuart-Dynastie, als diese ihre Herrschaft nach dem kontinentalen Vorbild auszuweiten trachtete, ohne sich auf die Gründe berufen zu können, die diese Ausweitung auf dem Kontinent gerechtfertigt hatten. Die Glorious Revolution zielte daher nicht auf die Veränderung, sondern auf die Verteidigung der bestehenden Ordnung. Dementsprechend führte sie keinen Wechsel des Herrschaftssystems, sondern nur einen Wechsel der Dynastie herbei, und das normative Dokument, das diesen Übergang begleitete, die Bill of Rights von 1689, war ein Vertrag zwischen dem Parlament und dem neuen Monarchen, in dem die alten Rechte bekräftigt wurden.¹⁰ Nur für jenen kurzen Moment, als Cromwell die Monarchie abgeschafft hatte, kam es 1653 zur Oktroyierung einer Verfassung im modernen Sinn,¹¹ die aber nach seinem Tod durch die Restauration der früheren Verhältnisse obsolet wurde.

II. Die Entstehungsbedingungen der Verfassung

Wenn es mehr als 100 Jahre danach in den beiden großen Revolutionen des 18. Jahrhunderts zur Verfassung als bleibender Errungenschaft kam, so waren dafür vor allem zwei Umstände ausschlaggebend. Zum einen beschränkte sich das Missfallen der amerikanischen und französischen Revolutionäre nicht auf die Person des Herrschers, sondern erstreckte sich auf das Herrschaftssystem. Im Ausmaß wichen die beiden Länder freilich stark voneinander ab.¹² Anders als die französische Monarchie hatte sich die englische, der die Kolonien unterstanden, nicht zu einer abso-

10 Vgl. *Dieter Grimm*, Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft, in: *ders.*, Zukunft der Verfassung (Fn. 2), S. 75 ff. mit weiteren Nachweisen.

11 Text bei *Samuel Gardiner* (Hg.), The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1968, S. 405.

12 Vgl. *Jürgen Habermas*, Naturrecht und Revolution, in: *ders.*, Theorie und Praxis, 1963, S. 52; *Dieter Grimm*, Europäisches Naturrecht und amerikanische Revolution, in: *Ius commune* 3 (1970), S. 120.

luten entwickelt. Das Parlament erfreute sich im Gegenteil einer steigenden Bedeutung. Überdies waren die Standesgrenzen durchlässig geworden und die feudalen und zünftischen Bindungen der Wirtschaft größtenteils entfallen. England galt als das freiheitlichste Land der damaligen Welt, und selbst die Reste der älteren Ordnung hatten nicht den Weg in die amerikanischen Kolonien gefunden. Den Kolonisten ging es unter diesen Umständen nicht um ein besseres Recht, sondern um bessere Sicherung der Rechte, die ihnen vom englischen Parlament vorenthalten wurden, in das sie keine Vertreter entsenden konnten, und erst die Weigerung des Mutterlandes trieb sie zur Erklärung der Unabhängigkeit.

Frankreich besaß demgegenüber nicht nur einen besonders ausgeprägten Absolutismus. Vielmehr waren auch die physiokratisch inspirierten Anläufe zur Modernisierung der Wirtschaftsordnung gescheitert. Je mehr das Feudalsystem an innerer Berechtigung verlor, desto schärfer wurde es gegen Auflösungstendenzen und Kritik verteidigt. Andererseits hatte sich in Frankreich, großenteils durch die Bedürfnisse der absoluten Monarchie gefördert, neben dem traditionellen Bürgertum der zünftigen Handwerker ein neues Bildungs- und Wirtschaftsbürgertum entwickelt, das in der herrschenden Rechts- und Sozialordnung keinen seiner gesellschaftlichen Bedeutung und ökonomischen Stärke entsprechenden Platz fand. Durch die überkommene Rechtsordnung wurde es auch an der Entfaltung seines wirtschaftlichen Potenzials gehindert. Die Französische Revolution erschöpfte sich daher nicht wie die amerikanische in einer Änderung der politischen Verhältnisse. Sie zielte weiter auf die Abschaffung der ständisch-feudalen Gesellschaftsordnung, die im Rahmen der bestehenden politischen Ordnung nicht erreichbar gewesen war.

Zum anderen konnten sich die revolutionären Kräfte auf Vorstellungen von einer gerechten Ordnung berufen, die eine Umwandlung in geltendes Recht geradezu herausforderten. Diese Vorstellungen hatten bereits vor den Revolutionen Gestalt gewonnen und wurden durch sie nunmehr handlungsleitend. Nachdem die Glaubensspaltung der transzendentalen Legitimation politischer Herrschaft die Grundlage entzogen hatte, waren anstelle der göttlichen Offenbarung naturrechtliche Vertragstheorien getreten.¹³ Um

13 Vgl. *Otto von Gierke*, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, 51958; *Wolfgang Kersting*, Die politische Philosophie des

zu ermitteln, wie sich Herrschaft von Menschen über Menschen rechtfertigen ließe, versetzte sich die Sozialphilosophie der Zeit in einen gedachten herrschaftslosen Zustand, in dem alle per definitionem gleich und frei waren. Herrschaft konnte unter dieser Voraussetzung nur durch freiwillige Übereinkunft aller zustande kommen. Wie immer diese Übereinkunft inhaltlich aussah, stand damit jedenfalls fest, dass das Legitimationsprinzip politischer Herrschaft die Zustimmungsfähigkeit seitens der Herrschaftsunterworfenen war, und die verbleibende Frage lautete, wie die Herrschaft beschaffen sein musste, damit ihr vernunftbegabte Wesen zustimmen konnten.

Den Grund für die Bereitschaft, die natürliche Freiheit und Gleichheit gegen den Herrschaftszustand einzutauschen, erblickten die Vertragstheoretiker in der fundamentalen Unsicherheit der Freiheit im Naturzustand. Die Einrichtung einer organisierten Zwangsgewalt war daher vernunftgeboten. Entscheidend für das Herrschaftssystem wurde dann freilich die Frage, in welchem Maß der Einzelne seine natürlichen Rechte preisgeben musste, um in den Genuss der vom Staat gewährleisteten Sicherheit zu kommen. Unter dem Eindruck der konfessionellen Bürgerkriege hatte die Antwort darauf zunächst gelautet, dass der Staat Leib und Leben, Eigentum und Rechtsschutz nur zu garantieren vermöchte, wenn ihm zuvor sämtliche natürlichen Rechte abgetreten würden. In dieser Form konnten die Vertragstheorien, obwohl vom Konsens aller Herrschaftsunterworfenen ausgehend, doch nicht in verfassungsrechtliche Bahnen einmünden. In ihrer ursprünglichen Form dienten sie vielmehr der Rechtfertigung absoluter Herrschaft, die mit dem Konstitutionalismus unvereinbar ist.

Mit der erfolgreichen Beilegung der konfessionellen Bürgerkriege verlor diese Auffassung indes an Plausibilität und wich allmählich der Vorstellung, dass der Genuss von Sicherheit nicht die Abtretung sämtlicher natürlichen Rechte des Einzelnen an den Staat verlangte. Es genügte vielmehr, das Recht zur gewaltsamen Durchsetzung eigener Rechtsansprüche an den Staat abzutreten, während die übrigen Rechte als vorstaatliche und unaufgebbare beim Einzelnen bleiben konnten, ohne dass damit der gesellschaftliche Frieden aufs Spiel gesetzt wurde. Bald erschien es sogar notwendig, das In-

Gesellschaftsvertrages, 1994; *Diethelm Klippel*, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976.

dividuum aus den Bindungen der staatlichen Fürsorge, der feudalen und zünftischen Ordnung und der kirchlichen Tugendaufsicht zu lösen und auf sich selbst zu stellen. Für die einen folgte dies aus der Natur des Menschen, der seine Bestimmung als vernünftig-sittliches Wesen nur in Freiheit verwirklichen könne. Für die anderen war die Freiheit Voraussetzung eines gerechten Interessenausgleichs unter den Individuen sowie des wirtschaftlichen Wohlstands, der von der freien Entfaltung aller Kräfte und der Zulassung von Wettbewerb abhing.

Das Gerechtigkeitsproblem formalisierte sich dadurch. Der Staat bezog seine Existenzberechtigung nicht mehr aus der Durchsetzung eines ihm bekannten und anvertrauten materialen Gemeinwohls, dem sich alle Untertanen zu fügen hatten und dem gegenüber niemand Freiheit beanspruchen konnte. Vielmehr wurde die Freiheit nun selber Gemeinwohlbedingung. Die gerechte Sozialordnung ergab sich aus der freien Betätigung der Einzelnen, und dem Staat verblieb nur die Aufgabe, die Voraussetzung der Gemeinwohlverwirklichung, nämlich die individuelle Freiheit, zu sichern. Diese Aufgabe, die die Gesellschaft aus eigener Kraft nicht lösen konnte, weil die gleiche Freiheit aller Herrschaftsrechte Einzelner ausschloss, verlangte die Aufrechterhaltung des vom absoluten Staat beanspruchten Gewaltmonopols. Doch musste nun Vorsorge dafür getroffen werden, dass er es nicht zu anderen Zwecken als dem der Freiheitssicherung und -koordinierung einsetzte.

Mit diesem Inhalt versehen, stützte die Staatsvertragslehre nicht mehr den absoluten Fürstenstaat und die von ihm nicht grundsätzlich in Frage gestellte ständisch-feudale Gesellschaftsordnung, sondern nahm eine Stoßrichtung gegen beide an. Die bestehenden Verhältnisse mussten im Licht der sozialphilosophischen Lehren als naturrechtswidrig erscheinen. Wer sie überwinden wollte, konnte sich im Recht fühlen, freilich in einem höheren als dem geltenden. Auf ebendieses moderne Naturrecht wurde der Widerstand gegen die Monarchie gestützt, nachdem in Amerika die Berufung auf das »gute alte Recht« und in Frankreich der Ruf nach Reform des ständisch-feudalen und dirigistischen Rechts erfolglos geblieben waren. Eben in dieser Berufung auf das Naturrecht, mit der dem geltenden Recht die Legitimität bestritten und die Befolgung aufgekündigt wurde, bestand der Schritt vom Widerstand zur Revolution, die in eine neue Ordnung münden sollte.

Wenngleich sich der Inhalt der späteren Verfassungen, die diesem neuen Ordnungsideal Ausdruck gaben, in der jüngeren Staatsvertragslehre weitgehend vorgeformt findet, darf der Staatsvertrag doch nicht mit der Verfassung gleichgesetzt werden. Der Staatsvertrag war ja lediglich ein gedachter, der die Bedingungen legitimer Herrschaft angab und so eine Kritik politischer Ordnungen ermöglichte, die dem nicht entsprachen. Er beanspruchte, den Maßstab für die Formulierung richtigen Rechts zu bilden, nicht aber geltendes Recht zu sein. Erst die revolutionäre Situation, die die angestammte Herrschaft und damit auch die Quelle des geltenden Rechts beseitigt hatte, gab Gelegenheit, die Ideen der Sozialphilosophie in geltendes Recht umzusetzen. Dass dies geschah, findet seinen Grund vor allem in drei Charakteristika dieser Ideen.

Das erste Charakteristikum bestand in der Grundprämisse der Staatsvertragslehren, wonach unter der angenommenen Voraussetzung eines Naturzustandes, in dem alle definitionsgemäß gleich frei waren, Herrschaft nur aus einem Vertrag aller mit allen hervorgehen konnte. In der Philosophie lediglich regulative Idee, mittels deren sich Anforderungen an eine gerechte Sozialordnung gewinnen und konkrete Ordnungen hinsichtlich ihrer Legitimität beurteilen ließen, wurde diese Prämisse nun selbst zum Legitimationsprinzip politischer Herrschaft. Dabei fiel es den Amerikanern nicht schwer, den Vertragsgedanken schon in ihrer Gründungsgeschichte durch die »covenants« der ersten Siedler verwirklicht zu sehen, an die sie nun anknüpften,¹⁴ während die Franzosen lediglich die Konsequenz der Staatsvertragslehre: die Notwendigkeit der Legitimation von Herrschaft durch die Untertanen, übernahmen, ohne dafür einen Vertrag konstruieren zu müssen.

Das Ergebnis war aber in beiden Fällen dasselbe. Das transzendental oder traditional begründete Prinzip der Monarchensouveränität – im absoluten Frankreich rein verwirklicht, im absolutismusresistenten England dem »King in Parliament« zugeschrieben – wich dem rational begründeten demokratischen Prinzip, wenngleich mit unterschiedlichem Akzent. In Frankreich, dem Ursprungsland von Staat und Souveränität, wurde es, dieser Tradition

14 Vgl. *Alfred H. Kelly/Winfred A. Harbison*, *The American Constitution: Its Origins and Development*, 1963, Kap. 1 und 2; *Willi Paul Adams*, *Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit*, 1973, S. 30 ff.; *Donald S. Lutz*, *The Origins of American Constitutionalism*, 1988, S. 13 ff.