

Professor Dr. Helmut Goerlich  
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Verfassungsgeschichte und Staatskirchenrecht

## **Thesen zur Vorlesung Verfassungsgeschichte**

1. Verfassungsgeschichte kann heute nicht mehr als nationale Verfassungsgeschichte – also deutsche Verfassungsgeschichte – begriffen werden. Das legt nicht nur die geschichtliche Entwicklung nahe. Auch normative Anknüpfungspunkte gibt es hierfür, etwa wenn Art. 6 Abs. 2 des Vertrages über die Europäische Union von „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten“ dieser Union spricht.

2. Verfassungs- und Staatsbegriff sind geschichtliche Begriffe. Sie sind von der Entwicklung der Strukturen der Ordnung der öffentlichen Gewalt abhängig.

3. Der Verfassungsbegriff ist revolutionär, sofern er die Verfassung als die rechtliche Grundordnung des Staates in einem kodifikativen Dokument meint. Dieser Verfassungsbegriff lag vorrevolutionären Ordnungen nicht zugrunde, ebensowenig ist er künftig hin tragend, wenn überstaatliche Verfassungsstrukturen die nationalen Verfassungen durchdringen und ergänzen. Dies ist schon jetzt der Fall kraft des Anwendungsvorranges des Europäischen Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften.

4. Der Staatsbegriff ist eine Schöpfung der Neuzeit. Klassisch geht er von der *Drei-Elemente-Lehre* aus, wonach ein Staat Staatsgewalt, Staatsvolk und Staatsgebiet voraussetzt. Entstanden ist dieses Konzept öffentlicher Ordnung in Ablösung des Feudalrechts mit der Schaffung geschlossener Territorien, vor allem in Westeuropa (Frankreich), aber auch in den deutschen Territorien.

5. In einer feudal-personalen Rechtsordnung können Elemente späterer

Verfassungsstaatlichkeit entstehen. Sie können als Teile einer nur teilweise geschriebenen Verfassung bis in unsere Tage bedeutsam sein, wie etwa Kap. 39 der Magna Charta von 1215. So gelten solche geschriebenen Elemente einer Verfassung bis heute in England. Sie können aber auch Bestandteil einer modernen geschriebenen kodifikativen Verfassung sein – vgl. Art. 104 GG.

Auch der Slogan „*no taxation without representation*“ lässt sich auf die Magna Charta zurückführen. Er spielte in der amerikanischen Revolution eine entscheidende Rolle. Gemeint ist hier, dass die Betroffenen mitentscheiden sollen, wenn eine Belastung, etwa eine Steuer erhoben wird. Ähnlich wie eine Sanktion i.S.d. Kap. 39 der Magna Charta dem Urteil, also einer Beteiligung an der Entscheidung, durch Gleiche – *iudicium parium* – unterliegt.

6. Die geschlossenen Territorialstaaten sind in Deutschland Ergebnis des Niederganges des Heiligen Römischen Reichs Deutscher Nation. Die Reichsreform und der Ewige Landfriede von 1495 unter Kaiser Maximilian haben diese nicht mehr aufhalten können. Die Reformation hat den Vorgang beschleunigt und der Westfälische Friede ihn abgeschlossen. Parallele Entwicklungen finden sich als Produkt des religiösen Bürgerkrieges und der Expansion Frankreichs von der Ile de France (Grafschaft Paris) aus im Westen und in England insbesondere mit der Suprematie über die Kirche seit Heinrich VIII. Die englische Entwicklung vollzog sich allerdings unter Beteiligung des Parlaments – und damit des neuen Adels und der Gentry –, also ohne die innere Verfassungsentwicklung im Sinne eines Absolutismus – *princeps legibus solutus* – zu brechen.

7. Die Wandlung von Privilegien und Freiheiten zu modernen Grundrechten hat sich in einem nicht erschlossenen allmählichen soziopolitischen Prozess vollzogen. Die These von Georg Jellinek, hierfür sei die Entstehung der Glaubensfreiheit entscheidend gewesen, hat viel für sich, ihr begegnet aber die Auffassung, die Entstehung solcher Rechte sei vor allem aus Verfahrensgarantien des Feudalrechts hervorgegangen. Wahrscheinlich spricht manches für jede dieser Auffassungen.

8. Territorientwicklung und ihre Voraussetzungen sind im Heiligen Römischen

Reich Deutscher Nation spezifisch verlaufen, schon aufgrund der Möglichkeiten der Kurfürsten, ihre Interessen gegen Kaiser und Reich in den Wahlen des Kaisers zu sichern und zu entwickeln. Dabei spielt das *privilegium de non appellando* und das *ius de non evocando* eine erhebliche Rolle, die die Möglichkeit der Berufung von Rechtsschutz vor einem Gericht des Reichs oder des Zugriffs des Reichs im Wege der Evokation, des Anziehens einer Sache, ausschließen. Ausnahmen, wie im Falle schwächerer Territorien, etwa in Württemberg, das Verfassungskonflikte vor dem Reichshofgericht noch im 18. Jahrhundert zu bestehen hat, bestätigen die Regel. Nach innen ermöglicht die Abschottung gegen das Reich dem Territorialherren die Beseitigung alten Rechts, ständischer Beteiligung usw., was teilweise wie in Brandenburg-Preußen in Verbindung mit der Zusage von Privilegien in Verwaltung, Militär und Gutsherrschaft für den Adel geschieht.

9. Die Reformation verstärkt die Entwicklung zum Territorium, nicht nur in Kursachsen, sondern auch in anderen Territorien. Das *ius reformandi* begründet das landesherrliche Kirchenregiment, von dem sich die nun begründeten Landeskirchen nur allmählich durch Kollegialismus und Konsistorien emanzipieren. Die Glaubensfreiheit wandelt sich zur Auswanderungsfreiheit, unter unterschiedlichen Bedingungen, vor allem zuletzt gewährt im Westfälischen Frieden von 1648 am Ende des dreißigjährigen Krieges. Toleranz ist fürstlich gewährt und widerruflich etabliert, dient vor allem der Territorialpolitik, etwa um das eigene Territorium zu entwickeln, exemplarisch im Edikt von Potsdam seitens des „Großen Kurfürsten“ in Brandenburg-Preußen.

10. Soziale Voraussetzungen und rechtliche Struktur in England sehen anders aus. Der Aderlass des Feudaladels durch den hundertjährigen Krieg und die Rosenkriege bringt einen städtisch geprägten neuen Adel zu Einfluss im Parlament und bei Hof. Die Krone stützt sich auf diesen neuen Adel, der Territorialentwicklungen nicht anstrebt. Außerdem werden die größten Brocken, wie Wales, Cornwall, Lancaster an Prinzen des königlichen Hauses vergeben.

11. Der englische König erlangt aus Anlass des Scheidungsbegehrens Heinrichs VIII.

Oberhoheit (Suprematie) über die Kirche und kann sich aus dem Zugriff auf Kloster- und Kirchengut refinanzieren, was auch den neuen Adel begünstigt. Dieser Zugriff auf das Kirchengut ähnelt in Teilen dem in deutschen Territorien, verläuft aber anders, sofern Landbesitz an den Adel ausgekehrt und den Colleges der Universitäten Oxford und Cambridge zugewendet wird.

12. Nach dem Ende der Tudors kommt es mit dem Hause Stuart zum Konflikt um das „Divine Right of Kings“, mit dem die Furcht vor einer Rekatholisierung des Landes einhergeht. Die Traditionen der Privilegien und Freiheiten seit der Magna Charta bewirken, dass das Parlament und in ihm teils der neue Adel und die Gentry, d.h. die späteren Söhne aus diesem Adel und noch jüngerem Bürgertum sich um der Traditionen der Freiheiten und Privilegien willen gegen den König, und teils an die Seite der Gerichte stellen, wobei eine Professionalisierung des Richterberufs Zugriffe auf die Gerichte kraft königlicher Prerogative ausschließen wird. Insbesondere stehen dem König keine Funktionen als Gerichtsherr zu und kommen ihm „Machtsprüche“, die „Rechtssprüche“ brechen können, nicht zu.

13. Das Festhalten der Stuarts an dem göttlichen Recht der Könige führt zum Bürgerkrieg und zur blutigen Revolution: Es kommt nach dem Sieg des Parlamentsheeres zu Forderungen nach einer geschriebenen Verfassung (*agreement of the people*), nach Grundrechten, dem Vorrang der Verfassung auf der Grundlage eines Widerstands- und vereinzelt der Konzeption eines richterlichen Prüfungsrecht zur Durchsetzung des Vorrangs der Verfassung.

14. Die Parlamentsouveränität aufgrund der Glorreichen, d.h. unblutigen Revolution am Ende des 17. Jahrhunderts schneidet die Entwicklung einer geschriebenen Verfassung und eines richterlichen Prüfungsrecht ab. Das Modell des richterlichen Prüfungsrechts bleibt aber in den rechtlichen Formen der Kolonialaufsicht des *Privy Council* in London erhalten, das Rechthandlungen der kolonialen Stellen, der kolonialen Gesetzgebung überprüfen kann. Dieses Prüfungsrecht wird letztlich sozusagen in den U.S.A. 1803 nach innen gewendet, nachdem man eine geschriebene Verfassung und einen höchsten Gerichtshof besitzt,

der dieses Prüfungsrecht im Rechtsfall *Marbury v. Madison* (1803) begründet. Es findet sich auch im Entwurf der Verfassung der Paulskirche. Hier aufgrund der transatlantischen verfassungspolitischen und -rechtlichen Kommunikation (siehe etwa R. v. Mohl, *Amerikanisches Bundesstaatsrecht* usw. – 1824), die noch bestand; sie bricht aber ab und im sogenannten deutschen Konstitutionalismus der deutschen Monarchien hat allenfalls ein formelles richterliches Prüfungsrecht Platz.

15. Die französische Revolution steht in einem transatlantischen Kontext. Die Rechteerklärungen der Zeit sind nicht isoliert entstanden. Im Falle Frankreich spielt die Präsenz von Thomas Jefferson als amerikanischem Gesandten nicht nur in französischen Salons eine erhebliche Rolle. Allerdings sind bestimmte Elemente der angelsächsischen Tradition in Frankreich über 2 1/2 Jahrhunderte nicht wirklich wirksam geworden, etwa bzgl. des richterlichen Prüfungsrechts. Nachdem aber Art. 6 Abs. 2 EUV von gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen spricht, und diese sich in Europa auch entwickelt haben, ist Verfassungsgeschichte Teil der Bemühung um die angemessene Interpretation von europäischem Recht und seiner Instrumente.

16. Die Entwicklung zur französischen Revolution vollzog sich in Etappen, die durch die französische Geschichte vorgezeichnet waren. Der absolute Staat war weithin noch Postulat. Aber die Herrschaftstechniken des französischen Königtums implizierten die Demontage tradierten Rechts, einen Zentralismus, eine Parallelisierung der Verwaltungsstrukturen unter allmählicher Liquidation historisch-ständischer Formen und die Diskreditierung der Toleranz.

17. Frankreichs Generalstände waren seit Jahrzehnten nicht mehr einberufen worden, als zu diesem Mittel angesichts des drohenden Staatsbankrotts gegriffen wurde. Die Stände umfassten drei Bänke. Mit der Frage, ob sie getrennt abstimmen sollten, setzte die Revolution ein. Hätten Adelsmehrheit und die Mehrheit des Klerus jeweils getrennt abgestimmt vom dritten Stand, so wäre nie eine von letzterem getragene Mehrheit zum Zuge gekommen. Das führte zur Verselbständigung des dritten Standes bis hin zur Erklärung seiner selbst zur Konstituante. Der König wurde mit der Festsetzung in den Tuileries faktisch zum Gefangenen des Volkes von

Paris.

18. Die französische Verfassung entmachtete den König nur in Grenzen, da es erhebliche royalistische Potentiale in der Bevölkerung, in Paris und in den Provinzen, bis hin zu royalistischen Erhebungen, gab. Diese Lage führte mit Beginn der Koalitionskriege zu einer Ausübung des königlichen Vetos, die die Monarchie gefährdete, obwohl der König zunächst schon des Amtes enthoben und dann erst nach einem Verfassungseid in sein Amt wiedereingesetzt worden war. Sein Fluchtversuch führte zu seiner Inhaftnahme und schließlich zu seiner Hinrichtung.

19. Die Menschenrechtserklärung von 1789 gilt bis heute als französisches Verfassungsrecht, ja hat seit 1958 zunehmend den Charakter bindenden Rechts gewonnen, nicht zuletzt durch die Rechtsprechung des *Conseil Constitutionnel* gemäß der Verfassung aus diesem Jahr, der auch sie zum Maßstab seiner Prüfungspraxis macht.

20. Die Rechteerklärung ist zwar ihrem Wortlaut nach mit amerikanischen Rechteerklärungen vergleichbar, die unterschiedliche Tradition hat aber lange zu unterschiedlichen Deutungen geführt. Das gilt auch für die Gewaltenteilung und die rechtstechnische Maßstäblichkeit der Rechte der Erklärung in Rechtsverfahren. Ihre Interpretation unterlag lange rousseauistischen Vorverständnissen, die den Souverän – die Nationalversammlung und das Wahlvolk – so sehen, dass ein richterliches Prüfungsrecht nicht möglich ist. Auch viele andere Elemente der Rechteerklärung sind bis heute von Interesse.

21. Die Rechteerklärung von 1789 enthält zunächst eine Präambel, die sehr viel weniger als die Präambel der Verfassung von 1791 die Beseitigung des Feudalrechts setzt. Die Gleichheit in diesem Sinne wird eher in Art. 1 und Art. 6 betont, in letzterem Falle in der Betonung des gleichen Ämterzugangs.

22. Art. 3, 6 und 16 enthalten organisatorisch bedeutsame Aussagen, zunächst zur Verankerung der Souveränität in der Nation, nicht im Monarchen, und in der

Betonung der Ableitung aller Gewalt aus dem Willen der Nation. Dann wird in Art. 6 auf die *volonté générale* abgestellt, der im Gesetz zum Ausdruck kommt. Und schließlich besagt Art. 16: „Eine jede Gesellschaft, in der weder die Gewährleistung der Rechte zugesichert noch die Gewaltenteilung festgelegt ist, hat keine Verfassung.“

23. Art. 2 enthält Gewährleistungen für Freiheit, Eigentum und Sicherheit sowie ein Widerstandsrecht, das allerdings auf Unterdrückung reagiert, während ein Widerstand gegen rechtswidrig ausgeübte Staatsgewalt gemäß Art. 7 – am Ende – unter Strafe stehen soll.

24. Was Freiheit sein soll, ergibt sich deutlicher aus Art. 4 und 5, deren Text an die Urfassung des Art. 2 Abs. 1 GG erinnert („Jeder kann tun und lassen, was er will, es sei denn...“). Der Bezug auf das Gesetz als Ausdruck der *volonté générale* soll die Grenzen der Freiheit umschreiben.

25. Eigentum bleibt ähnlich offen wie im Grundgesetz in Art. 14 Abs. 1. Nicht gemeint sein können Feudalrechte und Privilegien, da sie dem Gleichheitssatz zuwiderlaufen. Ähnlich differenzierte noch die Weimarer Reichsverfassung zwischen dem Feudaleigentum der Fürsten und dem Eigentum nämlicher Verfassung. Noch klarer wird das in der Präambel der französischen Verfassung von 1791. Für das Eigentum der Rechteerklärung von 1789 werden aber Enteignungsvoraussetzungen und eine Entschädigung in Art. 17 gewährleistet.

26. Weiterhin erkennbar sind in der Rechteerklärung Entwicklungslinien hin zum Verbot intermediärer Mächte, die nicht durch die *volonté générale* vermittelt sind, durch das *Loi de Chapelier*. Solche Regelungen gefährden die Vereinigungsfreiheit, die folgerichtig nicht gewährleistet wird.

27. Daneben enthält die Rechteerklärung eine Reihe klassischer Freiheitsrechte, selbst für Anschauungen „religiöser Natur“ in Art. 10, aber auch klassisch formulierte Rechte der freien Meinungsbildung, der Pressefreiheit usw. Auch finden sich prozes-

suale Garantien, die heutigen Justizgrundrechten entsprechen. Außerdem stellt sie die Aufstellung eines Heeres, das dem Gemeinwohl verpflichtet sein soll, und dessen Finanzierung durch Abgaben in den Vordergrund.

28. Die Verfassung von 1791 stellte die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte voran und ergänzte sie durch die Versammlungsfreiheit, das Petitionsrecht und das Recht auf Freizügigkeit.

Im Übrigen war diese Verfassung noch die einer Monarchie, organisierte allerdings ihre eigene Funktionsunfähigkeit, indem sie dem König ein bis zu sechs Jahre aufschiebendes Veto gab und zugleich eine Verfassungsänderung nur im Lauf von 10 Jahren zuließ. Als der König die Heeresgesetzgebung blockierte, um den Koalitionstruppen ihre Chancen gegen Frankreich zu erhalten, zeigte sich, dass diese Verfassung nicht überleben konnte. Darauf folgten Verfassungsentwürfe und Verfassungen, wie sie in *Frotscher/ Pieroth* verkürzt, aber übersichtlich dargestellt werden.

28. Die napoleonischen Verfassungen enthalten kaum mehr Grundrechte. Sie enthalten aber manche Elemente, die bis heute Bestand haben, so etwa zum ersten Mal einen *Conseil d'État*. Weiterhin gehören ehemalige Staatspräsidenten als solche zum ersten Mal einem Organ an, so wie heute unter der Verfassung von 1958 dem *Conseil Constitutionnel*. Dieser hat als Verfassungsgericht Frankreichs zu gelten. Napoleons rechtspolitische Leistung liegt nicht in seinen Verfassungen, vielmehr in der Durchsetzung der Gesetzeskodifikationen, wie dem Code Civil („Code Napoléon“) von 1804, der heute noch – modifiziert – gilt, und dem allerdings älteren Code pénal (1810), der erst vor wenigen Jahren außer Kraft trat. Diese Kodifikationen galten später linksrheinisch bis 1900 fort und werden früh z.B. in Baden – allerdings nicht überall im Rheinbund – rezipiert. (Auch für diese Phase P. C. Hartmann, Frz. Verfassungsgeschichte der Neuzeit [1450-1980], Darmstadt 1985.)

29. Die Charte von 1814 stellt die Monarchie wieder her. Sie ist von Interesse, weil sie für die süddeutschen Verfassungen nach 1815 als Muster diente und auch auf die belgische Verfassung einwirkte. Diese wiederum wurde Vorbild der preußischen



Verfassung. Freiheitsrechte wurden in sie aufgenommen. Die monarchische überwiegt die demokratische Legitimation. Der König besitzt eine hervorgehobene Stellung, er ist unantastbar, nur seine Minister können zur Verantwortung gezogen werden. Er schließt Frieden und erklärt Krieg, er schließt Verträge und erlässt Verordnungen, er wirkt bei der Gesetzgebung in starkem Maße mit und übt Einfluss im Wege von Ernennungen oder auf andere Weise auf alle Staatsorgane aus. Die ungleichgewichtig doppelte Legitimation, einerseits aus der Monarchie, andererseits aus dem demokratischen Prinzip kennzeichnet dann auch die Verhältnisse in Deutschland. Dort vertreten die Anhänger des monarchischen Prinzips, dass alle Staatsgewalt durch die Krone – und nicht auf andere Weise – legitimiert wird. Eine Parlamentarisierung der Reichsregierung erfolgt hierzulande in vollem Umfang erst am 28.10. 1918, noch vor der November-Revolution.

30. Eine „Zweigleisigkeit“ der Legitimation der Herrschaft erfolgte seit 1815 fortgesetzt bis zur November-Revolution im Jahre 1918. Denn die „demokratische“ Legitimation stand während dieser Zeitspanne unausgesprochen oder ausdrücklich neben der monarchischen.

31. Der Untergang des Heiligen Römischen Reichs Deutscher Nation erfolgte wahrscheinlich in nicht hinreichender Form, da der Reichstag in Regensburg nicht mitwirkte und eine bloße Erklärung des Kaisers sicherlich nicht ausreichte. Die Qualität des alten Reichs ist bis heute umstritten. Es erfährt gelegentlich auch eine sehr positive Deutung. Für seine elementaren Strukturen sei auf das erwähnte Lehrbuch von *Frotscher/ Pieroth* hingewiesen, das hierzu in der ersten Auflage allerdings ein paar Schnitzer enthält.

32. Der Deutsche Bund war völkerrechtlich konzipiert und besaß den „Bundestag“ als Kongress von Gesandten der Staaten und Städte mit Sitz in Frankfurt am Main. Die Bundesakte wiederholte nicht das Verfassungsversprechen, das einzelne Fürsten, darunter der König von Preußen, gegeben hatten. Sie verpflichtete aber gemäß Art 13 zu einer landständischen Verfassung.

33. Das Verfassungsversprechen wurde in Süddeutschland zögerlich, in Preußen zunächst nicht erfüllt. Dort kam es erst Mitte des Jahrhunderts zu einer oktroyierten Verfassung, nachdem der König zunächst meinte, es genüge ein Vereinigter Landtag der einzelnen Territorien Preußens. Die reformerisch-demokratische Forderung blieb aber im Raum.

34. Die Nachwirkungen der Erklärung der Menschenrechte vollzogen sich ähnlich verschleppt, meist - vor allem im Süden - über die Charte, oder aber auch, wie in Sachsen nach 1830 in einer Umformung ständischer Rechte, etwa zu Rechtsschutzgarantien. Erst die Grundrechte des deutschen Volkes, wie die Nationalversammlung der Paulskirche sie verabschiedet hatte, erreichten einen modernen Standard auf nationaler Ebene; sie traten allerdings alsbald außer Kraft.

35. Die Vorstufen der Verfassungsentwicklung auch in diesem Bereich finden sich allerdings in den deutschen Staaten. Dort vollzog sich auch eine Reformgesetzgebung zur Aufhebung der Leibeigenschaft, zur Emanzipation der Juden und zur Gewerbefreiheit, die allerdings nicht immer den Standard der französischen Verfassungsentwicklung vor Napoleon erreichte. Meist war sie im Staatsinteresse, nicht im Interesse eines egalitären Republikanismus initiiert, obwohl manche Reformen - etwa auch in Preußen - als kantianische Republikaner gelten dürfen.