

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



HEINZ MOHNHAUPT

Von den „leges fundamentales“ zur modernen Verfassung in Europa

Zum begriffs- und dogmengeschichtlichen Befund
(16.–18. Jahrhundert)

Die beiden Begriffe „lex fundamentalis“ und „Verfassung“, die auch vor dem Hintergrund der Entwicklung des Begriffs „Konstitution“ gesehen werden müssen, stehen in einem wechselseitigen Spannungs- und Erklärungsverhältnis.¹ Von einer linearen historischen Kontinuität kann daher nicht gesprochen werden. Die *leges fundamentales* bilden vor allem den dualistischen Ständestaat des Ancien Régime ab; die moderne Verfassung des 19. Jahrhunderts dagegen – also der Epoche des Konstitutionalismus – repräsentiert den gewaltenteilenden demokratischen Verfassungsstaat der bürgerlichen Gesellschaft. Seine tragenden Elemente sind erstmals im Artikel 16 der „Déclaration des droits de l'homme et du citoyen“ vom 26. August 1789 essentiell festgelegt, die durch die Verfassung vom 3. September 1791 normative Verbindlichkeit erhielten:

„Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.“²

Dieser moderne Verfassungsbegriff geht somit von mehreren formellen wie materiellen Voraussetzungen aus: 1) Er postuliert einen bestimmten Inhalt der gewaltenteilenden staatlichen Ordnung und verfolgt das

¹ Zur Gesamtentwicklung dieser drei „Verfassungs“-Begriffe bis heute vgl. H. MOHNHAUPT, Verfassung I und D. GRIMM, Verfassung II, in: *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, hg. von O. BRUNNER, W. CONZE, R. KOSSELLECK, Bd. 6, Stuttgart 1990, pp. 831–862 und 863–899; eine wesentlich erweiterte und ergänzte Fassung erschien in der selbständigen Schrift: H. MOHNHAUPT und D. GRIMM, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart. Zwei Studien*, (Schriften zur Verfassungsgeschichte 47), Berlin 1995.

² Constitution Française (1791 Septembre 3), in: *Staatsverfassungen. Eine Sammlung wichtiger Verfassungen ...*, hg. von G. FRANZ, 3. Aufl., Darmstadt 1975, p. 306.

Ziel einer neuen, demokratisch verfaßten Gesellschaft mit Gewaltenteilung und Individualrechtsschutz; 2) er verlangt die Schriftlichkeit in einer systematisch kodifizierten Verfassungsurkunde, die zumeist an die Stelle einer abzulösenden alten Ordnung tritt; 3) diese Verfassungsurkunde ist von einer verfassungsgebenden Instanz zu erlassen, die vom Volk als dem eigentlichen Souverän und Auftraggeber bestimmt ist; 4) sie steht im Rang über der allgemeinen Rechtsordnung und ist nur unter bestimmten Voraussetzungen abänderbar.³ Historische Kontinuität zwischen „leges fundamentales“ und „Verfassung“ im modernen Sinne zu verfolgen oder gar zu bejahen, hinge also vor allem davon ab, welches Element des modernen Verfassungsbegriffs man als Maßstab wählt. Sieht man auf den Regelungsinhalt von „leges fundamentales“ und moderner Verfassung, so kann man kaum von Identität – und somit von Kontinuitäten – sprechen. Sieht man dagegen auf die Funktion der „leges fundamentales“, so sind Gemeinsamkeiten der staatlichen und politischen Ordnungs- und Regelungsaufgaben unübersehbar.⁴ Neben der inhaltlichen – das heißt hier rechtlichen – und funktionalen Komponente ist jedoch auch die begriffsgeschichtliche mit zu beachten.

Ein grundsätzlicher Unterschied zwischen *lex fundamentalis* und Verfassung besteht darin, daß im deutschen Sprachgebrauch „Verfassung“ als der ältere Begriff bis zum Beginn des 18. Jahrhunderts nur wenig rechtliche Qualität aufweist. Er bedeutet vor allem 1) Zustand und Beschaffenheit, 2) Ordnung in einem allgemeinen Sinne und 3) Errichtung bzw. Abfassung in schriftlicher Form sowie Inbegriff des Verfaßten.

Die *lex fundamentalis* dagegen zeigt schon in ihrer Wortkombination eine Rechtsqualität an, die sie seit dem Ende des 16. Jahrhunderts

³ Ähnlich G. DILCHER, Vom ständischen Herrschaftsvertrag zum Verfassungsgesetz, in: *Der Staat* 27 (1988), pp. 161–193 (165), auch unter Bezugnahme auf P. BADURA, Artikel „Verfassung“, in: *Evangelisches Staatslexikon*, hg. von H. KUNST u. a., 2. Aufl., Stuttgart, Berlin 1975, Sp. 2709–2713.

⁴ Solche Gemeinsamkeiten im Ansatz sieht G. STOURZH z. B. beim Vergleich des Verfassungsbegriffs des späten 18. Jahrhunderts mit dem des modernen Konstitutionalismus im Blick auf die englisch-amerikanische Entwicklung im Ordnungszweck, liberalen Rechtsschutz, in der Herrschaftsbegrenzung und Höherrangigkeit; vgl. G. STOURZH, Vom aristotelischen zum liberalen Verfassungsbegriff. Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika im 17. und 18. Jahrhundert (1975), in: DERS., *Wege zur Grundrechtsdemokratie. Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates*, (Studien zu Politik und Verwaltung 29), Wien, Köln 1989, pp. 1–35 (1 s.).

zunehmend gewinnt. Das Element des „Zustandes“ als der frühe Bedeutungsgehalt von „Verfassung“⁵ verweist auf den Bereich der Medizin. Die medizinische „Verfassung“ des Menschen und die „Konstitution“ seines Körpers meinen auch heute noch den Zustand, der durch das Zusammenwirken physischer und psychischer Kräfte im menschlichen Organismus bedingt ist. Die organologische Staatsauffassung bezog gerade aus dem Vergleich zwischen menschlichem Körper und staatlichem Organismus ihre Sprachbilder,⁶ die sich in den Wortkombinationen Staatskörper, Staatsoberhaupt, Staatsorgane, Staatsglieder zeigen. Das Element des Zustandes bzw. des Zuständlichen hat aber auch eine Entsprechung im Begriff von „status“. Gerade darin zeigt sich eine enge Verbindung der Begriffe „Konstitution“ und „Verfassung“ mit der Genese des Begriffs „Staat“ bis in die Moderne. Der zunächst unjuristische Verfassungsbegriff wird seit dem 17. Jahrhundert zunehmend rechtlich aufgeladen und stellt damit auf eine normative Ordnung ab, die auf den Staat bezogen ist und diesen so „öffentlichrechtlich“ definitionsfähig machte. Staat und Verfassung werden erst im 18. Jahrhundert zu komplementären Begriffen, die sich gegenseitig bedingen⁷ und „Verfassung“ als das „genaue Seitenstück des Staats“ ausweisen.⁸ Verfassung repräsentiert dann zunehmend den rechtlichen Ordnungszustand des Staates. Zu diesem Zeitpunkt waren die rechtlichen Beziehungen und Regelungsinstrumente im monarchischen Staat zwischen Herrscher und Ständen schon fast 200 Jahre lang unter der Pluralform des Begriffs der „leges fundamentales“ zusammengefaßt worden. Die rechtliche Dimension im Begriff der „leges fundamentales“ in bezug auf Staat und Staatlichkeit im 16. bis 18. Jahrhundert ist somit viel älter als im Begriff der Verfassung oder der „Konstitution“. Das gilt für alle europäischen Staaten – mit gewissen Abweichungen auch für England.

⁵ Vgl. MOHNHAUPT, Verfassung I, 1990 (Anm. 1), pp. 832, 854 s.; DERS., Verfassung I, 1995 (Anm. 1), pp. 1 s., 71 s.

⁶ Vgl. E. W. BÖCKENFÖRDE, Organ, in: *Geschichtliche Grundbegriffe* (Anm. 1), Bd. 4 (1978), p. 561 ss.

⁷ J. HELD, *System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten Deutschlands mit besonderer Rücksicht auf den Constitutionalismus II*, Würzburg 1857, p. 50.

⁸ So R. SCHMIDT, Die Vorgeschichte der geschriebenen Verfassungen, in: *Zwei öffentlich-rechtliche Abhandlungen als Festgabe für Otto Mayer*, hg. von R. SCHMIDT und E. JACOBI, Leipzig 1916, p. 187.

In der politischen und gemeinrechtlichen Literatur sowie vor allem ab dem 17. Jahrhundert in den Traktaten zum „ius publicum“ tritt mit unterschiedlichem Schwergewicht der Begriff der *lex fundamentalis* bzw. der *leges fundamentales* in Erscheinung.⁹ Parallel dazu sind in allen europäischen Ländern spätestens seit dem Ende des 17. Jahrhunderts auch die jeweiligen landessprachlichen Begriffe nachweisbar: „*lois fondamentales*“ in Frankreich, „Reichsgrundgesetze“ bzw. „Reichsfundamentalgesetze“ und „Landesgrundgesetze“ im Reich und in den deutschen Territorien, „*leyes fundamentales*“ in Spanien, „*fundamental laws*“ in England, „*prawa kardynalne*“ in Polen, „*leis fondamentais*“ in Portugal, „*fundamental lag*“ in Schweden, „*fundamental lov*“ in Dänemark, „*fundamentele wetten*“ in den Niederlanden und „*leggi fondamentali*“ in Italien.¹⁰ Ihr Inhalt ist in den einzelnen Staaten und Ländern keineswegs einheitlich, aber er betrifft in der Regel das rechtliche Verhältnis zwischen Herrscher und Ständen, das bis zur Verabsolutierung der Herrscherstellung des Monarchen gegenüber den entmachteten Ständen gesteigert sein konnte. Dieser – noch näher zu analysierende¹¹ – rechtliche Gehalt wird jedoch dadurch von allen anderen Formen der Gesetzgebung und Rechtsbildung unterschieden, daß er als ein „fundamentaler“ – im Deutschen würde man bildhaft besser von einem „grundlegenden“ sprechen – bezeichnet wird. Das geschieht, wie die landessprachliche Begriffsverwendung zeigt, in Gesamteuropa. Zur näheren Analyse des Epithetons „*fundamentalis*“ können hier die erhellenden Ausführungen des juristisch gebildeten Schweizer „Canzleiverwesers“ Frantz Michael Büeler in seinem „Compendium des gemeinen eidgenössischen Rechts“ von 1696 dienen:

„...so haben vast alle Völckher zu Erhaltung ihrer Reich undt Landen gewüsse unveränderliche Gesatz gemacht, welche sie *leges fundamentales* geheissen; zweifelsohne der Ursachen, daß, gleichwie ein Haus

⁹ Vgl. die Beispiele bei H. MOHNHAUPT, Die Lehre von der „*Lex Fundamentalis*“ und die Hausgesetzgebung europäischer Dynastien, in: *Der dynastische Fürstenstaat. Zur Bedeutung von Sukzessionsordnungen für die Entstehung des frühmodernen Staates*, hg. von J. KUNISCH, Berlin 1982, pp. 3–33 (9 ss.).

¹⁰ Vgl. die Übersicht mit Literaturnachweisen bei H. MOHNHAUPT, Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Régime, in: *Ius commune* 4 (1972), p. 195 s.; zu den italienischen „*leggi fondamentali*“ zuletzt ITALO BIOCCHI, *La carta autonomistica della Sardegna tra antico e moderno. Le „leggi fondamentali“ nel triennio rivoluzionario (1793–96)*, (Il diritto nella storia 2), Torino 1992, besonders p. 159 ss.

¹¹ Vgl. unten p. 127 ss.

auff seinem Fundament bestehet, also auch ein Stand nechst Götlicher Hilff auf solchen Grundtsatzungen, wan die aufrichtig gehalten undt beobachtet werden, bestehe undt erhalten werde; weilen ohne die Gesetz kein Stand erhalten werden kann, ...“¹²

Büeler, der sich hier auf Benedikt Carpzovs „Commentarius in legem regiam Germaniae“ beruft,¹³ gebraucht für die *leges fundamentales* die Metapher vom Fundament und dem Haus. Dies ist ein geläufiges Bild, das der *lex fundamentalis* eine im wörtlichen Sinne „Grund“-legende Bedeutung verleiht. Dementsprechend spricht Büeler von „Grundsatzungen“ bzw. von „gemeine(n) Satz- undt Ordnungen ..., krafft deren sie (sc. die Eidgenossen) in der Einigkheit undt ein jedes in seinem Stand aufrecht erhalten werde(n)“.¹⁴ Sie bilden für Büeler ein sicherndes und zugleich konstitutives Element. Die Metapher bzw. das Bild vom „Haus“ und seinem „Fundament“ ist in der Wortgeschichte angelegt und beleuchtet schon seit dem 16. Jahrhundert in den Wörterbüchern das Verhältnis zwischen Untergrund und dem darauf errichteten Bau. In Josua Maalers Wörterbuch von 1561 wird die „Grundveste“ gleichgesetzt mit „fundamenta“; „Grundveste deß gemeinen Nutzes sitzen“ wird lateinisch mit „iacere fundamenta Reipublicae“ angegeben.¹⁵ Noch bedeutet „Respublica“ hier nicht der „Staat“, sondern ist in der Bedeutung von „allgemeinem Nutzen“ zu übersetzen. Auch ist hier nicht gesagt, was die Grundlage des gemeinen Nutzens bildet, aber die abstrakte Vorstellung von der Voraussetzung eines Fundamentes bzw. einer Grundfeste für das Wohl der Allgemeinheit ist sprachlich erfaßt. Georg Henisch benutzt 1616 in

¹² F. M. BÜELER, *Compendium oder kurtzer Begriff des gemeinen Eydtgenössischen Rechts oder Juris Publici Helvetici* (1696), in: *Zeitschrift für schweizerisches Recht* XVI 2 (1869), pp. 3–154 (9). Ähnlich lautet schon die Gleichsetzung von „Satzung und Fundament“ in der „Vorred des nüwen Statrechts zu Fryburg im Priszgow“: „... durch gute wolgemesse satzungen und stattrechten / in ansehung das die selben nach den worten der geschrift wysen / ein fundament und uffenthalt sind der Stetten / dadurch frid erwachft den bywonern ...“, in: *Nüwe Statrechten und Statuten der loblichen Statt Fryburg im Pryszgow gelegen*, 1520, fol. II.

¹³ B. CARPZOV, *Commentarius ... in legem regiam Germanorum sive capitulationem imperatoriam*, als Anhang zu: DERS., *Disputationes historico politico-juridicae* ..., Lipsiae 1710, p. 7 (Cap. I, Sectio III, n. 2): „... ut quique fere populi ad conservationem suorum Regnorum Leges quasdam posuerint certas et immotas, quas fundamentales appellant, quibus Princeps obligetur ...“

¹⁴ BÜELER, *Compendium* (Anm. 12), p. 8.

¹⁵ J. MAALER, *Die Teütsch spraach. Alle wörter, namen ... in Hochteütscher spraach ... Dictionarium germanicolatinum novum* ..., Tiguri 1661, (Nachdruck: *Documenta Linguistica*, Reihe I, Hildesheim, New York 1973), p. 195 (Stichwort „Grundveste“).

seinem „Thesaurus linguae“ die Begriffe wesentlich konkreter, wenn er erklärt: „Auf ein gut fundament bawet man ein starck Gebaew / in bono fundamento firmum superstruitur aedificium.“¹⁶ Zum Stichwort „Grund“ erläutert er: „Grundfeste, das veste erdrich von natur, darauff der Baum gesetzt wird“,¹⁷ und weiterhin: „Du hast ein grundfeste gelegt, was du darauff bawest, mus bestehn.“¹⁸ 1741 taucht auf der Wörterbuchebeene der rechtlich orientierte Begriff der Grundgesetze erstmals auf:

„Grund-Gesetze, auf welche sich die anderen (Gesetze) gründen, leges praecipue quibus aliquid innititur et superstructum est, leges fundamentales.“¹⁹

In dieser Wörterbuch-Definition ist ein rechtlich geordnetes Verhältnis von Unterbau und Überbau für die Gesetze angesprochen, das heißt eine unterschiedliche Rangordnung von Gesetzen, die nicht in der Form der Deduktion von oben nach unten denkt, sondern umgekehrt von einer Grundlage ausgeht, die die Voraussetzung und Stütze für den darauf befindlichen Aufbau ist. In diesem Sinne bemüht Frisch auch das Bild einer rechtlichen Stütze für die Monarchie bzw. den Staat: „Grund-Säule, eines Staats, fundamentum regni; leges et statuta justa.“²⁰

Um die Mitte des 18. Jahrhunderts, als „lex fundamentalis“ mit ihrer rechtlichen Dimension in den allgemeinen Wörterbüchern feststand, war diese Bedeutung in der juristischen und vor allem politischen Literatur bereits längst gebräuchlich, wie das Zitat von Büeler schon belegte.²¹ Der Weg der Beobachtung führt hier in die zweite Hälfte des 16. Jahrhunderts und nach Frankreich als Ausgangspunkt und von dort zur gesamteuropäischen Begriffsverwendung. Die im Zusammenhang mit den Grundgesetzen gebräuchlichen Metaphern sind die der Architektur und des Organismus. 1597 erklärt z. B. in Frankreich Alouette in seinem Traktat „Des Affaires d'Estat“:

¹⁶ G. HENISCH, *Teütsche Sprach und Weißheit. Thesaurus linguae et sapientiae Germanicae I*, Augustae Vindelicorum 1616 (Nachdruck: Documenta Linguistica, Reihe II, Hildesheim, New York 1973), Sp. 1289.

¹⁷ HENISCH, *Teütsche Sprach* (Anm. 16), Sp. 1765.

¹⁸ HENISCH, *Teütsche Sprach* (Anm. 16), Sp. 1768.

¹⁹ JOHANN LEONHARD FRISCH, *Deutsch-Lateinisches Wörter-Buch*, Berlin 1741 (Nachdruck: Hildesheim, New York 1977), p. 379.

²⁰ FRISCH, *Deutsch-Lateinisches Wörter-Buch* (Anm. 19), p. 380.

²¹ Vgl. oben p. 125, Anm. 12.

„Architecture de la Monarchie François est et doit être telle qu'elle a été du commencement dressée et construite sur le plan, modèle et ordonnance de six points fondamentaux, qui sont les inviolables, essentiels et déterminés decrets du droit François ...“²²

In England erläutert Thomas Hobbes 1651 den Begriff des „Fundamentall Law“ gleichfalls mit der Metapher des Bauwerks, obwohl er Grundgesetze entsprechend seiner absolutistischen Staatsauffassung für den Herrscher ablehnte und nur für die Bindung der Untertanen anerkannte. Er erklärt:

„For a Fundamentall Law in every Common-wealth is that, which being taken away, the Common-wealth faileth, and is utterly dissolved; as a building whose Foundation is destroyed.“²³

Für das schwedische *ius publicum* gibt Johannes Loccenius 1673 folgende Definition:

„Leges regni Fundamentales publicaeque sunt, super quas regni ac publicae rei status fundatus est.“²⁴

In den Niederlanden gibt 1698 Ulrich Huber eine ähnliche bildhafte Erklärung:

„Ut sciamus quae sint (sc. leges fundamentales), praemitemus, fundamenti verbum id significare, quo tota structura nititur, et quod primo omnium ponitur, ut cuivis suo pte planum est.“²⁵

Burlamaqui gibt Mitte des 18. Jahrhunderts in seinen „Principes“ eine plastische Erklärung der Grundgesetze mit den folgenden Worten:

„Ces réglemens sont appellés des loix fondamentales, parce qu'elles sont comme la baze et le fondement de l'état, sur lesquels l'édifice du gouvernement est élevé ...“²⁶

²² FRANÇOIS DE L'ALOUETTE, *Des affaires d'estat. Des finances, du prince et de sa noblesse* ..., seconde edition, a Mets 1597, p. 1.

²³ THOMAS HOBBS, *Leviathan, or the Matter, Forme and Power of A Common Wealth Ecclesiasticall and Civil*, London 1651, p. 150 (Part 2, Chap. 26).

²⁴ J. LOCCENIUS, *Synopsis juris publici svecani*, Gothoburgi 1673, p. 4.

²⁵ U. HUBER, *Institutionis reipublicae liber singularis exhibens summam juris publici universalis* ..., Franequerae 1698, p. 33 (Cap. X, nr. 5).

²⁶ Hier zitiert nach der Ouvrage posthume: J. J. BURLAMAQUI, *Principes ou élémens du droit politique*, a Lausanne 1784, p. 70; die gleiche Formulierung ist übernommen von CLAUDE MEY, *Maximes du droit public François, tirées de Capitulaires, des Ordonnances di Royaume*, seconde édition, Tome II, a Amsterdam 1775, p. 189. Ähnlich heißt es 1796 in der „Achille della sarda liberazione“ für das Königreich Sardinien: „Mancando il fondamento cade l'edificio: quindi la pertinace moltiplicata vulnerazione delle Leggi

Auch Perez y Lopez betont 1791 in seinem spanischen „Teatro de la Legislacion“ ausdrücklich den Basischarakter der Grundgesetze, wenn er erklärt:

„Las leyes fundamentales que forman la base y naturaleza del gobierno, no pueden mudarse sin mudarse y alterarse este.“²⁷

Auch in der deutschen öffentlichrechtlichen Traktatliteratur wird der Vergleich zwischen Grundgesetzen und Staatsgebäude gezogen, wobei z. T. das Bild ausdrücklich der französischen Literatur entnommen wird:

„Die Grundgesetze ... gleichen einem Gewölbe, auf welchem das Staatsgebäude ruht: der Fürst oder Rathgeber aber, welcher die Säulen erschüttert, ... bedenket nicht, daß es zugleich Einbrüche in die geheiligsten Rechte der ganzen Menschheit seyn.“²⁸

Allen zitierten Texten ist die Überzeugung gemeinsam, daß die *leges fundamentales* einen notwendigen Unterbau darstellen, und zwar – in der Reihenfolge der gegebenen Zitate – für die Monarchie, für die allgemeine Wohlfahrt, das Königreich, die Regierung, den Staat. Es ist bezeichnend, daß erst seit der Mitte des 18. Jahrhunderts der Begriff „Staat“ – *l'état* – als eine abstrakte Größe über den „*loix fondamentales*“ in Erscheinung tritt. Ursprünglich war es die Monarchie, und zwar die französische, die auf Grundgesetzen beruhend und durch Grundgesetze gestützt bezeichnet wurde. Die Geburtsstunde der „*loix fondamentales*“ in Frankreich ist in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts zu suchen, als die Monarchie durch Glaubenspaltung, Bürgerkrieg und Thronfolgestreit in ihren Grundfesten erschüttert wurde. In zahlreichen monarchomachischen und royalistischen Streit-

fondamentali porta la dissoluzione del Regno.“ Zitiert nach BIOCCHI, *La carta autonomistica* (Anm. 10), p. 148 (nr. 8).

²⁷ ANTONIO XAVIER PEREZ Y LOPEZ, *Teatro de la legislacion universal de España é Indias*, Tomo XIX, Madrid 1797, p. 106.

²⁸ P. A. FRANK, *Grundbetrachtungen über Staat und Kirche nach natürlichen Rechtsätzen in Anwendung auf Teutschland ...*, Mainz 1784, p. 16, unter Bezug auf „*L'ami des hommes*“, Part. 4, p. 41, edit. de 1759: „*Les loix ... sont de deux sortes: les unes fondamentales, et semblables aux étançons sur lesquels s'établit d'abord la voûte, constituent la forme dont on ne peut s'écarter sans ébranler tout l'edifice ...*“

Aber auch unabhängig von der französischen Literatur war die Metapher des Hauses und Baues für Grundgesetze in der deutschen Literatur gebräuchlich: „*Leges fundamentales haud dubie dictae sunt a fundamento, quod primo loco ponitur, et cui tota aedium structura innititur*“; so z. B. C. CHR. WUCHERER (Respondent), *Dissertatio de legibus fundamentalibus in genere et singulatim in Imperio Romano Germanico* (Rectore FR. ERNESTO), Giessae-Hassorum 1709, p. 4 (§ 1).

schriften²⁹ zwischen den Anhängern der katholischen Liga und denen der Hugenotten wurden die Ordnungsprinzipien des französischen Königtums diskutiert und kämpferisch vertreten. Diese Schriften stellen eine Mischform aus staatsrechtlicher Diskussion und politischer Agitation dar. Dementsprechend repräsentiert der Begriff der *lois fondamentales* bzw. der *leges fundamentales* noch keine rechtlich festgefügte Terminologie. Er läßt jedoch in seiner Intention staatsrechtliche Konturen erkennen. Bei Théodore de Bèze findet sich 1574 eine wenig präzise Ersterwähnung des Begriffs in der Form „des Loix fondamentales d'un Roiaume“.³⁰ In juristisch konkreter Form hat wohl Innocent Gentillet in seinem „Discours sur les moyens de bien gouverner...“ von 1576³¹ und in seiner – anonym erschienenen – Schrift „Brève rémonstrance à la noblesse de France...“³² aus dem gleichen Jahr den Begriff der „lois fondamentales“ erstmals selbständig verwendet.³³ In beiden Schriften benutzt Gentillet das Bild vom Bau des Königtums, das wie ein Gebäude auf den *lois fondamentales* ruht. Schaffe man die *lois fondamentales* ab, so breche das Königreich zusammen:

²⁹ Vgl. die intensive Behandlung dieser Literaturgattung durch K. P. SWOBODA, *Die Bedeutung der 'lois fondamentales' im Zeitalter der Religionskriege in Frankreich*, Diss. phil. Wien 1979 (Maschinenschrift). Zum Hintergrund des religiösen und politischen Kampfes mit seinen Folgen für die Entwicklung des Absolutismus in Frankreich vgl. K. MALETTKE, Hugenotten und monarchischer Absolutismus in Frankreich, in: *Francia* 15 (1987), pp. 299–319 mit Literaturnachweisen.

³⁰ THÉODORE DE BÈZE (BEZA), *Du droit des magistrats sur leurs subiets. Traitté tres-necessaire en ce temps, pour advertir de leur devoir, tant les magistrats que les Subiets*: publié par ceux de Magdebourg l'an MDL: et maintenant revue et augmenté de plusieurs raisons et exemples, s.l. 1574; Nachdruck: Genève 1970, ed. R. M. KINGDON, (Les Classiques de la pensée politique 7), p. 61.

³¹ J. GENTILLET, *Discours sur les Moyens de Bien Gouverner et maintenir en bonne paix un Royaume ou autre Principauté. Divisee en trois parties: a savoir, du Conseil, de la Religion et Police que doit tenir un Prince. Contre Nicolas Machiavel Florentin*, s.l. 1576 (Nachdruck: Genève 1968, ed. C. E. RATHÉ), p. 74.

³² *Brève rémonstrance à la noblesse de France sur le fait de la Declaration de Monseigneur le Duc d'Alençon*, s.l. 1576.

³³ In der neueren französischen Literatur ist die Ersterwähnung des Begriffs „lois fondamentales“ bisher unterschiedlich angegeben worden. CLAIRE SAGUEZ-LOVISI, *Les lois fondamentales au XVIIIe siècle. Recherches sur la loi de dévolution de la couronne*, Paris 1984, p. 11, gibt als Erscheinungsdatum der „Brève rémonstrance...“ (Anm. 32) ohne Erklärung 1575 an, was die Ersterwähnung gegenüber Gentillet um ein Jahr vorverlegen würde. ANDRÉ LEMAIRE, *Les lois fondamentales de la Monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime*, Paris 1907, erwägt mit gutem Grund, ob die Ersterwähnung nicht schon gegen 1570/1571 durch L'Hospital oder Claude de Seyssel erfolgt sein könnte (p. 78 Fn. 4 und p. 103 Fn. 1).

„...comme l'edifice est par dessus son fondement, lequel on ne peut abbatre sans que l'edifice tombe. Aussi quand l'on abbat les loix fondamentales d'un royaume, le royaume, le roy et la royauté qui sont basties dessus, tombent quand et quand.“³⁴

Daraus folgt für Gentillet, daß der Herrscher niemals die lois fondamentales abschaffen könne, denn ohne sie würde das monarchische Staatswesen nicht existieren können. Gentillet hat diese Grundgesetze wie folgt konkretisiert:

„Ne peut aussi le prince abolir les loix fondamentales de sa principauté, sur lesquelles son estat estoit fondé, et sans lesquelles sondit estat ne pourroit subsister ne durer: car ce seroit s'abolir et ruiner soy-mesme. Comme en France le roy ne pourroit abolir la loy salique, ni les trois estats, ni la loy de non aliener les pays et provinces unies à la couronne: car le royaume et la royauté sont fondez sur ces trois poincts, qui sont comme les trois colonnes qui soustiennent le royaume et le roy. Ne peut le prince ... abolir la loy naturelle ...“³⁵

Damit sind dem französischen König drei Handlungsschranken gezogen, nämlich 1) die Wahrung des salischen Gesetzes mit der Vorschrift der männlichen Erbfolge, 2) die Garantie der drei Stände und 3) die Unveräußerlichkeit aller Länder der Krone. Da auf diesen Gesetzen das Königreich in seiner Gesamtheit beruhe, wird daraus die Folgerung gezogen, daß der König diese Fundamentalgesetze nicht abschaffen könne, was sonst einer Abschaffung des Königtums und des Königreichs selber gleichkäme. Dieses Abschaffungsverbot gilt ausdrücklich auch für die „loix de Dieu et de nature“. Die Notwendigkeit dieser drei Gesetze als unveränderliche „loix fondamentales“ belegt Gentillet mit einer Fülle von historischen Beispielen, die darauf abzielen, die Einheit, Integrität und die Macht des französischen Königtums zu sichern. Formal konnte man in der Bindung des Königs an die lois fondamentales und deren Unabänderlichkeit eine Einschränkung der königlichen Machtposition sehen, die jedoch Gentillet mit der Begründung verneint, daß durch diese Gesetze, die der Bewahrung des Königtums dienen, letztlich die Macht des Königs gestärkt werde. Gentillet hat das Prinzip der Unabänderlichkeit dieser „loix fondamentales“ immer wieder betont und insofern noch verstärkt, als er die Abschaffung dieser Gesetze noch nicht einmal als eine Handlungsmöglichkeit des

³⁴ GENTILLET, Briève rémonstrance (Anm. 32), p. 13; vgl. die bildliche Entsprechung 1796 für das Königreich Sardinien, oben Anm. 26.

³⁵ GENTILLET, Discours (Anm. 31), p. 74.

Königs diskutiert, sondern diese Gesetze vielmehr schlechthin für immer als unabänderlich erklärt: „...mais les lois fondamentales d'un royaume ne se peuvent iamais abolir, que le royaume ne tombe bientost apres.“³⁶ In diesem Zusammenhang unterscheidet nun Gentillet drei Arten von „lois fondamentales“:

„... il y en a de trois sortes. Les unes concernent la religion, les autres la iustice, et les autres la police: car ce sont les trois colonnes sur lesquelles le royaume de France est fondé.“³⁷

Diese drei Säulen versinnbildlichen die drei Grundgesetze, die das Fundament des französischen Königreichs tragen und stützen. Gentillet hat das Bild von den tragenden Säulen sogar als symbolisches Emblem auf dem Titelblatt seines „Discours“ gewählt.³⁸ Die Säulen-Metapher taucht bereits im Alten Testament (Buch Hiob 9,6) auf und besagt, daß die Welt auf Säulen ruht und daß die Erschütterung dieser Säulen – von Gott verursacht – die Erde beben macht. Unter der „loi fondamentale de la religion“ versteht Gentillet hauptsächlich das Gebot zur Bewahrung der christlichen Religion, vorrangig des Katholizismus. In gleicher Weise umfaßten auch die polnischen „prawa fundamentalne“ bzw. „kardynalne“ neben den Grundsätzen der Königswahl die Garantie der katholischen Religion für die polnischen Könige.³⁹ Die dänische „Lex Regia“ von 1665 erhob die Augsburger Konfession in ähnlicher Weise zum ersten Grundgesetz des dänischen Königreichs.⁴⁰ Gentillet's Begründung für die „loi fondamentale de la religion“ des französischen Königreichs war durch die Thronfolgekämpfe motiviert, denn der französische König dürfe nicht Gefahr laufen, wegen des Atheismus der Ausländer den Titel „Tres-chretien“

³⁶ GENTILLET, Briève remontrance (Anm. 32), p. 14.

³⁷ Wie Anm. 36.

³⁸ Vgl. die Hinweise bei SWOBODA, Bedeutung der lois fondamentales (Anm. 29), p. 267 s.; in der ersten deutschen Übersetzung von G. NIGRINUS sind die drei Säulen „religion“, „iustice“, „police“ folgendermaßen in den Titel aufgenommen: *Antimachia-vellus, Das ist Regentenkunst und Fürstenspiegel ... Abgetheilt in III. Bücher, I. Von den guten Rächten. II. Von der Religion. III. Von der Regimentsverwaltung oder Policy ... Dem Vaterland zu gutem verteutscht durch G.N. ... Jetzt aufs new ubersehen ...*, Straßburg 1624.

³⁹ L. KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, Polish Constitutional Law, in: *Polish Law throughout the Ages*, ed. W.J. WAGNER, Stanford (California) 1970, pp. 215–272 (242); H. ROOS, Der Adel der polnischen Republik im vorrevolutionären Europa, in: *Der Adel vor der Revolution ...*, hg. von R. VIERHAUS, Göttingen 1971, pp. 41–76 (68 s.).

⁴⁰ *Das dänische Königsgesetz oder das in Dänemark geltende Grundgesetz. In historischer Beleuchtung ...* von L. WIENBARG, Hamburg 1847, p. 89.

zu verlieren. Ähnlich sind auch die „loix de la justice“ gegen die Simonie und vor allem die Bekleidung öffentlicher Ämter durch Ausländer im Königreich gerichtet. Zu den „loix politiques“ zählt Gentillet besonders das schon erwähnte salische Gesetz mit dem Ausschluß von Frauen in der königlichen Thronfolge und bei der Ausübung von Regierungsgeschäften sowie weiterhin das Verbot der Ausfuhr von Geld aus dem Königreich. Gentillet untermauert diese drei „loix fondamentales“ durch ähnliche königliche Erlasse aus der französischen Geschichte. Ihre Rechtsqualität als fundamentale *Gesetze* bleibt hier jedoch unklar. Deshalb ist hier eher von Maximen und politischen Handlungsprinzipien zu sprechen, die jedoch alle in ihrer Zielrichtung auf eine rechtlich verbindliche Limitierung des königlichen Handlungsspielraums hinauslaufen. Neben das Säulen-Bild treten Metaphern der herrscherlichen Machtbegrenzung. Dies wird besonders offenkundig, wenn man die drei lois fondamentales „Religion, Justice, Police“ im literarischen Umfeld der staatsrechtlichen Traktatliteratur zeitlich bis in das frühe 16. Jahrhundert – und zwar bis zu Claude de Seyssels 1519 in erster Auflage erschienenen Traktat „La grande monarchie de France“ – zurückverfolgt. In der Ausgabe von 1541 heißt es:

„Et neantmoins demeure tousiour la dignité et auctorité royale en son entier, non pas totalement absolue ne aussy restraincte pas trop, mais réglée et refrenée par bonnes loix, ordonnances et coutumes ... Et pour parler desdictz freins par lesquelz la puissance absolue des Roys de France est riglée, l'en treuve troix principaulx: Le premier est la religion, Le second la iustice, Et le tiers la police.“⁴¹

Bereits 1567 hat Georg Lauterbeck Seyssels Traktat ins Deutsche übersetzt. Die entscheidende Stelle lautet:

„Es sind aber fürnemlich drey stück / gleich wie drey Ketten oder Halfftern / mit welchen die gewalt der Könige zu Franckreich gebunden / verknüpfft und gemessiget wird / Nemlich / die Religion / Juristiction / und Policy.“⁴²

⁴¹ CLAUDE DE SEYSEL, *La grand monarchie de France, composee par ..., adressant au Roy treschrestien, Francoys premier de ce nom.* (La loy Salicque, premiere loy des Francoys) ..., s.l. 1541, pp. 11–12.

⁴² Regentenbuch Auffß fleissigst ... von Newen ubersehen ... Allen Regenten und Oberkeiten zu anrichtung und besserung erbarer und guter Policy / Christlich und nötig zu wissen ... : Vom Ampt der Könige und Regierung des gemeinen Nutzes in der

Diese drei Bereiche bilden generell eine auf Herrscherbild und monarchische Staatlichkeit bezogene Trias. Auch in der „*Anatome corporis politici*“ des Pariser Theologen Johannes Michaelis von 1564 wurden „*Religio, Justitia et Obedientia*“ als die „*tres praecipuae virtutes*“ „in corpore Politico“ bezeichnet.⁴³ Weder Seyssel noch die deutsche Übersetzung durch Lauterbeck gebrauchen jedoch den Begriff der „*lex fundamentalis*“. Seyssel spricht aber von den „*troys choses pri(n)cipales*“ in der Reihenfolge Religion, Justiz, Polizei.⁴⁴ Ihre bildhafte Bezeichnung als „*frein*“⁴⁵ – lateinisch „*frenum*“ – wird sprachlich als Instrument der Machtbegrenzung im Text eingesetzt und teils als Kette, Halfter oder Zaumzeug⁴⁶ zur Mäßigung und Zügelung der königlichen Gewalt gebraucht: „*Comment ceste moderation et refrenation de la puissance absolue des Roys est à leur grand honneur et prouffit.*“⁴⁷ Die Zielrichtung ist klar. Es geht um die Begrenzung der absoluten königlichen Gewalt, die in den genannten drei Prinzipien bzw. Maximen festgelegt ist. Erstmals 1576 werden diese Prinzipien bei Gentillet – in der Pluralform – zu „*loix fondamentales*“ umgeformt und gleichsam in die höhere Kategorie des Gesetzes transponiert, dessen Höherrangigkeit vor allen anderen Gesetzen wiederum durch den Zusatz „*fondamentale*“ unterstrichen wird. Mit dieser Kategorienbildung wird ein grundsätzlicher Unterschied der königlichen Macht in bezug auf die öffentlichen und die zivilen Gesetze erkennbar gemacht. Die Dichotomie „öffentliches Recht“ und „privates Recht“ im weitesten Sinne tritt hier staatsrechtlich bzw. verfassungsrechtlich in Erscheinung.⁴⁸ Sie hat seit der berühmten Ulpian-Formel in den

lößlichen Kron Franckreich / des ... CLAUDIJ SESSSLS / Zwey schöne Bücher / wie er die in Frantzösische Sprach geschrieben / und von JOHANNES SCHLEYDANO ins Latein gebracht ... und letztlich alles in unser Deutsche Sprache versetzt / durch GEORGIIUM LAUTERBECKEN ..., s. l. 1567, 1. Buch (fol. 14, ohne Seitenzahl).

⁴³ JOANNIS MICHAELIS, *Anatome corporis politici, sive liber de institutione ecclesiastici, et civilis ordinis* ..., Parisiis 1564, fol. 17 (Caput 22).

⁴⁴ SEYSSSEL, *La grand monarchie* (Anm. 41), fol. 41 ss.

⁴⁵ SEYSSSEL, *La grand monarchie* (Anm. 41), fol. 10–12.

⁴⁶ LAUTERBECK, SEYSSSEL, *Regentenbuch: Vom Ampt der Könige und Regierung ... in Franckreich* (Anm. 42), 1. Buch (fol. 14, ohne Seitenzahl).

⁴⁷ SEYSSSEL, *La grande monarchie* (Anm. 41), fol. 16.

⁴⁸ Dazu grundsätzlich STEN GAGNÉR, Über Voraussetzungen einer Verwendung der Sprachformel „öffentliches Recht und Privatrecht“ im kanonistischen Bereich, in: *Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Uppsala* (1966), hg. v. E. v. CAEMMERER und K. ZWIGERT, Berlin und Tübingen 1967, pp. 23–57; M. BULLINGER, *Öffentliches Recht und Privatrecht. Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung*, Stuttgart [u. a.] 1968; M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland I*, München 1988, pp. 44 s., 73–76.

Digesten (1.1.1.2) alle Kategorisierungsbemühungen beherrscht, wurde aber zugleich auch unhistorisch eingesetzt.⁴⁹ Gentillet unterscheidet zwei Arten von Macht, nämlich einerseits die „puissance absolue“, die die allgemeinen Staatsangelegenheiten und den Erlaß einfacher Verordnungen und Gesetze betrifft, und zum anderen die „puissance civile“.⁵⁰ Die Beschränkung der königlichen Macht durch die Gesetze Gottes und der Natur versteht sich für Gentillet entsprechend der überkommenen Theorie von selbst. Die dritte Kategorie, die der Machtbegrenzung dient, sind jedoch die „loix civiles“, die er auch als „loix fondamentales“ bezeichnet. Betrachtet man die ursprüngliche Allgewalt des Herrschers in bezug auf die Gesetzgebung – die sogenannte „potestas legislativa“, so umfaßte sie ein ganzes Bündel von Gesetzgebungsmöglichkeiten, die alle in der „voluntas principis“ ihren Geltungsgrund besaßen: Erlaß, Abänderung, Aufhebung und Interpretation von Gesetzen sowie die Durchbrechung der gesetzlichen Regelung oder die Befreiung vom Gesetz durch die Dispensatio oder das Privilegium.⁵¹ Die Gesetzgebungsgewalt des Herrschers war lückenlos, auch wenn sie in Einzelfällen an die Zustimmung der ständischen Organe geknüpft sein konnte. Diese Gesetzgebungsbündelung war das Idealbild der absolutistischen Staatsauffassung, für die der römisch-rechtliche Satz des „princeps legibus solutus est“ (D. 1.3.31) – trotz anderer Intention – nutzbar gemacht wurde.⁵² Die neugewonnene Kategorie der „lois fondamentales“ bzw. „leges fondamentales“ bedeutet hier nun einen entscheidenden Angriff auf diese geschlossene Gesetzgebungsgewalt im Sinne einer Alleingewalt des Herrschers. Sie nimmt aus dem Bereich seiner Gesetzgebungskompetenz die „leges fondamentales“ heraus und entzieht diese somit der herrscherlichen Dispositionsgewalt, indem sie diese zu unverrückbaren Gesetzen erklärt. Darin offenbarte sich eine politisch höchst wirksame Zwecktrennung in öffentliches Recht und Privatrecht, ohne deshalb die

⁴⁹ H. MOHNHAUPT, Römisch-rechtliche Einflüsse im „ius publicum“ / „öffentlichen Recht“ des 18. und 19. Jahrhunderts in Deutschland, in: *Index (Quaderni camerti di studi romanistici)* 16 (1988), pp. 151–175 (151–153) und die dort gegebenen Literaturangaben.

⁵⁰ GENTILLET, Discours (Anm. 31), p. 74.

⁵¹ H. MOHNHAUPT, Potestas legislativa (Anm. 10), pp. 208–213.

⁵² Zur wechselvollen Instrumentalisierung dieses Grundsatzes vgl. mit Beispielen STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts I (Anm. 48), pp. 175–180; D. WYDUCKEL, Artikel „Princeps legibus solutus est“, in: *HRG* III (1984), Sp. 1956–1962; DERS., *Princeps Legibus Solutus. Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts- und Staatslehre*, (Schriften zur Verfassungsgeschichte 30), Berlin 1979, p. 48 ss.

Auffassung von der Einheit des Rechts aufzugeben.⁵³ Die Gesetzgebungsgewalt des Fürsten wird machtbefchränkend auf den Bereich der „leges humanae“ dezimiert, die jederzeit modifizierbare und anpassungsfähige Normierungen darstellten und sich vorrangig in der Privatrechtsgesetzgebung und im Strafrecht ausdrücken konnten. Von dieser Gattung des positiven Rechts werden nun die Gesetze unwandelbaren Inhalts getrennt, unabhängig davon, ob man sie als Grundgesetze oder Grundsätze bezeichnen will. Das zeigte sich auch in der Diskussion der calvinistischen Monarchomachen über den absolutistischen Gesetzgebungs- und Handlungsanspruch der Regenten im Lichte der „princeps legibus solutus“-Lehre. Théodore de Bèze hat diesen eingeschränkten Gesetzgebungsrahmen des Herrschers sehr klar formuliert:

„Et pourtant ce qui semble estre dit au contraire par les Jurisconsultes, assavoir, que le Prince n'est obligé aux loix, ne doit estre entendu que des loix civiles, et du droit particulier et privé, comme d'un testament, d'une detraction falcidiane ou Trabellianique ou autre semblable chose, et non du droit public et concernant l'Estat, et bien moins du droit naturel que divin, auquel tous les hommes estans tenus, pource qu'ils sont nez hommes, il s'ensuit necessairement, ou que les Rois ne sont pas hommes, ou qu'ils y sont obligez aussi.“⁵⁴

Diese grundsätzliche Unterscheidung wird in Frankreich auch durch die Bezeichnung „loix du roi qui peuvent changer“ und in die „loix du royaume qui sont immuables“ kenntlich gemacht.⁵⁵ Dabei muß beachtet werden, daß die Trennung in eine *legislatio temporalis humana* und Begründung von Gesetzen mit einer überzeitlichen, göttlichen beziehungsweise natürlichen Legitimation schon seit der Legistik zur traditionellen Einteilung des Rechts und der Gesetze gehörte. *Ius naturale*, *ius divinum* und *ratio* wurden stets als dauerhaftes und unveränderbares Recht vom *ius humanum* unterschieden. Damit sind

⁵³ So auch STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts I (Anm. 48), p. 153.

⁵⁴ TH. DE BÈZE (BEZA), Du droit des magistrats sur leurs subiets (Anm. 30), p. 49; vgl. auch die deutsche Übersetzung in: Beza, Brutus, Hotmann. Calvinistische Monarchomachen, übersetzt von H. KLINGELHÖFER und hg. von J. DENNERT, (Klassiker der Politik 8), Köln und Opladen 1968, p. 41.

⁵⁵ So die treffende Charakterisierung der beiden Gesetzesbereiche durch den ersten Präsidenten des Parlement de Paris de Harlay im Jahre 1586; hier zitiert nach CLAUDE MEY, *Maximes du droit public François ...*, 2. ed., tome II, a Amsterdam 1775, p. 239 s.; zur Unterscheidung in die „loix royales“ und „loix du Royaume“ vgl. H. QUARITSCH, *Staat und Souveränität*, Frankfurt am Main 1970, p. 349.

im Grunde Elemente der *lex fundamentalis*, wenn diese auch früher so nicht genannt wurden, verselbständigt unter diesem neuen Begriff zusammengefaßt worden mit der antimachiavellistischen Stoßrichtung gegen den rechtlichen Absolutheitsanspruch der Herrscher, wie er der Argumentation der Monarchomachen entsprach.⁵⁶

Sieht man auf den Inhalt der *lois fondamentales*, so ist er zwar nicht eindeutig festgelegt, jedoch immer auf die königliche Gewalt und die französische Monarchie in der Person des Königs bezogen. An erster Stelle steht regelmäßig die die männliche Thronfolge festlegende „*Lex Salica*“. Das gilt auch für Jean Bodin, obwohl er die „*Lex Salica*“ weder in der französischen Fassung von „*Les six livres de la république*“ (1578) noch in der lateinischen Übersetzung „*De republica libri sex*“ (z. B. 1622) als „*loi fondamentale*“ bezeichnet, sondern nur mit dem unverbindlichen Begriff der „*lois du Royaume*“ bzw. „*leges imperii*“ belegt hat. Mit diesen ist die „*loi fondamentale*“ keinesfalls gleichzusetzen,⁵⁷ wenn sich auch teilweise funktionale Entsprechungen erkennen lassen. Bodins „*loi du Royaume*“ in der Gestalt der „*Lex Salica*“ hat die königliche „*majesté souveraine*“ zum Bezugspunkt und nicht den französischen „*état*“.⁵⁸ Das Merkmal der Machtbegrenzung im Begriff der „*leges imperii*“ spielte deshalb in der Theorie Bodins keine wesentliche Rolle.

In der französischen Traktatliteratur wird der Kreis der „*lois fondamentales*“ generell sehr weit gezogen. Man kann hier auch von einer sogenannten monarchischen Theorie der *lois fondamentales* sprechen. Das wird besonders bei Alouette erkennbar, der 1597 einen Katalog von „*six points fondamentaux*“ aufstellte, die sich im wesentlichen mit den zuvor genannten Grundgesetzen bei Gentillet⁵⁹ decken.

⁵⁶ Vgl. die Übersicht von J. DENNERT, in: Beza, Brutus, Hotman (Anm. 54), pp. IX–LXXIII; P. D. STEWART, *Italogallia: Machiavelli, the Italians and the question of royal authority in late sixteenth-century France*, in: *Aequitas, aequalitas, auctoritas*, ed. D. LETOCHA, Paris 1992, pp. 93–101.

⁵⁷ So mit Nachdruck QUARITSCH, *Staat und Souveränität* (Anm. 55), pp. 349, 367 s.; O. BEAUD, *La Puissance de l'Etat*, Paris 1994, p. 180 s.; vgl. auch MOHNHAUPT, *Lehre von der „Lex Fundamentalis“* (Anm. 9), pp. 17–19; STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts* (Anm. 48), p. 159, der entgegen dem Begriffsbefund bei Bodin von dessen Lehre der „Fundamentalgesetze“ spricht.

⁵⁸ Vgl. in diesem Sinne auch SWOBODA, *Bedeutung der „lois fondamentales“* (Anm. 29), p. 323 s.; dazu mit differenzierender Interpretation zuletzt P. C. MAYER-TASCH, *Einleitung zu: JEAN BODIN, Sechs Bücher über den Staat*, Buch I–III, übersetzt ... von B. WIMMER, hg. v. P. C. MAYER-TASCH, München 1981, pp. 35–39; WYDÜCKEL, *Princeps Legibus Solutus* (Anm. 52), p. 165.

⁵⁹ Vgl. oben p. 130 (Anm. 35).

Er zählt dazu, 1) daß das Königreich einer Person allein mit höchster Gewalt übertragen ist; 2) daß die Krone nur männlichen Herrschern zusteht; 3) daß sie erblich ist; 4) daß sie allein dem männlichen Erstgeborenen zusteht; 5) daß das Krongut unveräußerlich ist und 6) daß der König Rat und Hilfe in Notsituationen durch das „corps universel“ entgegennimmt.⁶⁰ Mit dem letzten dieser Punkte, die Alouette „les premiers et principaus fondemens du Roiaume“ nennt, waren die Generalstände gemeint. Mit den Generalständen tritt ein neues politisches und rechtliches Element in der Diskussion über Aufgabe und Funktion der lois fondamentales auf. In dem Zitat von Alouette wird bereits die Konzeption einer gewissen ständischen Theorie der Fundamentalgesetze erkennbar, die in Frankreich einmal dem Parlément de Paris die Aufgabe eines obersten Hüters der fundamentalen Gesetze zuwies⁶¹ oder den „Etats généraux“ eine konstitutive Rolle im Sinne eines dualistischen Staatssystems übertrug. Dies spielte in den ständisch organisierten Territorien und Ländern wie im Alten Reich, in Schweden, Dänemark, Böhmen eine ganz entscheidende Rolle bei der dogmatischen und politischen Festlegung der leges fundamentales. Bei David Rivault de Fleurance tritt um 1600 neben der Person des Königs auch das ständische Element verfassungsrechtlich in Erscheinung mit der Folge, daß die lois fondamentales eine zweiseitige Entstehungsvoraussetzung erhalten:

„En tout Estat, il y a des loix fondamentales, lesquelles ... lient le Prince avec les subjects, et les subjects avec le Prince, par un mutuel accord: qui bourne en certaines articles partez par icelles les obligations des contractans ...“⁶²

⁶⁰ DE L'ALOUETTE, Des affaires d'estat (Anm. 22), p. 2; vgl. auch SWOBODA, Bedeutung der „lois fondamentales“ (Anm. 29), p. 372; zuletzt G. STOURZH, Naturrechtslehre, leges fundamentales und die Anfänge des Vorrangs der Verfassung, in: *Rangordnung der Gesetze. 7. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 22. und 23. April 1994*, hg. von CHR. STARCK, (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-Historische Klasse, Dritte Folge, Nr. 210), Göttingen 1995, pp. 13–28 (18 s.), der vor allem den Ausschluß der weiblichen Erbfolge als französisches Fundamentalgesetz überzeugend historisch interpretiert.

⁶¹ R. HOLTZMANN, *Französische Verfassungsgeschichte*, München, Berlin 1910, pp. 321, 347–349.

⁶² DAVID RIVAUD DE FLURANCE (FLEURANCE), *Les Estats. Esquels il est discoursu du Prince, du Noble et du Tiers Estat, conformément à nostre temps*, Lyons 1596, p. 172, hier zitiert nach SWOBODA, Bedeutung der „lois fondamentales“ (Anm. 29), p. 378.

Das Konsensprinzip des „mutuel accord“ verweist auf das in der Literatur der Monarchomachen geläufige Vertragsmodell der „mutua obligatio“ und den Herrschaftsvertrag.⁶³ So sehr auch die Monarchomachen in ihrer Lehre unterschiedliche Ansichten über die Entstehung von Staatlichkeit und Gesellschaft vertreten,⁶⁴ so groß ist doch auch wieder bei ihnen die Übereinstimmung in der Lehre vom Herrschaftsvertrag – geschlossen zwischen Herrscher und Volk bzw. Ständen. Diese Vertragstheorie, die viele unterschiedliche Ausgestaltungen erfahren hatte, war die entscheidende Waffe, mit der die Rechtsposition des absoluten Herrschers angegriffen werden konnte und auch angegriffen wurde. Der Vertrag wird teilweise als bloßer „Consensus“, oder Herrscher und Volk bzw. Stände als Parteien verpflichtender Vertrag, oder als Mandat, teilweise auch als römischrechtlicher Verbalkontrakt angesehen. Die „reciproca obligatio“ wird dann zum Vertrag, wenn einerseits die traditio des Regnum und die Eidesleistung des Herrschers sowie andererseits das Gehorsamsversprechen des Volkes bzw. der Stände einander als wechselseitige Verpflichtungen gegenüberstehen. Der Vertrag wird genau wie ein Vertrag des Privatrechts als ein Rechtsinstitut des positiven Rechts behandelt mit allen dogmatischen Elementen, die auch zur römischrechtlichen Vertragslehre gehören.⁶⁵ Auf diese Weise stellte die Lehre zwei Parteien im Herrschaftsvertrag einander gegenüber, so daß dementsprechend der „Staat“ in zwei – nur durch das Band des Vertrages miteinander verknüpfte – Hälften zerfiel, die eben in ihrer vertraglichen Bindung den „dualistischen Staat“ ausmachten. Dieser war in der Figur des Monarchen personal gedacht mit den Ständen oder dem Populus als korrespondierendem Element. Diese beiden Teile zusammenzufügen

⁶³ Zur „mutua obligatio“ vgl. G. OESTREICH, Ständetum und Staatsbildung in Deutschland (1966), in: *Die geschichtlichen Grundlagen der modernen Volksvertretung*, hg. von H. RAUSCH, Band II: *Reichsstände und Landstände*, (Wege der Forschung 469), Darmstadt 1974, pp. 47–62 (56 s.); H. HÖPFL and M. P. THOMPSON, The history of contract as a motive in political thought, in: *American Historical Review* 84 (1979), pp. 919–944 (929 s., 935); zum Herrschaftsvertrag vgl. W. NÄF, Herrschaftsverträge und Lehre vom Herrschaftsvertrag, in: *Schweizer Beiträge zur Allgemeinen Geschichte* 7 (1949), pp. 26–52.

⁶⁴ Vgl. die oben (Anm. 56) gegebenen Hinweise; für die ältere Literatur: R. TREUMANN, *Die Monarchomachen. Eine Darstellung der revolutionären Staatslehren des XVI. Jahrhunderts (1573–1599)*, Leipzig 1895.

⁶⁵ TREUMANN, *Monarchomachen* (Anm. 64), pp. 53–55; D. KLIPPEL, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, Paderborn 1976, p. 54 s.; STOURZH, *Naturrechtslehre* (Anm. 60), p. 22 s., namentlich im Verhältnis zur Naturrechtslehre.

geschah über das Band des Vertrages, das sich als eine ganz entscheidende Rechtsfigur für die Ordnung und Organisation der Macht, die Handlungssysteme und die Regelung der Konfliktlagen erwies. Auch heute knüpfen die „new contractarians“ wieder an dieses Vertragsprinzip an.⁶⁶ In allen Kulturen besitzen die Verträge dieselbe Grundstruktur, nämlich die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien, die in Worten oder Zeichen gefaßt sein oder sich aus konkludentem Handeln ergeben kann. Unterschiedliche Interessenlagen der Parteien lassen sich durch Verträge koordinieren, die so zum Garanten des Rechtsfriedens werden können.⁶⁷ Für diesen Tatbestand gebrauchten Höpfl und Thompson in bezug auf die Bürgerkriegskämpfe in Frankreich die griffige Formel des „pax by pactum“.⁶⁸ Das Prinzip der Ordnung durch den Vertrag wird in der Rechtsfigur der *lex fundamentalis* konkret. „Lex“ als Vertrag erscheint als ein Widerspruch in der Begrifflichkeit, ist aber durch die Entstehungsweise der „*lex fundamentalis*“ rechtsdogmatisch voll gedeckt. Betrachtet man in den einzelnen Staaten die *leges fundamentales* nach ihrem Inhalt und Zustandekommen, so sind darunter in der Regel immer die Vereinbarungen zwischen Herrscher und Ständen subsumiert worden. Diese Vereinbarungen zwischen Herrscher und Ständen sind im dualistischen Staat das rechtliche Mittel zur Sicherung der ständischen Rechte auf der einen Seite und der nach Alleinherrschaft strebenden Krone auf der anderen Seite. Das Rechtsinstrument des Vertrages zeigt gerade darin seine Ambivalenz als mögliche Legitimationsgrundlage für absolutistische und ständisch-libertäre Machtpositionen.⁶⁹ Aber diese Texte schaffen in ihrer vertraglichen Qualität rechtlich

⁶⁶ Vor allem Rawls, Nozick und Buchanan als Vertreter zeitgenössischer Staatsphilosophie versuchen die Rechtsfigur des Vertrages zu reaktivieren und neu aufzunehmen, um diesen politisch als Legitimation und als Denkmodell für Individualrechtsgarantie und Gerechtigkeitserfüllung durch den Staat einsetzen und benutzen zu können; vgl. U. DRUWE, Vertragstheorie als Staatslegitimation, in: *ARSP* 74 (1988), pp. 394–399; R. KLEY, *Vertragstheorien der Gerechtigkeit. Eine philosophische Kritik der Theorien von John Rawls, Robert Nozick und James Buchanan*, Bern und Stuttgart 1989; J. RAWLS, *Die Idee des politischen Liberalismus. Aufsätze 1978–1989*, hg. von W. HINSCH, Frankfurt am Main 1992.

⁶⁷ A. TROLLER, Möglichkeiten einer Synthese des Rechtsdenkens in verschiedenen Kulturen, in: *Rechtstheorie* 16 (1985), pp. 279–310 (309 s.).

⁶⁸ HÖPFL and THOMPSON, *History of contract* (Anm. 63), p. 933; vgl. auch WYDUCKEL, *Principes Legibus Solutus* (Anm. 52), p. 165, zum legistischen Begriff der „*lex contractus*“.

⁶⁹ Vgl. dazu auch D. KLIPPEL, Politische Theorien im Deutschland des 18. Jahrhunderts, in: *Aufklärung als Prozeß*, hg. von R. VIERHAUS, (Aufklärung 2, 2), Hamburg 1987, pp. 67–69.

determinierte Staatlichkeit, deren „Verfassungs“fragen gerade eben durch die rechtliche Vertragsfigur entscheidbar werden.⁷⁰ Konkret gesprochen sind das in Europa einerseits die Rechte sichernden Rezesse mit den Ständen und Privilegienkonfirmationen für die Stände sowie andererseits die zahlreichen Erbfolge- und Sukzessionsordnungen der einzelnen monarchischen Dynastien.⁷¹ Die gleichgewichtige Stellung von Kaiser und Reichsständen auf dem deutschen Reichstag und das Verfahren zur Verabschiedung von Reichsgesetzen, das Aushandeln der Wahlkapitulationen mit der Wahl des Kaisers und der eidlichen Verpflichtung auf die Wahlkapitulationen dienen immer wieder in der Theorie als Beleg für den Vertragscharakter der *leges fundamentales*. Das gilt auch für die „*pacta conventa*“ im Wahl-Königreich Polen⁷² und den vertraglich begründeten „Republikanismus“ namentlich italienischer Stadtstaaten.⁷³

Die Wahlkapitulationen im Reich sind voll von Privilegiengarantien für die Stände und stabilisieren damit den Rechtsstatus des ständischen Elementes. Die Gegenseitigkeit von Verpflichtung und Berechtigung, nämlich Rechtesicherung und Herrschaftsübertragung mit Gefolgschaft, ist als *Pactum* gestaltet und gibt der „*lex fundamentalis*“ Form, Inhalt und Geltungsgrund. Entsprechend der vertraglichen Einigung sind folgende Merkmale besonders typisch, nämlich die besondere Feierlichkeit der normativen Begründung und der dadurch ausgedrückte höhere Rang der Norm, die vor allem durch die komplementären Pflichten aus der Eidesleistung des Herrschers und aus dem Gehorsamsversprechen der Stände gekennzeichnet ist. Daraus resultiert die stets betonte Geltung der Unverbrüchlichkeit und Ewig-

⁷⁰ D. GRIMM, Der Verfassungsbegriff in historischer Entwicklung, in: DERS., *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main 1991, p. 102 s.

⁷¹ Vgl. die Beiträge in: Der dynastische Fürstenstaat (Anm. 9).

⁷² Vgl. die „*pacta conventa*“ und „*Articuli Henriciani*“ von 1573, die den Wahlkapitulationen im Reich vergleichbar sind, in: *Wybór tekstów źródłowych z historii państwa i prawa polskiego I*, ed. J. SAWICKI, Warszawa 1952, pp. 151–155.

⁷³ Dazu mit reichen Analysen von ANGELA DE BENEDICTIS, *Repubblica per contratto. Una città (Bologna) nello stato (pontificio)*, in: *Scienza e Politica per una storia delle dottrine* 4 (1990), pp. 59–72; DIES., *Contrattualismo e repubblicanesimo in una città d'antico regime: Bologna nello stato della chiesa*, in: *Materiali per una storia della cultura giuridica XXII* (1992), p. 269 ss.; DIES., „*Respublica stans per se*“ „per vim contractus“. Bologna, Stadt im Kirchenstaat: Politische Kultur und Recht, in: *Ztschrift für historische Forschung* 20 (1993), pp. 153–187; zuletzt DIES., *Repubblica per contratto. Bologna: una città europea nello Stato della Chiesa*, (Annali dell'Istituto storica italo-germanico, Monografia 23), Bologna 1995.

keit des ausgehandelten Textes,⁷⁴ für den auch die Schriftlichkeit eine maßgebende Voraussetzung bildet, obwohl die Lehre auch „leges fundamentales non scriptae“ kannte. Die typischen Formeln in den Proömien der Gesetze und Wahlkapitulationen, wie z. B. „haben wir uns verabredet“, „haben wir uns vertragen“, „haben wir uns verglichen“ zeigen den Einigungscharakter auf der Grundlage des Pactum an,⁷⁵ weshalb auch in der deutschen Reichspublizistik der Begriff der „pacta fundamentalia“ benutzt wurde.⁷⁶ In der ständisch strukturierten schwedischen Monarchie zeigt auch die schwedische „Regerings-Form“ vom 2. Mai 1720 im Proömium ausdrücklich die Mitwirkung der Stände an diesem Grundgesetz mit den typischen Formulierungen an: „Also haben wir diese von des Reiches Ständen, nach wohlbedachter Überlegung und einhelligem Rathschluß errichtete Regierungs-Form nicht allein annehmen und bestätigen, sondern auch versichern wollen, derselben als einem allgemeinen Fundamental-Gesetz („en almmaen Fundamental lag“) nachzuleben...“⁷⁷ Diese Regulationsform ist typisch für die von den schwedischen Reichsständen in der Freiheitszeit zwischen 1719 und 1723 mit dem Herrscher geschaffenen Fundamentalgesetze. Auch die Theorie hat die Charakterisierung dieser Rechtstexte als Verträge immer wieder dogmatisch exakt begründet, unabhängig davon, ob nach der politischen Intention die vertragliche Sicherung der Ständerechte oder der Herrscherrechte das Ziel war. In diesem Sinn erklärt in Schweden Loccenius sehr deutlich:

„Sunt Leges Regni (quae alias Regiae dicuntur) vel Fundamentales, super quas Regni ac Reip. status fundatus est, quaeque certa pacta ac conditiones continent, quibus Princeps ab Ordinibus accipit imperium, Ordines se Principi ad obsequium et subjectionem obligant.“⁷⁸

⁷⁴ H. HOFMANN, Zur Idee des Staatsgrundgesetzes (1985), in: DERS., *Recht – Politik – Verfassung. Studien zur Geschichte der politischen Philosophie*, Frankfurt am Main 1986, pp. 261–295 (277); zur Verwendung der mittelalterlichen Vertragslehre vgl. besonders D. WYDÜCKEL, *Ius publicum. Grundlagen und Entwicklung des öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlin 1984, pp. 76, 164 ss.

⁷⁵ Zum „Einigungscharakter“ der Reichsgesetzgebung vgl. W. EBEL, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland*, 2. Aufl., Göttingen 1958, p. 67.

⁷⁶ So z. B. G. ACHENWALL, *Iuris naturalis pars posterior complectens ius familiae, ius publicum et ius gentium*, 7. ed., Gottingae 1774, p. 91 s.

⁷⁷ In: *Des Schwedischen Reiches Grund-Gesetze ...*, hg. von J. C. DÄHNERT, Rostock 1759, p. 3 s.

⁷⁸ Zitiert nach S. CLASON, Johannes Loccenius och hans lära om rikets „fundamentallagar“, in: *Statsvetenskaplig Tidskrift för Politik, Statistik, Ekonomi*, hg. von P. E. FAHLBECK, 3. Bandet, Lund 1901, p. 177; ähnlich J. LOCCENIUS, *Synopsis iuris publici svecani*, Gothoburgi 1673, p. 4 („... mutua conventione uniuntur“), p. 13.

Ähnlich definiert auch Jonas Magni in seiner schwedischen Dissertation „De summo magistratu seu de maiestate“ von 1625 die „Fundamentallagen“ als einen „fördrag och överenskommelse“.⁷⁹

In der deutschen Staatsrechtslehre namentlich des 18. Jahrhunderts ist der Vertragscharakter in zahlreichen Dissertationen und Traktaten ausführlich behandelt und begründet worden. Diese zeigen immer wieder, daß mit der Vertragsfigur der Ausschluß der voluntas principis als alleiniger rechtlicher Geltungsgrund die Zweckrichtung der leges fundamentales bildet:

„Non est vis obligandae in voluntate principis tamquam superioris, ... sed ... prima lex fundamentalis solo in pacto principis et populi consistit ...; hic tamen lex fundamentalis ipsum principem vi pacti stringit.“⁸⁰

Dem Vertragscharakter widersprach allerdings – wie bereits erwähnt – formal die Bezeichnung der lex fundamentalis als Gesetz. Dieser Widerspruch war der Reichspublizistik und der zeitgenössischen Lehre in fast allen europäischen Staaten durchaus bewußt. Burlamaqui löste diesen Widerspruch dadurch auf, daß er dem Vertrag einfach die Bindungskraft eines Gesetzes zusprach:

„Ce n'est pourtant que d'une manière impropre et abusive qu'on leur donne le nom de loix; car, à proprement parler, ce sont de véritables conventions: mais ces conventions étant obligatoires entre les parties contractantes, elles ont la force des loix mêmes.“⁸¹

Letztlich wird hier ein Grundprinzip in der Rechtsauffassung des Ancien Régime offenbar: Nämlich der Vertrag gilt als das höchste und sicherste Instrument erzielbarer Bindungskraft, solange der Herrscher noch selber – wenn auch nur partiell – Herr über das Recht war oder sein konnte. Die moderner Rechtsstaatlichkeit eigene Differenzierung in einzelne Gesetzes- und Verpflichtungsarten war noch nicht ausgeprägt, so daß diese der Form nach austauschbar erscheinen, soweit nur der Bindungszweck damit verfolgt werden konnte. So

⁷⁹ N. RONEBY, *Monarchia mixta*, (Studia Historica Upsaliensia VI), Stockholm 1962, p. 168.

⁸⁰ So z. B. J. ST. PÜTTER (Praeses), *Diss. de legum imperii fundamentalium et civilium differentia* (submittit S. J. METTINGH), Goettingae 1763, p. 18 s.; ähnlich J. ST. PÜTTER, *Neuer Versuch einer Juristischen Encyclopädie und Methodologie*, Göttingen 1767, p. 15; ebenso mit deutlicher Bezugnahme auf Pütter: G. D. HOFFMANN (Praeses), *De uno eodemque iure et modo ferendi leges tam publicas quam privatas* (respondens J. H. HARPPRECHT), Tubingae 1775, pp. 27–35; vgl. auch STOURZH, *Naturrechtslehre* (Anm. 60), p. 22.

⁸¹ J. J. BURLAMAQUI, *Principes* (Anm. 26), p. 70 s.

erklärt Heineccius den Vertrag über die Staatsform als *lex fundamentalis* mit den bezeichnenden Worten:

„... quae formula tunc recte legis fundamentalis nomine venit, quum et ea, quae pactis caventur, passim leges appellantur ...“⁸²

Bis in das 19. Jahrhundert blieb in Deutschland der Vertrag als staatsrechtlicher und verfassungsrechtlicher Verpflichtungsgrund eine lebendige und aktuelle Praxisalternative, wie sich z. B. aus Ludwig Uhlands Verszeilen aus der Zeit der württembergischen Verfassungskämpfe (1817) sehr gut ablesen läßt:

„... Dann tritt das innere Recht ins Leben und der Vertrag gibt ihm Bestand ... Als Herrscher wird ihm erst geschworen, wenn der Vertrag besiegelt liegt.“⁸³

Im Ancien Régime konnte jedenfalls die vertragliche Selbstverpflichtung des Regenten diesen ebensowohl als „*persona privata*“ als auch als „*persona publica*“ binden und zeigt darin durchaus eine „konstitutionelle“ Tendenz. Franciscus Schmier spricht hier kennzeichnend von der – nur nach heutiger Auffassung – scheinbar paradoxen „*lex contractus*“.⁸⁴ Im gleichen Sinne und mit der gleichen Tendenz wurden z. B. die Verträge Bolognas mit der päpstlichen Oberherrschaft als „*lex pactionata*“ gewertet: „... tamquam legem pactionatam et irrevocabilem effectam ...“⁸⁵

Auch wenn hier nicht der Begriff der *lex fundamentalis* gebraucht ist, so zeigt doch die „*lex pactionata*“ in ihrer rechtsdogmatischen Wirkungsbreite alle Elemente der *lex fundamentalis*:

„... praedictae conventiones de sui natura sunt perpetuae, ac reales, non personales..., solemniter stipulatae,...“ und „irrevocabilem effectam ...“⁸⁶

⁸² Zitiert nach der Ausgabe: J. G. HEINECCIUS, *Elementa juris naturae et gentium*, editio tertia, Neapoli 1775, p. 195 (Cap. VI, § CXII).

⁸³ So als Motto das charakteristische Zitat bei DILCHER, Vom ständischen Herrschaftsvertrag (Anm. 3), p. 161.

⁸⁴ Treffender Hinweis bei CHR. LINK, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit. Grenzen der Staatsgewalt in der älteren deutschen Staatslehre*, Wien, Köln, Graz 1979, p. 182, unter Bezug auf FR. SCHMIER, *Jurisprudentia publica universalis* ..., Salisburgae 1722, p. 127; ähnlich J. F. GILDEMEISTER, *Juristische Encyclopädie und Methodologie*, Duisburg 1783, p. 42, der vom „consensus pactitius et suppletorius“ spricht.

⁸⁵ *Observationes politico-legales ad statuta Bononiae*, auctore Comite VINCENTIO DE SACCHIS, Bononiae 1743, p. 8 s. (observatio III, nr. 5–6); für diesen Hinweis danke ich herzlich Frau Angela de Benedictis aus Bologna.

⁸⁶ Wie Anm. 85 (nr. 4–6).

Die Unwiderruflichkeit der *leges fundamentales* war das erklärte Hauptziel der Vertragskonstruktion. Waren nämlich die *leges fundamentales* als *Pacta* zu qualifizieren, so unterstanden sie dem allgemein gültigen Satz des „*pacta sunt servanda*“. Der Naturrechtler Darjes hat das klar ausgesprochen:

„Ein Regent ist perfecte obligirt, diesen Capitulationes oder Legibus fundamentalibus gemäß zu leben; denn *Pacta sunt servanda*. Folglich ist dies eine *Obligatio perfecta non ex subjectione, sed pactitia*.“⁸⁷

Die *leges fundamentales* erlangten mit dieser rechtsdogmatischen Begründung die – vor allem politisch – beabsichtigte Unverbrüchlichkeit und Sicherheit für die historisch realen oder philosophisch fiktiven Vertragsparteien und damit auch für das von diesen repräsentierte bzw. zu repräsentierende politische und staatliche Gemeinwesen. Hier zeigen die *leges fundamentales* eine Zielrichtung und Funktion, die dem modernen Verfassungsbegriff zu eigen sind. Mit Hilfe dieser Vertragsfigur ließen sich die *leges fundamentales* auch als „erste Quelle des Deutschen Staats-Rechts“ bezeichnen. Johann Jacob Moser definierte die „geschriebenen Grund-Gesetze“ als

„diejenigen Verträge und Gesetze, welche bißhero zwischen des Reichs-Oberhaupt und deßen gesammten ohnmittelbaren Ständen oder deren Repraesentanten ... verglichen, errichtet und zu Papier gebracht worden seynd, und etwas, die heutige Staats-Verfassung des Teutschen Reiches betreffendes, für beständig feste setzen ... Ich nenne die Reichs-Grund-Gesetze forderist Verträge.“⁸⁸

Wenn Moser hier von „Verfassung“ spricht, so ist damit nicht der moderne konstitutionelle Verfassungsbegriff gemeint, sondern ganz allgemein die Zuständigkeit des Gemeinwesens, das durch die *leges*

⁸⁷ J.G. DARJES, *Discours über sein Natur- und Völker-Recht auf Verlangen herausgegeben*, 3. Theil, Jena 1763, p. 1121 (ad Cor. III); vgl. dazu mit der Betonung der herrscherlichen Rechtspflicht vor allem D. KLIPPEL, *Politische Freiheit* (Anm. 65), p. 56; DERS., *Politische Theorien* (Anm. 69), p. 70; ebenso mit vertiefenden Quellenbelegen: LINK, *Herrschaftsordnung* (Anm. 84), pp. 180–183 (182); W. PETERS, *Späte Reichspublizistik und Frühkonstitutionalismus ...*, (Europäische Hochschulschriften, Reihe II: Rechtswissenschaft, Bd. 1421), Frankfurt am Main [u. a.] 1993, p. 39; TH. WÜRTEMBERGER, *An der Schwelle zum Verfassungsstaat*, in: P. KRAUSE, *Vernunftrecht und Rechtsreform* (Aufklärung 3/2), Hamburg 1988, p. 78 s.

⁸⁸ J.J. MOSER, *Teutsches Staats-Recht erster Theil*, Nürnberg 1737, p. 46 s.; DERS., *Compendium juris publicum moderni regni Germanici. Oder Grund-Riß der heutigen Staats-Verfassung ...*, Tübingen 1742, p. 18 s.; vgl. auch B. ROECK, *Reichssystem und Reichsherkommen. Die Diskussion um die Staatlichkeit des Reiches in der politischen Publizistik des 17. und 18. Jahrhunderts*, Wiesbaden, Stuttgart 1984, p. 18 s.

fundamentales bzw. Reichs-Grund-Gesetze – auch rechtlich – definiert wird.⁸⁹ Man kann deshalb sagen, die *leges fundamentales* repräsentieren diese Verfassung im Sinne eines Zustandes, sind aber nicht die Verfassung im heutigen Sinne, denn – wie Moser 1742 erklärt – das

„Teutsche Reich hat kein einiges geschriebenes Gesetz, welches gantz allein und durchaus von lauter die heutige Staats-Verfassung des Teutschen Reiches betreffenden Sachen handelte...“⁹⁰

In der Gesetzessprache des Reiches findet sich der Begriff der *lex fundamentalis* erstmals im Artikel 14 der Wahlkapitulation Ferdinands III von 1636 erwähnt.⁹¹ Der Kreis der zu den Grundgesetzen zu zählenden Ordnungen ist in der Reichspublizistik nicht einheitlich abgesteckt. Zu den wichtigsten Reichsgrundgesetzen gehören im wesentlichen neun, wobei die Goldene Bulle in allen Aufzählungen und Traktaten an erster Stelle steht. Es folgen in der Regel der Ewige Landfriede von 1495, der Augsburger Religionsfriede von 1555, die jurisdiktionellen Grundgesetze in Gestalt der Exekutionsordnung, des Reichskammergerichts und des Reichshofrats, der Westfälische Friedensschluß von 1648⁹² und vor allem sämtliche Wahlkapitulationen.⁹³ Diese bilden das Paradebeispiel für die vertraglich zwischen Reichsoberhaupt und den Kurfürsten festgelegten *leges fundamentales*. Man kann beobachten, daß gegen Ende des 18. Jahrhunderts der Kreis der Grundgesetze immer größer gezogen wird. 1775 erklärt Johann Christian Majer dieses Phänomen für das Reich in typisch aufklärerischer Manier:

„Mit dem Wachstume der Wissenschaften wurde die Theorie von dem Systeme einer bürgerlichen Gesellschaft und des Staates immer aufgeklärter, deutlicher und bestimmter. – Mit dem zunehmenden Umfange der landesherrlichen Rechte der Stände in ihren Landen und ihrer Standschaft im Reiche, nahm die Majestät des Kaisers an Inhalt und Umfange ... in eben demselben Maaße ab, und die Staatsverfassung wurde, bey der Vervielfältigung ihrer Verhältnisse, nothwendig verwickelter. – Mit dem Fortgange der Kultur überhaupt, und nun insbeson-

⁸⁹ MOHNHAUPT, Verfassung I, 1990 (Anm. 1), p. 857 s.; DERS., Verfassung I, 1995 (Anm. 1), pp. 78–83.

⁹⁰ MOSER, Compendium (Anm. 88), p. 19.

⁹¹ H. CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte* II, Karlsruhe 1966, p. 360.

⁹² Vgl. dazu zuletzt B. M. KREMER, *Der Westfälische Friede in der Deutung der Aufklärung. Zur Entwicklung des Verfassungsverständnisses...*, Tübingen 1986, pp. 42–46.

⁹³ Vgl. die Aufzählungen bei MOSER, Teutsches Staatsrecht I (Anm. 88), pp. 52–56; DERS., Compendium (Anm. 88), pp. 22–30.

dere in der Verbindung mit den beyden vorhergehenden Umständen, wurde also natürlicher Weise das Ansehen förmlicher sogenannter geschriebener Grundgesetze, ihre Anzahl, ihre Präcision, ihre Nothwendigkeit und ihr Nutzen in ebendemselben Verhältnisse immer grösser.“⁹⁴

Die anwachsende Zahl der zu den Grundgesetzen gezählten normativen Rechtsregeln zeigt die wachsende Notwendigkeit von Ordnungselementen für die Herrschaftsstruktur, den dualistischen Ständestaat und zugleich ganz allgemein die Rationalisierung des Staatswesens an. Dies war eng mit der Entstehung des Begriffs der „lex fundamentalis“ verknüpft, der seinerseits ab 1580 in enger Nachbarschaft zu den gleichfalls Staat und Staatlichkeit determinierenden Begriffen „ragione di stato“ und „souveraineté“ stand.⁹⁵ Wo die Stände im 18. Jahrhundert keine Rolle mehr spielen und als Vertragspartner somit nicht in Erscheinung treten können, werden aber auch Regierungsordnungen, die allein vom Herrscher erlassen sind, unter die Fundamentalgesetze gerechnet. Hier zeigt sich, daß die Suggestivkraft des neuen Begriffs auch auf andere Formen staatlicher Regelung ausstrahlt und der Ordnungsaspekt als ergänzender Inbegriff der lex fundamentalis ein zusätzliches Element bildet. Dementsprechend konnten die orthodoxen Theoretiker des Vertragsgedankens den Charakter einer lex fundamentalis dort nicht bejahen, wo die Stände als Vertragspartner nicht handelnd in Erscheinung traten. In diesem Sinne verlangte der Göttinger Staatsrechtslehrer Schlözer stets die Beteiligung der Stände bzw. einer Volksrepräsentanz zur vertraglichen Festlegung der lex fundamentalis:

„In einem State, wo keine Stände oder keine Repräsentanten des Volkes sind, giebt es in politischem Verstande gar kein Volk. Will folglich der Despote in einem solchen State ein Reichsgrundgesetz machen: so muß er vorher ein Volk wieder erschaffen.“⁹⁶

Das war schon ein vorrevolutionärer Gedankengang. Mit dem staatsbestimmenden Kriterium der „Stände“ bzw. Volksrepräsentanz hätte

⁹⁴ J. CHR. MAJER, *Teutsches weltliches Staatsrecht*, 1. Bd., Leipzig 1775, p. 135 s.; vgl. auch dazu H. HOFMANN, *Idee des Staatsgrundgesetzes* (Anm. 74), p. 276 s.

⁹⁵ Vgl. M. STOLLEIS, *Diskussionsbericht*, in: KUNISCH, *Dynastischer Fürstenstaat* (Anm. 9), p. 83; DERS., *Condere leges et interpretari*, in: *ZRG GA* 100 (1984), p. 102 s.

⁹⁶ A. L. SCHLÖZER, *Historische Untersuchung über Rußlands Reichsgrundgesetze*, Gotha 1777, p. 6; vgl. dazu auch MOHNHAUPT, *Lehre* (Anm. 9), p. 22.

Schlözer aus der berühmten dänischen „lex regia“ die Qualität eines Grundgesetzes absprechen können, da die dänischen Stände von vornherein als Vertragspartei ausgeschlossen worden waren. Das berühmte dänische Königsgesetz von 1665 hatte sich nämlich selber mehrfach als „ein Fundamental= das ist unveränderliches Grundgesetz“ bezeichnet.⁹⁷ Wo das ständische Element als Vertragspartner – wie hier in Dänemark – ausgeschaltet worden war, wird das stets hilfreiche römische Recht als Legitimationsgrundlage in Anspruch genommen und die römische „lex regia“ als ein vertragliches Analogon herangezogen, um die – wie in Dänemark – vollzogene „translatio“ der Herrschergewalt vom Volk auf den Regenten per pactum zu konstruieren. In der Konsequenz dieser Konstruktion unter Verwendung der römischrechtlichen Elemente und Begrifflichkeit lag es sodann, das absolutistische dänische erbdynastische Gesetz eine „lex regia“ zu nennen und zugleich als „lex fundamentalis“ zu bewerten. Die von der Legistik entwickelte Auffassung von der „vis legis“ des vom römischen Princeps geschlossenen Vertrages bot hierfür die Grundlage: „Contractus principis est lex“ oder „lex transit in contractum“.⁹⁸ Die Vertragseigenschaft der lex fundamentalis vermittelt dieser aber zugleich auch ein Höchstmaß an Autorität im Sinne der intendierten Unverbrüchlichkeit. Dies wird auch ausdrücklich in der Lehre immer wieder betont, wie namentlich bei Claude Mey Mitte des 18. Jahrhunderts klar erkennbar ist, wenn er „l'autorité des loix fondamentales“ so begründet:

„La loi fondamentale de l'état forme une liaison réciproque et éternelle, entre le prince et ses descendants d'une part, et les sujets et leur descendants de l'autre, par une espece de contrat qui destine le souverain à régner, et les peuples à obéir; nulle des parties ne peut seule, et quand il lui plaît, se délivrer d'un engagement solennel dans lequel ils se sont donnés les uns aux autres pour s'entr'aider mutuellement.“⁹⁹

⁹⁷ In: WIENBARG, Das dänische Königsgesetz (Anm. 40), p. 87.

⁹⁸ Beispiele und gründliche Analyse bei D. WYDÜCKEL, Princeps Legibus Solutus (Anm. 52), pp. 86 s., 163 s.; zur Entstehung und Gestalt der römischen „leges regiae“ vgl. auch O. BEHREND, Der römische Gesetzesbegriff und das Prinzip der Gewaltenteilung, in: *Zum römischen und neuzeitlichen Gesetzesbegriff. 1. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 26. und 27. April 1985*, hg. von O. BEHREND und CHR. LINK, (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-Historische Klasse, Dritte Folge, Nr. 157), Göttingen 1987, p. 92 s.

⁹⁹ CL. MEY, Maximes (Anm. 26), p. 235.

Die Vertragsfigur zeigt hier ihre ambivalente Instrumentalität.¹⁰⁰ Im Wege der „translatio“ konnte sie schrankenlosen Absolutismus begründen; in der Funktion der „lex fundamentalis“ konnte sie diesen aber zugleich auch rechtlich rückbinden und zügeln. Die vertraglich begründete Unverbrüchlichkeit und Dauerhaftigkeit der vertraglichen Bindung erlaubte andererseits eine Entbindung von den Verpflichtungen der lex fundamentalis nur mit der Zustimmung des Vertragspartners. Dies war eine ganz entscheidende Folgerung, die aus der Vertragsform der lex fundamentalis gezogen wurde. Die Vertragsverletzung konnte als Aufkündigung des Vertrages gedeutet werden. Hier liegt in der Lehre der Monarchomachen die Rechtfertigungsgrundlage für das Widerstandsrecht. Die Generalstände der Niederlande, die in ihren Privilegien gegenüber dem spanischen König Philipp II „fundamentele wetten“ sahen, leiteten aus der Verletzung dieser ihrer Privilegien die Rechtfertigung für den Aufstand gegen die spanische Krone ab.¹⁰¹ Ulrich Huber hat später unter direkter Anwendung der privatrechtlichen Vertragsdogmatik aus den *leges fundamentales* auf eine direkte Exekutionsmöglichkeit analog zum Privatrecht geschlossen:

„Naturalis obligatio est duplex, una efficax ..., quae non modo debitorem et promissoremve tenet, sed etiam creditori seu stipulatori jus exigendi exequendique tribuit; et talis oritur etiam ex legibus huius modi fundamentalibus inter regem populumque sancitis.“¹⁰²

¹⁰⁰ Vgl. D. KLIPPEL, *Naturrecht als politische Theorie. Zur politischen Bedeutung des deutschen Naturrechts im 18. und 19. Jahrhundert*, in: H. E. BÖDEKER und U. HERRMANN, *Aufklärung als Politisierung – Politisierung der Aufklärung*, (Studien zum 18. Jahrhundert 8), Hamburg 1987, pp. 267–293 (272 s.).

¹⁰¹ Vgl. K. WOLZENDORFF, *Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes*, Breslau 1916, pp. 280–282.

¹⁰² U. HUBER, *Institutionis reipublicae liber singularis exhibens summam juris publici universalis*, Franequerae 1698, p. 36; ähnlich für das Verhältnis zwischen Kaiser und Ständen des Reichs A. F. GLAFEY, *Recht der Vernunft* ..., 2. Auflage, Franckfurt und Leipzig 1732, p. 223; speziell zum Vertragseffekt p. 709: „... weiln die Juramenta Pacta seyn, und Naturam Pactorum haben, selbige nothwendig auch in diesem Stück, daß, wenn einer von seinem eydlichen Versprechen abgehet, der andere Mit-Paciscente ferner auch nicht daran gebunden sey, mit denen Pactis übereinkommen müssen ... gleichwie auch die Teutschen Reichs-Stände dem Kayser, wenn derselbe eine beschwohrne Capitulation auf eine solche Art überschritte, daß dadurch die Stände Ursache zur gänzlichen Verweigerung des Gehorsams bekämen, die demselben geschwohrne Treue zu halten weiter nicht schuldig seyn würden...“ Ähnlich zitiert WOLZENDORFF, *Staatsrecht* (Anm. 101), p. 342 (Fn. 1), auch Glafey zum Recht der Stände, bei Verletzung der Grundgesetze durch die Obrigkeit Widerstand zu leisten.

Das waren im 17. und 18. Jahrhundert Positionen der Rechtstheorie mit allerdings unsicheren Wirkungen für die Staats- und Rechtspraxis. Die Diskrepanz zwischen Vertragstheorie und Vertragsrealität, d. h. dem „philosophischen Staatsrecht, das auf ewigen Ideen der Vernunft beruht“ und „der wirklichen Welt“, war der Lehre sehr wohl bewußt.¹⁰³ Immerhin hat jedoch die Vertragstheorie dem Gedanken und Ziel der Machtbeschränkung und des Zwanges zur Einhaltung von grundsätzlichen und grundgesetzlichen Regelungen ein entscheidendes rechtliches Gewicht verliehen.¹⁰⁴ Das Ideal naturrechtlich gedachter Vertragsbindung und grundgesetzlicher Autorität ging sogar so weit, daß eine Zuwiderhandlung durch den Herrscher Nichtigkeit zur Folge haben sollte. Claude Mey erklärte Mitte des 18. Jahrhunderts:

„L'autorité des loix fondamentales est telle, ... que tout ce que le prince fait au contraire est nul de plein droit.“¹⁰⁵

Diese radikale Haltung war naturrechtlich motiviert und zugleich Ausdruck einer Politisierung im jüngeren Naturrecht in der 2. Hälfte des 18. Jahrhunderts.¹⁰⁶ Claude Mey bezieht sich in seinen „Maximes“ ausdrücklich auf diese Bewegung in Deutschland und zitiert dafür Gribner mit folgenden Worten:

„Si Rex in limitato imperio leges fundamentales violet, conditiones, sub quibus imperium accepit, negligat, quicquid ab eo contra pactum cum republica initum suscipitur, nullum est, cives non obligat, iniustum est.“¹⁰⁷

Claude Mey schlug darüber hinaus zur Vermeidung der Verletzung von Grundgesetzen und zur Wahrung der Untertanenrechte eine Art Kontrollorgan vor und zeigte damit bereits ein konstitutionelles Verfassungsdenken an, das den *leges fundamentales* grundsätzlich noch fremd war.¹⁰⁸ Es ist bezeichnend, daß gerade in England, wo das

¹⁰³ Vgl. z. B. für die späte Naturrechtslehre K. H. L. PÖLITZ, *Die Staatswissenschaft im Lichte unserer Zeit*, 1. Theil, Leipzig 1823, p. 166 s.: „Deshalb gründet die Vernunft den Staat auf Vertrag ...“ (p. 167).

¹⁰⁴ Vgl. KLIPPEL, *Naturrecht als politische Theorie* (Anm. 100), p. 272 s.

¹⁰⁵ CL. MEY, *Maximes* (Anm. 26), p. 223.

¹⁰⁶ Grundsätzlich zu dieser Bewegung in Deutschland zuletzt KLIPPEL, *Naturrecht als politische Theorie* (Anm. 100), pp. 267–277; DERS., *Politische Freiheit* (Anm. 87), p. 178 ss.

¹⁰⁷ M. H. GRIBNER, *Principiorum iuris prudentiae naturalis libri IV* ..., editio quinta, Vitembergae et Servestae 1774, p. 208.

¹⁰⁸ CL. MEY, *Maximes* (Anm. 26), p. 224 s.: „Mais qui jugera si le prince a violé les loix fondamentales? ... Il est sage d'établir dans le sein de la monarchie un corps qui veille à

Parlament gegenüber der Krone eine eigenständige Machtposition erworben hatte, die Vertragseigenschaft der „fundamental laws“ eine völlig untergeordnete Rolle spielte. Bereits Mitte des 17. Jahrhunderts waren in England die „fundamental laws“ unter betonter Eliminierung des Vertragscharakters dem bestehenden Oberbegriff „constitution“ unterworfen:

„Fundamental laws are not things of capitulation between king and people as if they were foreigners and strangers one to another“,

sondern

„things of constitution, creating such a relation, and giving such an existence and being, by an external polity, to king and subjects, as head and members, which constitution in the very being of it is a law held forth with more evidence and written in the very heart of the Republic, far firmer than can be by pen and paper.“¹⁰⁹

Der entscheidende Unterschied zur rechtlichen Bewertung auf dem Kontinent bestand jedoch darin, daß die englischen „fundamental laws“ auch Individualrechte im Sinne von subjektiven Rechten der Engländer mitumfaßten,¹¹⁰ was in Frankreich – und Deutschland – vor der Französischen Revolution in der Rechtspraxis und im Zusammenhang mit den *leges fundamentales* nicht nachweisbar ist.

„But in England, the Law is both the Measure and the Bond of every Subject's Duty and Allegiance, each Man having a fixed fundamental Right born with him, as to Freedom of his Person, and Property in his

la conservation des droits des sujets, et qui représente au prince la constitution de l'état, et les justes bornes de son autorité.“ Vgl. auch pp. 252, 278. Mey bezieht sich für seinen Vorschlag ausdrücklich auch auf J. L. FLEISCHER, *Institutiones juris naturae et gentium*, editio secunda, Halae Magdeburgicae 1730, p. 621 (Lib. III, Cap. VII, § 11).

¹⁰⁹ So in der 1643 anonym erschienenen Schrift *„Touching the Fundamental Laws, or Politique Constitution of this Kingdom“*, hier zitiert nach J. W. GOUGH, *Fundamental Law in English Constitutional History*, 2nd ed., Oxford 1961, p. 100. Dennoch war auch später noch die Verletzung der ursprünglich durch königlichen Schwur bekräftigten „fundamental laws“ in Einzelfällen als ein „breaking the original contract between king and people“ bezeichnet worden; vgl. MOHNHAUPT, *Verfassung I*, 1990 (Anm. 1), p. 847; DERS., *Verfassung I*, 1995 (Anm. 1), p. 47.

¹¹⁰ Diesen Aspekt hat mit Nachdruck herausgearbeitet G. STOURZH, Vom aristotelischen zum liberalen Verfassungsbegriff (Anm. 4), pp. 29–34; Stourzh spricht in diesem Zusammenhang anschaulich von der „Fundamentalisierung der Individualrechte in England“ (p. 31); grundsätzlich zu Rang und Bedeutung der „fundamental laws“ im anglo-amerikanischen Rechtskreis vgl. STOURZH, *Naturrechtslehre* (Anm. 60), pp. 18–20, 26–28.

Estate, which he cannot be deprived of ... For all our kings take a solemn Oath ...¹¹¹

„Fundamental Right“ und „fundamental law“ stehen in unmittelbarer Nachbarschaft und definieren sich wechselseitig.¹¹² Die „fundamental laws“ als Oberbegriff umfassen auch die „fundamental rights“, die wiederum auch als

„an English Man's Liberty, a Privilege, not to exempt from the Law, but to be freed in Person and Estate from arbitrary Violence and Oppression.“¹¹³

Es ist bezeichnend, daß auch der Begriff des Privilegs bzw. der „Fundamental Privileges“¹¹⁴ abweichend von der kontinentalen gemeinrechtlichen Privilegienlehre ausdrücklich nicht als konzessionierte Ausnahme vom allgemeinen Recht qualifiziert wird, sondern als persönlicher Freiheitsstatus, der vertraglicher Begründung nicht bedarf.¹¹⁵ Ausdruck dieser Freiheitsrechte sind „Parliaments and Juries“, die beide auch – entsprechend der auf dem Kontinent gebräuchlichen Säulen-Metapher –¹¹⁶ als die „two Grand Pillars of English Liberty“ bezeichnet wurden und auf „Magna Charta“ sowie „Habeas Corpus Act“ Bezug nehmen.

Auf dem Kontinent blieb aber weiterhin die Vertragstheorie das die *leges fundamentales* prägende Element. Seit dem 18. Jahrhundert dringen jedoch in den Begriff der Grundgesetze neben die positivrechtlichen Regelungen auch abstrakte Rechtsprinzipien ein. Das Herrscherethos wird über die Grundgesetze praktisch normativiert und insofern positiviert.¹¹⁷ Claude Mey erhebt z. B. in den Rang der „loix

¹¹¹ *English Liberties, of the Free-born Subject's Inheritance; containing Magna Charta ... The Habeas Corpus Act ...*, compiled first by HENRY CARE ..., the fourth edition, printed by Eliz. Nutt ... 1719, p. 2.

¹¹² Auch GOUGH, *Fundamental Law* (Anm. 109), p. 51, bewertet beide Begriffe als „associated terms“.

¹¹³ *English Liberties* (Anm. 111), p. 4.

¹¹⁴ *English Liberties* (Anm. 111), p. 5.

¹¹⁵ Vgl. dazu als weiteres Beispiel: *The Excellent Priviledge of Liberty and Property being the Birth-Right of the Free-born Subjects of England*. Containing I. Magna Charta ..., II. The Confirmation of the Charters ..., III. A Statute ..., wherein all Fundamental Laws, Liberties and Customs are confirmed ..., (1687); vgl. zu dieser in Philadelphia gedruckten Ausgabe die Ausführungen von E. B. BRONNER, *First Printing of Magna Charta in America, 1687*, in: *The American Journal of Legal History* 7 (1963), p. 189 ss.

¹¹⁶ Vgl. dazu oben Anm. 38s.

¹¹⁷ Vgl. J. A. SCHLETTWEIN, *Die Rechte der Menschheit oder der einzige wahre Grund aller Gesetze, Ordnungen und Verfassungen*, Giessen 1784, p. 76: „Das Grundgesetz der

fondamentales, essentielles, la nécessité de gouverner par des loix, et non à discrétion“; weiterhin die Verpflichtung zur Wahrung des Eigentums und der „liberté légitime des sujets. Ces loix sont inaltérables et imprescriptibles.“¹¹⁸ Darin werden vorrevolutionäre Positionen erkennbar, die nach 1789 zu den entscheidenden Grundsätzen der Verfassung wurden. Als generelle „*finis legum fundamentalium*“ wird immer wieder die „*salus publica*“ bezeichnet.¹¹⁹ Auf diesem Wege wurde versucht, den mißachteten Rechten im Ancien Régime die Unverbrüchlichkeit zu sichern, die ihnen in der politischen Praxis und wegen des Fehlens geschriebener Verfassungen noch längst nicht garantiert war. Die „*salus publica*“, das „*bonum publicum*“ oder das Staatsinteresse waren die Zauberformeln der Aufklärung, die in ihrer großen Abstraktheit höchst gegensätzliche Konkretisierungen erfahren konnten.¹²⁰ Demgemäß wurde auch die Auffassung vertreten, daß die *lex fundamentalis* nur so lange Bestand haben sollte, wie sie der Verwirklichung des allgemeinen Wohls dienen kann. Entfiel das öffentliche Wohl, konnte aus diesem Grunde der Rücktritt von der *lex fundamentalis* gerechtfertigt sein. Buddeus erklärte dazu Anfang des 18. Jahrhunderts:

„Hinc salus reipublicae huic pacto, ut omnibus legibus fundamentalibus, per modum conditionis inest: qua aperte et evidenter cessante, cessat etiam obligatio, atque sine cuiusquam iniuria discedi a pacto isto potest.“¹²¹

In dieser Auffassung lag für den Herrscher theoretisch und praktisch die Möglichkeit begründet, sich mit dem Hinweis auf das Fehlen öffentlichen Wohls aus der Bindung der *lex fundamentalis* zu befreien, denn die Entscheidung über die Mittel zur Verfolgung der *salus publica* lag allein in seiner Kompetenz. Moser hatte diese Machtfülle nicht ohne Bitterkeit als eine „universal-Staats-Medizin“ ironisiert und hinzugefügt: „So spricht wohl ein Machiavel, ein Hobbes, ein Ickstatt, und wer sonst denen Höfen zu Gefallen redet...“¹²² Aus diesen scheinbar

wahren allgemeinen Gerechtigkeit ist dies, daß einem jeden Wesen das gethan werde, was es durch seine Kraft ändern thut.“

¹¹⁸ CL. MEY, *Maximes* (Anm. 26), p. 191.

¹¹⁹ So z. B. WUCHERER, *Diss. de legibus fundamentalibus* (Anm. 28), p. 10 (§ IX).

¹²⁰ Vgl. dazu KLIPPEL, *Politische Freiheit* (Anm. 87), pp. 50–53, 61–64; MOHNHAUPT, *Potestas legislatoria* (Anm. 10), p. 237 s.

¹²¹ J. F. BUDDEUS, *Ultior disquisitio de iure gentis Austriacae in regnum Hispaniae*, ..., in: DERS., *Selecta iuris naturae et gentium*, Halae Saxonum 1704, p. 671.

¹²² J. J. MOSER, *Von der Teutschen Reichs-Stände Landen*, ... Franckfurt und Leipzig 1769, p. 1187 s.

nur rechtsdogmatischen Stimmen und Positionen wird jedoch deutlich, daß die „lex fundamentalis“ in die politischen Auseinandersetzungen geraten ist, die zwischen den Vertretern der monarchischen Absolutisten mit dem Ziel eines möglichst unlimitierten monarchischen Handelns auf der einen Seite und den Vertretern einer durch Grundgesetze verbindlich gemachten Machtbeschränkung auf der anderen Seite geführt wurden. Die von Kreittmayr zum Beispiel vertretene Gegenposition, die er ganz betont in der traditionellen Begrifflichkeit vorträgt, lautet:

„In vielen Landen ist dieselbe (sc. die Macht und Gewalt) durch besondere Pacta und Fundamental-Gesätz beschränkt. Diese Limites darf der Regent ohne Bewilligung der Reichs- oder Lands-Ständen weder ex Capite Utilitatis vel Necessitatis publicae überschreiten, weil seine Gewalt nicht so weit gehet, und Salus vel Quies publica niemals in grösserer Gefahr ist, als wann die allererste Grundsäulen und Leges fundamentales, worauf das Staats-Systema beruhet, über den Hauffen geworffen werden.“¹²³

Es ist hier offenkundig, wie sehr die politischen Interessen auch die juristische Argumentation anleiten und prägen. Der Begriff der lex fundamentalis hat im 18. Jahrhundert eine enorme Karriere gemacht, die ihn über die geschilderten rechtlichen Dimensionen des „ius publicum“ weit hinaushebt und ihn zeitweise juristischer Präzision beraubt. Das spricht für die Suggestivkraft dieses Begriffs und seine höchst vielgestaltige Autorität, die sich die zeitgenössische Diskussion für ihre jeweiligen Zwecke nutzbar zu machen wußte. So wird z. B. der Gesetzescharakter der leges fundamentales mit folgenden Worten gelegnet:

„Das Fundamentalgesetz aller Länder ist, daß man Korn säe, wenn man Brod backen will; daß man Leim und Hanf baue, wenn man Leinwand haben will ... Ein Fundamentalgesetz, daß von dem veränderlichen Willen eines Menschen abhängt, und zu gleicher Zeit unwiderruflich seyen soll, ist im Grunde ein Hirngespinnst.“¹²⁴

So werden auch Geburt, Leben, Tod und göttliche Ordnung als die „Grundgesetze der Natur“ bezeichnet.¹²⁵ Schlettwein erhebt das ge-

¹²³ W. X. A. VON KREITTMAYR, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Civilem*, 1. Theil, München 1791, p. 64.

¹²⁴ *Versuch über die Gesetze. An Se. Excellenz, den Königlichen Preußischen Großkanzler von Carmer*, 1. Theil, Breslau 1781, p. 172 s.

¹²⁵ Zitiert bei A. F. W. CROME, *Ueber die Größe und Bevölkerung der sämtlichen europäischen Staaten ...*, Leipzig 1785, p. 8, Fn. 13 (Schrader).

meinschaftsverträgliche Verhalten der Menschen als ethisches Handlungsgebot zum „Grundgesetz der wahren allgemeinen Gerechtigkeit.“¹²⁶ Dagegen erklärt Friedrich d. Gr. im Geist des Staatsutilitarismus: „Als Grundgesetz der Regierung des kleinsten wie des größten Staates kann man den Drang zur Vergrößerung betrachten.“¹²⁷ Die kanonistische Literatur rechnet die Einsetzung von Petrus durch Christus zu den Grundgesetzen: „Inter leges vero fundamentales accipimus illas: Tu es Petrus et super hanc Petram aedificabo Ecclesiam meam.“¹²⁸ Selbst das römische Recht wird daraufhin untersucht, ob es im Alten Reich ein „Reichs-Fundamental-Gesetz“ darstelle bzw. „unter die Reihe der grund-gesetze von Teutschland“ zu zählen sei.¹²⁹ Sogar auf die römische Gesetzgebungsgeschichte wird der Begriff der „leges fundamentales“ im 18. Jahrhundert angewendet,¹³⁰ obwohl er dem römischen Recht noch völlig fremd war, wenn auch Digesten 2.2.4 in der Formulierung „...civitas fundaretur legibus...“ die Gründung des staatlichen Gemeinwesens auf Gesetzen kennt und die begriffliche Nähe zwischen „fundamentum“ und „lex“ aufzeigt.

Wichtig für den juristischen Bereich sind jedoch die beiden folgenden Elemente: 1) Die Staats- bzw. Regierungsformen im Sinne der aristotelischen Staatsformenlehre werden besonders von der Politika-Literatur unter die leges fundamentales gerechnet: „Leges imperii fundamentales statum imperii formandum; formatum imperii statum stabiliendum.“¹³¹ 2) Landesgrundgesetze oder auch sogenannte „Regierungsverfassungen“ sind auch als staatliche und organisatorische

¹²⁶ Vgl. oben Anm. 117.

¹²⁷ Zitiert nach H. GLASER, Friedrich der Große und Kurbayern, in: *Friedrich der Große. Sammler und Mäzen*, hg. von J. G. PRINZ VON HOHENZOLLERN, Kunsthalle der Hypo-Kulturstiftung, München 1992–1993, p. 35.

¹²⁸ J. F. BESSEL (Praeses), *Dissertationes ad jus publicum romano-ecclesiasticum, complectentes statum romanae ecclesiae ...*, Erfordiae 1714, p. 2.

¹²⁹ Vgl. E. CHR. WESTPHAL, *Rechtliche Abhandlung von dem Gebrauch des Justinianischen Rechts in dem Teutschen Staatsrechte ...*, Halle 1779, p. 10; CHR. L. BILDERBECK, *Teutscher Reichs-Staat, oder Grund-Verfassung des Heil. Römischen Reichs ...*, Frankfurt und Leipzig 1738, Sp. 1519.

¹³⁰ Vgl. J. H. CHR. VON SELCHOW, *Elementa antiquitatum iuris romani publici et privati ...*, Gottingae 1757, p. 124 ss.: „De legibus fundamentalibus populi romani“.

¹³¹ J. CHR. VON BRAND (Autor und Resp.), *Diss. de ordine, juris cameralis compendio dogmatice historice conscribendo ...*, Marburgi Cattorum 1741, Tabula I (vor p. 22); J. BORNITIUS, *Tractatus duo, I: De Majestate politica ...*, Lipsiae 1610, Schema politicum (vor p. 1); vgl. zu Bornitz und seiner Definition der Majestas sowie der Fundamentalgesetze auch STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts* (Anm. 48), p. 177 s.

Handlungsanleitungen für den Beamtenstab bestimmt;¹³² so betont die Württembergische Landes-Grund-Verfassung von 1765, daß „die Herrn Rätthe sämtlich nach solchen Grund-Gesezen Sich richten, darnach votiren und sprechen sollen.“¹³³ Staatsform und Staatsorganisation werden somit Ende des 18. Jahrhunderts zu einem zusätzlichen Bedeutungsgehalt der *leges fundamentales*. Das philosophische Naturrecht teilte die „*leges rerumpublicarum fundamentales*“ in zwei Kategorien auf, nämlich in solche, „*quae in natura et essentia reipublicae fundatae sunt*“ (*leges naturales*), und in die „*leges positivae*“, die „*per voluntatem constitutae*...“¹³⁴ Die generelle Regel des aufgeklärten Vernunftrechts, daß nämlich alle Lücken des positiven Staatsrechts nach den Grundsätzen des „allgemeinen Staatsrechts“ zu schließen seien, hatte für die Grundgesetze auch eine entsprechende Konsequenz: „So oft die Grundgesetze eines Staats dunkel oder zweifelhaft sind, so müssen sie den Grundsätzen des allgemeinen Staatsrechts gemäß erklärt werden.“¹³⁵ Naturrecht und positive *lex fundamentalis* konnten somit in ein einander ergänzendes Interpretationsverhältnis treten.

Eine neue Dimension erhält der Begriff der *lex fundamentalis* bei Emer de Vattel. Vattel unterscheidet die „*loix politiques, fondamentales et civiles*“ in folgender Weise:

„Les Loix qui sont faites directement en vue du bien public sont des Loix Politiques; et dans cette classe, celles qui concernent le Corps même et l'essence de la Société, la forme du Gouvernement, la manière dont l'Autorité Publique doit être exercée; celles en un mot, dont le concours forme la Constitution de l'Etat, sont les Loix Fondamentales.“¹³⁶

¹³² Vgl. MOHNHAUPT, Verfassung I, 1990 (Anm. 1), p. 856; DERS., Verfassung I, 1995 (Anm. 1), pp. 75–78; DERS., Lehre (Anm. 9), p. 22 s.

¹³³ *Württembergische Landes-Grund-Verfassung, besonders in Rücksicht auf die Landstände und deren Verhältniß gegen die höchste Landes-Herrschaft* ..., s.l. 1765, (Vorwort).

¹³⁴ So z. B. D. NETTELBLADT, *Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis* ..., editio tertia, Halae Magdeburgicae 1767, p. 477 (§ 1277).

¹³⁵ *Repertorium des Teutschen Staats und Lehnrechts* ... von D. CARL FRIEDRICH HÄBERLIN, 4. Theil, Leipzig 1795, p. 363.

¹³⁶ EMER DE VATTEL, *Le Droit des Gens ou principes de la Loi Naturelle*, Tome I, A Leide 1758, p. 15 (Liv. I, Chap. III, § 29); zum entscheidenden Einfluß Christian Wolffs auf die Verfassungskonzeption Emer de Vattels vgl. besonders WÜRTEMBERGER, Schwelle zum Verfassungsstaat (Anm. 87), pp. 52–87 (58–63); MOHNHAUPT, Verfassung I, 1990 (Anm. 1), p. 859; DERS., Verfassung I, 1995 (Anm. 1), p. 91 s.; STOURZH, Naturrechtslehre (Anm. 60), p. 24 s.

Die lois fondamentales bilden somit die „constitution“, die noch keinen selbständigen in sich geschlossenen Verfassungstext darstellt, sondern begrifflich noch an die Vielzahl der inhaltlich bezeichneten einzelnen Grundgesetze gebunden ist und diese in sich als Sinneinheit zusammenfaßt. Eine erste politische Verwirklichung dieses neuen Verfassungs- bzw. Konstitutionsbegriffs zeigten die Verfassungstexte in den englischen Kolonien Nordamerikas.¹³⁷ Neu ist jedoch hier der von Vattel betonte Vorrang der „nation“ als höchster Instanz, von der allein die „constitution“ erlassen werden konnte.¹³⁸ Diese war jedem Eingriff, der nicht von der Nation selber ausging, entzogen. Diese autonome Stellung der Nation entzog somit der bis dahin herrschenden Vertragskonstruktion der lois fondamentales bzw. der leges fondamentales den Boden. Die Nation gibt sich als Souverän das Gesetz; sie verhandelt nicht mit einem Vertragspartner. Die europäische Verwirklichung dieses Prinzips brachte die Französische Revolution und die aus ihr hervorgegangene „constitution“, nachdem die polnische „Konstytucja“ vom 3. Mai 1791 inhaltlich noch mehr dem Ancien Régime verbunden war.¹³⁹

Dieses neue Verfassungsdenken und diese neue Verfassungspraxis verdrängten jedoch auch nach 1789 keineswegs die leges fondamentales als Ordnungsprinzip vertraglicher Konsens- und Kooperationsbildung. Sie lebten im dualistischen Ständestaat fort. In den Debatten der Stände um die Reaktivierung der „ständischen Verfassung“, wie zum Beispiel in Preußen¹⁴⁰ und in Böhmen,¹⁴¹ wurde um 1790 der traditionelle Begriff der Grundgesetze wieder aufgenommen, aber nun mit einem neuen, durch die Erfahrungen der französischen Revolution gewonnenen Verständnis aufgeladen. Das ist in den Forderungen der böhmischen Stände besonders anschaulich zu beobachten:

¹³⁷ HOFMANN, Idee des Staatsgrundgesetzes (Anm. 74), p. 277 s. mit Literaturnachweisen.

¹³⁸ VATTEL, Droit des Gens (Anm. 136), p. 16 (§§ 31–33).

¹³⁹ Dazu zuletzt die Beiträge in: *Nationale und internationale Aspekte der polnischen Verfassung vom 3. Mai 1791. Beiträge zum 3. deutsch-polnischen Historikerkolloquium* ..., hg. von R. JAWORKI, (Kieler Werkstücke: Reihe F, Beiträge zur osteuropäischen Geschichte 2), Frankfurt am Main 1993.

¹⁴⁰ Vgl. G. BIRTSCH, Gesetzgebung und Repräsentation im späten Absolutismus, in: *HZ* 208 (1969), pp. 265 ss., 285.

¹⁴¹ A. M. DRABEK, Die Desiderien der Böhmisches Stände von 1791, in: *Die böhmischen Länder zwischen Ost und West. Festschrift für Karl Bosl*, hg. von F. SEIBT, München und Wien 1983, pp. 132–142.

„Da nun das Glück eines Staates nur in jenem Maße dauerhaft sein kann, als dessen Constitution und die Fundamentalgesetze, worauf sie ruht, fest und unerschütterlich sind; da ist die Wesenheit eines Staatsgrundgesetzes, das ist: eines Vertrages, eines Bundes mit dem Souverän und der Nation mit sich bringet; daß zur Entstehung desselben die volle, freie und ungezwungene Einwilligung beider Teile mitgewirkt habe, ... bitten ... die Stände: Die neue Landesordnung förmlich für ein Fundamental Landesgesetz zu erklären ...“¹⁴²

Diese Forderungen der Stände zielten auf die Sicherung ihrer alten Privilegien und die Wiederherstellung der alten ständischen Positionen, wie sie vor der Errichtung des absolutistischen Systems durch Ferdinand II im Jahre 1627 bestanden hatten. Die Stände erklärten, daß das Rechtssetzungsmonopol des Herrschers „mit der Wesenheit eines Fundamentalgesetzes in Widerspruch“ stehe.¹⁴³ Gemeint war nicht mehr die Vielzahl der einzelnen traditionellen *leges fundamentales*, sondern der moderne, als rechtliche Einheit kodifizierte Verfassungstext mit der Gewaltenteilung und Teilhabe an der Gesetzgebung, wie sie die französische „Constitution“ verwirklicht hatte. Sprachbild, Begriffswahl und Argumentation zeigen, daß die böhmischen Stände die fortschrittlichen Staatsideen der revolutionären Aufklärungszeit genau kannten und im Gewande der modernen Begrifflichkeit (Konstitution, Nation) in Verbindung mit den traditionellen Begriffen – nämlich den Fundamentalgesetzen und dem Vertrag – ihre konservativen ständischen Rechtspositionen politisch geschickt zu vertreten suchten.¹⁴⁴ Es war das Endspiel des Ancien Régime und der Abschluß der traditionellen *leges fundamentales*, bevor diese im 19. Jahrhundert im Singular „Grundgesetz“ oder „Verfassung“ oder „Constitution“ eine neue rechtliche Dimension für Staat, Bürger und Gesellschaft als allgemeines – zumeist demokratisches – Ordnungsprinzip repräsentierten.

Kehren wir zum Schluß noch einmal zum Ausgangspunkt der Untersuchung zurück und zu den vier Merkmalen des modernen Verfassungsbegriffs,¹⁴⁵ so erscheint ein fünfter Punkt auch für das moderne Verfassungsverständnis bedenkenswert: nämlich der des

¹⁴² Zitiert aus: Zweite Hauptschrift der böhmischen Herrenstände vom Jahr 1791, in: *Historische Aktenstücke über das Ständewesen in Österreich*, Bd. II, Leipzig 1848, p. 93.

¹⁴³ *Historische Aktenstücke* (Anm. 142), p. 94.

¹⁴⁴ Vgl. dazu auch MOHNHAUPT, *Verfassung I*, 1995 (Anm. 1), pp. 97–99.

¹⁴⁵ Vgl. oben p. 121 s.

Kompromisses im Aushandeln und Ausgleichen der Belange und Interessen durch die im Verfassungsgeber repräsentierte Staatsgesellschaft. Da keine sich als Staat konstituierende Gesellschaft, aus der die Verfassung hervorgeht, in ihrer Struktur und in ihren politischen Vorstellungen homogen ist, besitzt jede Verfassung auch den Charakter eines Kompromisses, von dem Befriedung und vom Konsens getragene Ordnung erhofft wird.¹⁴⁶ So kann man sagen, daß der ältere in der *lex fundamentalis* angelegte Vertragscharakter – also die Verständigung, Einigung, Vereinbarung, das „Sich-Vertragen“, die Konsensbildung – in seinem Kern für die Sinn- und Zweckdeutung der Verfassung eine wichtige Bedeutung behält, unabhängig von der modernen Konstruktion der Verfassung als Entscheidung bzw. Dezi-sion einer verfassungsgebenden Gewalt. Eine solche Betrachtungsweise führt auch hin zu den Legitimationsproblemen, wie sie zuletzt wieder in den Diskussionen um die Neufassung oder Neuschaffung der Verfassungen im vereinten Deutschland und im zu einenden Europa behandelt wurden.

¹⁴⁶ Vgl. dazu oben Anm. 66 und die dort Zitierten für die jüngste zeitgenössische Diskussion; zur historischen Dimension des Konsensprinzips vgl. vor allem WYDUCKEL, *Princeps Legibus Solutus* (Anm. 52), pp. 155–168.