

Prof. Dr. Dr. h. c. Scholler und Dr. Straßmair
Grundkurs
Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland

Was ist die Verfassung?

I. Gemeinschaft und Gesellschaft

Um die Frage beantworten zu können, was die Verfassung ist, müssen wir davon ausgehen, dass sich die Menschen nach modernen Erkenntnissen in zwei Urtypen von Organisationsformen zusammenschließen und immer zusammengeschlossen haben:

In Gemeinschaften und in Gesellschaften.

Eine Gesellschaft ist gegeben, wenn sich Menschen herrschaftsfrei, also ohne Über- und Unterordnung zusammenfinden. So kann man vom Markt als eine Gesellschaft des Kaufens und des Verkaufens sprechen.

So kann man von einer Gesellschaft der Zeitungsläser und Zeitungsproduzenten sprechen, weil Information angeboten und gekauft wird.

Wichtig ist, dass es ein herrschaftsfreier Raum ist, unwichtig dagegen, wie groß dieser Raum ist, in dem herrschaftsfrei Gleich und Gleich verkehren kann. Immer hat es solche gesellschaftliche Räume gegeben, auch bei den autochthonen Gesellschaften.

Auf autochthonem Boden bestanden oft unmittelbar nebeneinander so genannte segmentäre oder akephale Gesellschaften, d.h. Gesellschaften die eigentlich noch nicht als Staaten angesprochen werden können, weil sie als natürliche Gesellschaften keine Über- und Unterordnung kannten.

Moderne Forscher interessieren sich heute mehr denn je für die Grundlagen und das Funktionieren solcher segmentären und akephalen Gesellschaften.

Zwischen ihren Mitgliedern muss ein System der Reziprozität von Rechten und Pflichten bestanden haben, da es ermöglichte, dass Menschen herrschaftsfrei miteinander reden konnten. Natürlich waren diese akephalen Gesellschaften häufig den streng organisierten „Staaten“ gegenüber im Nachteil; zur Verteidigung von Land und Existenz war es immer wieder notwendig, auch innerhalb der akephalen gesellschaftlichen Sozietäten Wirtschaftseinrichtungen, wie Cheffunktionen und Kriegerverbände, zu schaffen. Immerhin kann man erkennen, dass der Begriff der Gesellschaft in autochthonen Ethnien durchaus bekannt war und dass sie hierfür sehr viel Sinn und Feingefühl entwickelten. Neben der Form der Gesellschaft kennen die Menschen eine weitere Organisationsform für das Zu- und Miteinander von Menschen, nämlich die Gemeinschaft.

Hier ist noch nicht der Staat gemeint, denn der Staat ist nur eine Erscheinungsform gemeinschaftlicher Ordnung und Herrschaft, und zwar die letzte Erscheinungsform dieser Kategorie. Gemeinschaften sind sehr viel älter als der Staat und zu ihnen zählen die Familien, insbesondere die Großfamilie und die Sippe, die Dorfgemeinschaften, die Gräbe und schließlich die Staaten des Mittelalters oder der Neuzeit.

Organisationsform und Herrschaftsausübung erlauben so genau zwischen Gesellschaft und Staat zu unterscheiden. Bei Gesellschaften basiert alles auf gleicher Partizipation und Reziprozität, genau wie auf dem Markt, wo Kaufpreis und Kaufgegenstand sich entsprechen. Hier reagiert nicht der Befehl, sondern die Information und Meinung.

Bei der Gemeinschaft dagegen ist von vorneherein eine Über- und Unterordnung vorgesehen. Es herrscht nicht die Meinung oder Information, sondern der Befehl und das Kommando. Die stärkste Ausprägung gemeinschaftlicher Herrschaft ist der Verband der Krieger bzw. das Militär. Hier ergibt sich vielleicht gleich von vorneherein ein Problem, das sehr viele moderne Gesellschaften und Staaten betrifft, nämlich das Gegeneinander zwischen befehlsfreier Wirtschaft und Kommando und Befehls- oder Verwaltungswirtschaft. In den modernen autochthonen Staaten, wo sich aus dem einen oder anderen Grund eine militärische Herrschaftsform als notwendig erwies, haben es alle Militärs sehr schwer, die auf gleicher Ebene und Reziprozität beruhenden Austauschverhältnisse des Marktes in Griff zu bekommen. Dieser entzieht sich einfach der Kommando- und Befehlsstrategie. Deswegen haben häufig Militärregime aus Gründen der Verbesserung der Marktlage sich immer wieder aus dem Marktgeschehen zurückziehen müssen, um es den traditionellen Kräften zu überlassen.

II. Die vier Grundfunktionen des autochthonen Rechtes

Der amerikanische Anthropologe Hoebel¹ hat vier Grundfunktionen des Rechtes in archaischen bzw. autochthonen Gesellschaften festgestellt:

Die erste Funktion des Rechtes ist es, die Beziehungen zwischen den einzelnen Mitgliedern festzulegen, Vater, Sohn, Mutter, Tochter, Ehemann, Frau usw. Häufig geschieht diese Festlegung durch das Gewohnheitsrecht, aber von einem realistischen Standpunkt aus müssen wir Gewohnheitsrecht genauso als Recht behandeln wie geschriebenes Recht.

Die zweite Funktion der Rechtsordnung ist, Gewalt auszuschließen und für die Ausübung von Gewalt oder Macht Verfahrensregeln vorzuschreiben.

Die dritte Funktion des Rechts im Allgemeinen ist die Organisationsfunktion, d.h. die Aufgabe innerhalb von Gesellschaft oder Gemeinschaft Organe zu bilden, die an die Stelle der nackten Gewalt treten und die definierten Beziehungen sanktionieren. Hierzu gehört das Häuptlingsamt genauso wie die Ämter der Ältesten, der Ratgeber, Heerführer und so fort. Denn mit dem Ausschluss der nackten Gewalt alleine ist es nicht getan, es muss dann an die Stelle des Faustrechtes ein geregeltes Verfahren treten, vor allem müssen Gerichte geschaffen werden.

Die vierte Funktion ist die Funktion der Revision und der Anpassung des bestehenden Gewohnheitsrechtes an neue Situationen, d.h. Rechtsfortentwicklung.

Wenn Hoebel nun feststellt, dass alle autochthonen Rechtssysteme über diese vier Funktionen des Rechtes verfügen, kann man einen Schritt weitergehen. Man kann sagen, auch alle Verfassungen kennen im Grunde nicht mehr als diese vier Funktionen, indem sie die Beziehungen der Bürger untereinander und zum Staat festlegen. Zum Beispiel die Gleichheit von Männern und Frauen oder Arbeitgebern und Arbeitnehmern oder die Gleichberechtigung von Religionen sind Festlegungen von Beziehungen von Menschen in Gesellschaft und Staat. Die allgemeine Wehrpflicht bzw. die Sozialpflicht für Frauen gehören weiterhin zu diesem Kreis der Definitionen von Beziehungen. Natürlich ist hier auch das Familienrecht, das Erbrecht sowie das gesamte Zivilrecht einzuordnen.

Unsere Verfassungen haben diese Funktion vor allem im Rahmen der Grundrechte festgelegt.

Die zweite Rechtsfunktion ist der Ausschluss der Gewalt. Diese Funktion ist mit der dritten, wie bereits erwähnt, in Verbindung zu sehen, nämlich die Errichtung von Organen, welche anstelle des Faustrechtes sowie der nackten Gewalt nun Recht sprechen sollen bzw. Streit schlichten.

Hoebel bezeichnet diese Funktion als die Reparaturarbeiten innerhalb von Staat und Gesellschaft. Er gebraucht deswegen die Reparaturarbeit als Begriff, weil eine Störung innerhalb der Beziehungen eingetreten ist, die nicht durch Gewalt oder Faustrecht, sondern durch Rechtsspruch geklärt werden muss. Dabei zeigt sich bei der traditionellen autochthonen Gesellschaft ein besonderes Empfinden dafür, dass die Gerichte und ihre Sprüche den einzelnen Bürger, auch und gerade wenn er der Verlierende im Prozess ist, weiter integrieren muss und dass das Verfahren darauf hinauslaufen muss, dass auch er den Urteilsspruch als

¹ E. Adamson Hoebel (1906-1993), ehemaliger Schüler von Llewellyn, dessen wesentliche Aussage lautete: „the law was indeterminate on the basis of statutes and precedents alone and required study of the how disputes are

richtig und gerecht annimmt. In modernen so genannten Rechtsstaaten wird häufig übersehen, dass es im Bewusstsein von Kläger und Beklagten mindestens 50 % von zu Unrecht Unterlegenen gibt. Wegen der Zeitknappheit bei modernen Prozessen in der westlichen oder auch östlichen Hemisphäre legt man keinen Wert darauf, dass auch der unterlegene Teil das Urteil als gerecht ansieht. Es reicht wenn es vom Gericht gesprochen ist, die Gesellschaft kümmert sich nicht um die Aversion und Ablehnung weiter Teile unterlegener Beklagter oder Kläger, weil sie sich nicht die Mühe machen will, Aufklärung und Dialog der Rechtssprüche akzeptabel zu machen. Zunächst glaubt der unterlegene Teil, dass er den Prozess zu Unrecht verloren hat, weil ihm nicht genügend Zeit zur Akzeptanz des Urteils blieb, d.h. er hatte nicht genügend Zeit zu verarbeiten und innerlich anzunehmen.

Dieses Erbe haben wir aus dem römischen Recht, das (wie die Römer selbst) ein sparsames und knappes Recht war. Es galt die schnelle Entscheidung und es kam nicht darauf an, dass sie auch von der Gesellschaft immer verstanden wurde.

Schließlich sind die Revisionsklauseln im Recht von Bedeutung. Im traditionellen Recht gab es natürlich keine geschriebenen Revisionsklauseln, also wie und auf welche Weise wann sich ein Rechtssatz ändern soll und darf, sondern das ist geschehen durch die Interpretation der Richter, wie vor allem das islamische Recht hervorragende Beispiele für die große und begabte Richtertradition hat. Der moderne Staat hat aber die Anpassung nicht an die Richter abgeben wollen, da ihm eine Anpassung über die Rechtsprechung zu lange dauert. Er ändert Gesetze und Verfassungen aufgrund besonderer Vorschriften in diesen.

Hier liegt natürlich ein Problem, denn sicher ist die Akzeptanz einer Änderung größer, wenn sie sich langsam durch die Rechtsprechung vollzieht und geringer, wenn sie schnell durch den Gesetzgeber angeordnet wird.

III. Die vier Erklärungsmodelle

Für den Staat als die gemeinschaftliche Herrschaftsform gibt es im Wesentlichen vier Erklärungstheorien, die Modelle aufweisen, wonach sich die Staaten oder Gemeinschaften gebildet haben und auf deren Grundlage sie dementsprechend eine Verfassung erhalten.

1. Familie, Sippe, Clan:

Die so genannte Patriarchattheorie geht davon aus, dass die Väter des Alten Testaments Gemeinschaften gründeten, wie auch die Gemeinschaft im Allgemeinen hervorgegangen ist aus einer Ausdehnung der Familienhoheit des Clanherren bzw. der Ausdehnung der hierarchischen Familien- und Sippenordnung auf andere Sippen. Dies ist in der Geschichte im

Einzelfall sicher so gewesen, aber durchaus nicht immer die Regel. Denn wie soll eine Familie über eine andere, ein Clan über den anderen, Herrschaft begründen, wenn nicht durch Macht und Gewalt oder durch Vertrag? Die Familie führt in der Regel nur zu einer selbständigen gleichberechtigten Einheit nebenher.

2. Die Patrimonialtheorie (Eigentumstheorie):

Im Mittelalter hat man noch vor allem die Entstehung des Staates als Elite aufgrund von Obereigentum begriffen. Dem König oder dem Adligen gehörte das ganze Land, wie es heute noch in Großbritannien rein formal noch der Königin zusteht. Frobenius hat in seinen autochthonen Forschungen einmal festgestellt, dass der Tod eines autochthonen Monarchen mit den Worten verkündet wurde, es gebe kein Land mehr. Hier sehen wir die Verbindung von Herrschaft über Personen mit dem Eigentum als Herrschaftsgrundlage.

3. Das reine Machtmodell:

Dies besagt, dass Staat Macht ist und dass der Staat entsteht aus der Gewaltanwendung einer siegreichen Gruppe über andere Gruppen, die von ihr überwunden und unterworfen werden. Diese Theorie kann zwar erklären, dass in vielen Staaten, die aus Eroberungen entstanden sind, eine dualistische Struktur, ein Herrschervolk oder ein beherrschtes Volk vorhanden sind, doch ist zur Annahme eines Staates es nicht wesensnotwendig, dass ein Ausbeutungsverhältnis vorlag. Es würde auch nicht erklären, warum auch die herrschende Gruppe in der Regel in der Lage ist, selbst einen Staat zu bilden ohne auf eine unterworfenen und evtl. ausgebeutete Gruppe angewiesen zu sein. Die Machttheorie und die Eigentumstheorie wurden in der Geschichte des dialektischen Materialismus oft zu einseitig herangezogen, um den Staat zu begründen. Der dialektische Materialismus sah im Staat regelmäßig nur einen Ausbeutungsapparat, einen Ausbeutungsmechanismus, der entweder unterworfenen Völkern aufgebürdet wurde oder der als Instrument diente, um untere Schichten ein- und desselben Staatsvolkes zu entrechten und wirtschaftlich auszubeuten. In diesem Sinne wurde der Staat vom Marxismus als Überbau einer ökonomischen auf Eigentum und Gewinnerwerb gerichteten Ordnung verstanden.

4. Vertragstheorie

Spätestens mit Rousseau gewinnt die sogenannte Vertragstheorie allgemeine Zustimmung. Rousseau, der Vorbereiter der französischen Revolution, unterscheidet zwischen dem Gesellschaftsvertrag (contrat social) und dem Herrschaftsvertrag. Der erstere verbindet die Menschen untereinander zu Bürgern und Mitmenschen, der letztere dient dazu die Regierungsform, insbesondere die Republik zu begründen. Wesentliche Elemente des Herr-

schaftsvertrages sind seit der Menschenrechtserklärung von 1789 die Garantie der Menschen- und Bürgerrechte, die Durchführung der Gewaltenteilung zwischen Gesetzgebung, Regierung und Gerichtsbarkeit und die Dezentralisierung des staatlichen Machtapparates. Auch Kant ist Anhänger des Gesellschaftsvertrages. In seiner Schrift „Zum ewigen Frieden“ (1795) hat er auch nicht nur das Völkerrecht begründet, sondern eine Völkergemeinschaft im Sinne einer vertraglichen Verbindung der Nationen als Völkerbund vorgeschlagen. Der Völkerbund nach dem 1. Weltkrieg und die Vereinten Nationen nach dem 2. Weltkrieg mit ihrer Charta von 1948 basieren auf der Vertragstheorie und konkreter gesprochen auf der Rechtstheorie Kants. Eine Weiterentwicklung dieser Theorie ist in der EU und in der großen Diskussion um den Vertrag der Europäischen Verfassung zu erblicken, der ursprünglich von Frankreich und Holland allerdings abgelehnt worden war. Er gilt jetzt in seiner Neuformulierung als Lissabon-Vertrag und wurde im Wesentlichen vom BVerfG unter Auflagen bestätigt (BVerfGE vom 30.06.2009).

Ähnliche völkerrechtliche Vertragskonstruktionen zeigt das Commonwealth, die GUS und AU (African Union) auf. Die Einführung der modernen Verfassungsgerichtsbarkeit, vor allem nach dem 2. Weltkrieg hat vor allem in Deutschland die föderative Struktur gestärkt, weil vor dem Verfassungsgericht die Länder gegenüber dem Bund gleichberechtigt auftreten können. Die Zunahme föderativer Staatssysteme bzw. die Dezentralisierung im Sinne der Schaffung regionalisierter Staaten (Frankreich, Italien, Spanien) zeigt ebenfalls die Zunahme der Konstruktion von Staatsgewalt auf der Basis der Vertragstheorie. Ob die Verfassungen als Ausdruck des Herrschaftsvertrages vom Volk unmittelbar durch Volksabstimmung gebilligt werden sollen, oder ob sie wie beim Grundgesetz durch Zustimmung der Länder zustande kommen können, betrifft nicht unmittelbar die Geltung der Vertragstheorie, vielmehr nur die Frage nach der plebiszitären Grundlage derselben.

Auch im Grundgesetz wie in jeder Verfassung finden wir diese vier Grundfunktionen vor:

Der Abschnitt über die Grundrechte definiert zwar nur das Verhältnis Mensch - Staat, aber die Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte zeigt, dass auch das Verhältnis der Zwischenmenschlichkeit von den Grundrechten mit geregelt wird. Übrigens regelt das Grundgesetz im Kompetenzkatalog Art. 73, dass der Bund die Gesetzgebung auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts hat.

Weitere Funktion, Ausschluss der nackten Gewalt, wird sowohl vom Sicherheits- und Polizeirecht in Bund und Ländern übernommen, wie durch den Ausbau der Gerichtsbarkeit (Art. 92 ff GG).

Die dritte, die Organisationsfunktion, wird vor allem von den Vorschriften übernommen, die die Bundesbehörden und ihre Arbeitsweise regeln. Dazu gehört auch die Gliederung in Bund und Länder und die kommunale Selbstverwaltung. Auch die Funktion der Weiterentwicklung des Rechtes oder der Revision ist in jeder Verfassung verankert. Im Grundgesetz wird dies

durch Art. 79 Abs. 1 und Abs. 2 geregelt. Durch die qualifizierte Mehrheit in beiden Häusern soll eine Verfassungsänderung möglichst nur dann erfolgen, wenn eine parteiübergreifende Akzeptanz gesichert ist.

(Gegenwärtig siehe den Versuch des Bundesinnenministeriums, über den großen Lauschangriff hinaus (Art. 13 GG) auch online in die PC-Aufzeichnungen eingreifen zu können. - Urteil des BVerfG zum „Großen Lauschangriff“ vom 03.03.2004; Urteil des BVerfG zum „Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität von Informationssystemen“ vom 27.02.2008) Art. 79 Abs. 3 GG dagegen entzieht bestimmte zentrale Elemente der Verfassung überhaupt der Aufhebung oder Abänderung. Unrichtig wäre es aber hier, von einer Ewigkeitsgarantie zu sprechen!

Auf die Frage „Was ist die Verfassung?“ lässt sich somit folgende Antwort geben: Die Verfassung ist ein System von Normen, welches das Verhältnis der Menschen zu öffentlichen Gewalt (Staat) regelt und das gleichzeitig staatliche Organe, Institutionen und Kompetenzen erzeugt. Die Interpretation der Verfassung im modernen Staat orientiert sich in wachsendem Maße an der Vertragstheorie.

Die Vertragstheorie ist schon sehr alt und geht in der europäischen Geschichte auf jeden Fall auf Johannes Althusius (um 1563 - 12.08.1638) zurück (der Mensch müsse so handeln „si deus non esse vel negotia ab eo non curare“). Die Hilflosigkeit der Vertragstheorie für Deutschland zeigt sich in den Worten von Samuel Pufendorf (08.01.1632 - 26.10.1694)² mit welchen er das Reich beschreiben will: „irregulare aliquot et monstro simile“. Eine positive Bedeutung erhielt die Vertragstheorie (1796) durch Kant (22.04.1724 - 12.02.1804) und vor allem durch Rousseau (28. 06.1712 - 02.07.1778)³, der einen Sozialkontrakt und einen Herrschaftsvertrag unterscheidet.

John Locke (29.08.1632 - 28.10.1704)⁴ vertieft die Vertragstheorie, wirkt aber mehr für Großbritannien und weniger für den Kontinent. Ein anderer französischer Wissenschaftler, Auguste Comte (19.01.1798 - 05.09.1857)⁵, unterschied drei Stadien, durch welche die Menschheit geht: das religiöse, das metaphysische und das positive Stadium.

² Denzer: Pufendorf, in: Klassiker des politischen Denkens, Zweiter Band von Locke bis Max Weber, S. 27 ff., Beck, München, 1974

³ Maier: Rousseau, in: Klassiker des politischen Denkens, Zweiter Band von Locke bis Max Weber, S. 104 ff., Beck, München, 1974

⁴ Euchner: Locke, in : Klassiker des politischen Denkens, Zweiter Band von Locke bis Max Weber, S. 1 ff., Beck, München, 1974

⁵ Leuschner: Comte, in: Klassiker des politischen Denkens, Zweiter Band von Locke bis Max Weber, S. 262 ff., Beck, München, 1974

Neuere Literatur hierzu: Sung-Soo Kim/ Hiroshi Nishihara, Vom paternalistischen zum partnerschaftlichen Rechtsstaat, Baden-Baden 2000.