
Francia. Forschungen zur westeuropäischen Geschichte
Herausgegeben vom Deutschen Historischen Institut Paris
(Institut historique allemand)
Band 14 (1986)

DOI: 10.11588/fr.1986.0.52608

Rechtshinweis

Bitte beachten Sie, dass das Digitalisat urheberrechtlich geschützt ist. Erlaubt ist aber das Lesen, das Ausdrucken des Textes, das Herunterladen, das Speichern der Daten auf einem eigenen Datenträger soweit die vorgenannten Handlungen ausschließlich zu privaten und nicht-kommerziellen Zwecken erfolgen. Eine darüber hinausgehende unerlaubte Verwendung, Reproduktion oder Weitergabe einzelner Inhalte oder Bilder können sowohl zivil- als auch strafrechtlich verfolgt werden.

WOLFGANG SCHMALE

RECHTSKULTUR IM FRANKREICH DES ANCIEN RÉGIME UND DIE ERKLÄRUNG DER MENSCHEN- UND BÜRGERRECHTE VON 1789

Wege zu einer Sozialgeschichte der Grund- und Menschenrechte

Die wissenschaftlichen Vorbereitungen zur Zweihundertjahrfeier der Französischen Revolution sind – weltweit – seit geraumer Zeit in Gang gekommen. Die Revolution selbst, aber auch Ursachen und Wirkungen, also die Situierung der Revolution im Kontinuum der Geschichte – »comprendre la révolution«, »penser la Révolution française« – das sind bleibende Problemstellungen: die seit 200 Jahren mit kaum nachlassender Intensität geführte Diskussion, die in Frankreich bis in dieses Jahrhundert hinein auch von erheblichen, gegenwartsbezogenen, politischen Implikationen begleitet war, zeigt, daß diese Revolution in besonderer Weise konstituierender Bestandteil unserer historischen Vernunft ist. Die wachsende Zahl von Forschungen zu den unmittelbaren und langfristigen Einflüssen der Revolution in Deutschland belegt dies zusätzlich¹. Die heute so aktuelle Frage nach den Grund- und Menschenrechten ist integrativer Bestandteil dieser Diskussion und gehört sicher zu den spontanen Assoziationen, die das Thema »Französische Revolution« im allgemeinen weckt. Als historisch-aktuelle Dimension, als »Frage an die Geschichte«, dient die Französische Revolution der eigenen Ortsbestimmung. Der damit verbundene Erkenntnisprozeß kennt jedoch keine zeitlichen Grenzen, und so ist das Thema der Grund- und Menschenrechte zu einer eigenen, selbständigen »Frage an die Geschichte« geworden. Trotz aller Ansätze zu hier weiterführenden Antworten ist die Frage im Grunde genommen Frage geblieben. Das Ziel des folgenden Beitrags ist es deshalb noch nicht, eine umfassende Antwort zu geben, sondern vielmehr hierfür am Beispiel Frankreichs eine systematische Grundlegung zu diskutieren².

1. Der Mythos der Rechtlosigkeit

Das Selbstbewußtsein der Menschen in der Anfangsphase der französischen Revolution war von der Überzeugung geprägt, einen völligen Neuanfang der eigenen Geschichte zu erleben. »... il est clair«, so François Furet, »que toute révolution, depuis la Révolution française, mais tout spécialement la Révolution française elle-même, a tendance à se penser comme un commencement absolu, un point zéro de l'histoire, riche de tous les accomplissements à venir, implicitement contenus dans l'universalité de ses principes³.«

1 Unter dem jüngeren Schrifttum s. etwa: J. Voss (Hg.), Deutschland und die französische Revolution, München 1983; zahlreiche weitere Arbeiten sind in Vorbereitung. Ich weise gleich zu Beginn daraufhin, daß das Ziel dieses Beitrags es nicht ist, ein kommentiertes Literaturverzeichnis zu liefern, was wegen der Masse der dann anzugebenden Literatur ohnehin ein aussichtsloses Unterfangen wäre; die Anmerkungen sind deshalb auf das zur Orientierung notwendige Ausmaß beschränkt.

2 Der Beitrag gehört in den Zusammenhang eines Forschungsprojektes des Verfassers zur »Soziogenese der Grund- und Freiheitsrechte in Frankreich«, das von der Gerda-Henkel-Stiftung, Düsseldorf, gefördert wird.

3 F. FURET, Penser la Révolution française, Paris 1978, S. 135f.

Von der Selbstinterpretation als »point zéro« waren in besonderer Weise auch die Bereiche Recht und Verfassung betroffen, die einen erheblichen Teil der Diskussion in der Assemblée Nationale und der allgemeinen Publizistik bestimmten. So nimmt es nicht wunder, wenn im Rahmen dieser Diskussion 1789 vielfach verkündet wurde, Frankreich habe bis dahin keine Verfassung besessen und sei ein despotisch, ja tyrannisch, kurz: rechtlos regierter Staat gewesen⁴. Der Beginn der Ausarbeitung einer Verfassung und vor allem der Erlaß der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte wirkten wie eine »Erlösung«, wie der Eintritt in das Paradies der Rechtsstaatlichkeit. Die Übertragung der spezifischen Charakteristika eines religiösen Diskurses auf die politische Sprache in dieser Epoche macht die euphorische Bewußtseins- und Empfindungslage nur überdeutlich⁵. So heißt es in kontinuierlich-steigender Form im »Journal de la langue française« vom 19. 3. 1791 zum Thema Erziehung: *L'esprit de la constitution doit accompagner, annoblir, sanctifier toutes les études. La constitution est la religion du patriote; c'est la constitution à la main, & le patriotisme dans le cœur qu'il faut inaugurer l'élève sur le trône des sciences & des arts.*

Daß diese Euphorie sehr bald der Ernüchterung und Kritik wich, allerdings vorläufig ohne zu einer ausgesprochenen »Rehabilitierung« des »ancien gouvernement« zu führen, kann hier zunächst außer Betracht bleiben. Interessant ist vielmehr, daß diese Euphorie bezogen auf die verfassungs- und allgemein rechtlichen zukünftigen Lebensbedingungen nicht nur Bestandteil der in der unmittelbar vorrevolutionären Phase von 1788/89 erzeugten Hoch- und Aufbruchstimmung war, sondern von Mythen genährt wurde, die sich im Laufe des 18. Jahrhunderts nach und nach entwickelt hatten und die zusammengefaßt als »Mythos der Rechtlosigkeit« bezeichnet werden können.

Bekannt sind Affären wie die von Calas etc. und etwa Voltaire's Engagement, die einen unmittelbar propagandistischen Effekt hatten und massiv am Rechts- und Gerechtigkeitsgefühl der Zeitgenossen rüttelten. Obwohl es sich bei diesen Affären keineswegs um Mythen, sondern »konkrete Tatsachen« handelte, bildeten sie ein Element in der Entstehung des Mythos von der Rechtlosigkeit, der zunehmend »Institutionen« des Ancien Régime, nämlich die Bastille und Lettres de cachet, umhüllte. Eine Mischung aus Tatsächlichkeiten, öffentlichen Interpretationen subjektiver Erfahrung, Gerüchten, bewußter, effektvoller Überspitzung bis hin zum Propagandismus und Legendenbildung, alles Momente, deren Entstehung der tatsächlichen absinkenden Bedeutung dieser Institutionen genau entgegengesetzt verlief – dies war es, was sich im Bewußtsein der Menschen bis in die breitesten Bevölkerungskreise hinein als Realitätsbewußtsein festsetzte. Die von der heutigen Forschung »entlarvte« Kläglichkeit der Existenz von Bastille und Lettres de cachet wurde in diesem Prozeß der Bewußtseinsbildung damals beinahe völlig verdrängt. Faktizität der Realität und (vermeintliches) Wissen um die Realität traten erheblich auseinander, und zwar dergestalt, daß dieses Wissen im Sinne eines verfestigten Bewußtseins die – heute »wiederentdeckte« – Faktizität der Realität ersetzte. Der Mythos wurde zur Realität.

Gewiß könnte sich eine solche Formulierung nicht ganz vom Vorwurf der Überspitztheit

4 Zu dieser Frage vgl. demnächst meinen Artikel »Constitution« in: R. REICHARDT/E. SCHMITT (Hg.), Handbuch politisch-sozialer Grundbegriffe in Frankreich 1680–1820, München 1985 ff. (im folg. als HPSG abgekürzt).

5 Neben H.-U. GUMBRECHT, Funktionen parlamentarischer Rhetorik in der französischen Revolution, Vorstudien zur Entwicklung einer historischen Pragmatik, München 1978, siehe zur politischen Sprache der Revolution jetzt ebenfalls das in Anm. 4 genannte HPSG; dort auch einschlägige bibliographische Hinweise. S. z. B. außerdem: A. SOBOUL, Sentiment religieux et cultes populaires: Saintes, patriotes et martyrs de la liberté, zuletzt in: DERS., Comprendre la révolution. Problèmes politiques de la révolution française, Paris 1981, S. 169–185. Die Dichte und Intensität der Diskussion vor und um 1789 ist sehr ausführlich bei J. SANDWEG, Rationales Naturrecht als revolutionäre Praxis, Berlin 1972, und bei S.-J. SAMWER, Die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789/91, Hamburg 1970, dargestellt.

befreien, aber ein Buch wie dies von Monique Cottret über die Bastille – »La Bastille à prendre. Histoire et mythe de la forteresse royale« – zeigt doch die ganze Tragweite eines solchen Mythos, der zu einem realitätsbestimmenden, historisch wirksamen Faktor geworden ist: »Comparant ... les conditions matérielles d'existence dans cette prison, les entrées et les sorties, aux souvenirs les plus sinistres, nous ne pouvons que confirmer l'existence d'une légende noire de la Bastille, fondée sur la peur, la rancune, ou sur un sort particulièrement dur, mais peu représentatif. Le décalage entre le traitement réel des embastillés et la perception de cette réalité par les anciens prisonniers ou par l'opinion nous renvoie toujours à l'imaginaire politique. Le problème de l'authenticité des témoignages ne doit pas être abordé d'une manière positiviste. Nous admettons volontiers que Renneville délire, que Latude n'est pas entièrement digne de foi et que nombre de récits d'embastillés sont purement et simplement des faux, comme celui de Jean-Jacques Calet... Mais ces faux témoignent d'une sensibilité politique: tout ce qui touche à l'enlèvement, au renfermement, aux abus d'inspiration féodale ou gothique fait mouche. Nos auteurs peuvent être des coquins, des menteurs exploitant un filon, des mythomanes, des fous, qu'importe? Puisqu'on les croit⁶.«

Bastille und Lettres de cachet waren nicht die einzigen Mythen ihrer Zeit, die letztlich im Verbund mit den großen Justizaffären des Jahrhunderts dem Bürger das Gefühl der persönlichen Unsicherheit, des schutzlosen Ausgeliefertseins an anonym waltende Mächte, allgemein das Gefühl einer Rechtsverlorenheit vermitteln konnten⁷. Hinzugesellte sich der Despotismus-Vorwurf, der in seiner klaren und ausdrücklichen Form, zumeist an die Adresse der Minister und kaum persönlich an den König gerichtet, vorerst nur in jener politischen Diskussion eine wichtige Rolle spielte, die hauptsächlich die führenden politischen und »parlamentarischen« Kreise bewegte. Die Machtproben zwischen dem König und den Parlamenten jedoch hatten in der Regel breite Auswirkungen, so daß mindestens temporär von einer Absenkung der Politisierungsschwelle auf weitere Bevölkerungskreise gesprochen werden kann. Es geht dabei weniger um die Explizierung des Despotismus-Vorwurfes in einem rationalen Diskurs, wie er von der »intellektuellen Elite« zu erwarten ist, sondern vielmehr um die Erfassung einer eher diffusen historischen Größe, des Lebensgefühls, wie es sich z. B. in der Veranstaltung mehrtägiger oder gar mehrwöchiger Feste zeigte, die besonders die Stadtbevölkerungen – aber durchaus auch die Landbevölkerung – immer dann durchführten, wenn die Parlamentsmagistrate nach Machtproben mit dem König oder Kanzler in ihr Amt und ihre Würden wie im Triumphzug zurückkehrten⁸. Diese als Wiederherstellung von Recht und

6 M. COTTRET, *La Bastille à prendre. Histoire et mythe de la forteresse royale*, Paris 1986, S. 162f. Zum realitätswirksamen Mythos der Bastille vgl. auch H.-J. LÜSEBRINK/R. REICHARDT, *La prise de la Bastille comme »événement total«*. Jalons pour une théorie historique de l'événement à l'époque moderne, in: *L'événement. Actes du Colloque organisé à Aix-en-Provence par le Centre Meridional d'Histoire sociale, les 16, 17 et 18 septembre 1983*, Publications Université de Provence 1986, S. 77–102. Aus der reichhaltigen Literatur zu den lettres de cachet vgl. besonders C. QUÉTEL, *De par le Roy, Essai sur les lettres de cachet*, Paris 1981.

7 Vgl. auch D. KLIPPEL, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, Paderborn 1975, der recht zutreffend S. 200f. den Begriff »Gefährdungsbewußtsein« verwendet; s. auch unten S. 516 und Anm. 11.

8 S. z. B. J. EGRET, *Louis XV et l'opposition parlementaire, 1715–1774*, Paris 1970, S. 144: Ende 1761 kehrten 30 Richter des Parlaments von Besançon, die wegen Unbotmäßigkeit vom König mittels *Lettres de cachet* verbannt worden waren, nach Besançon zurück. Egret resümiert: »Le nouveau Premier Président accueille les exilés lors de la rentrée de novembre. Les fêtes du retour se prolongèrent pendant deux mois. Des services solennels furent célébrés dans les églises de Besançon, à la requête des clercs et des nobles, des juges subalternes et des auxiliaires de la justice, mais aussi de toutes les corporations même des plus humbles. Les cérémonies de Besançon furent relayées par celles organisées dans les villes, dont certains proscrits étaient originaires. Dans le courant de ce retour triomphal, le Parlement réclama et obtint l'abrogation du Règlement de discipline, que contenait l'Edit de mai 1759.« Zum Verhältnis von Öffentlichkeit, Bevölkerung und Gerichten vgl. die beiden paradigmatischen Studien von M. GRES-

Ordnung empfundene Rückführung zeigt in sehr subtiler Form zweierlei: zum einen klafft eine Lücke zwischen allgemeinem Rechtsempfinden hier und regierungspolitischem Handeln von rechtlicher Relevanz dort; zum anderen erweist sich, daß es ein fest verwurzeltes Rechtsdenken gibt, das aber von »außen« infrage gestellt, in extremis: bedroht und damit für den »Verdacht« des Despotismus' als regierungspolitischer Handlungsmaxime empfänglich wird. Ein vordergründig kirchenpolitisch-religiöses Problem, hintergründig aber ein Problem von bedeutender rechtlicher Wirkung, stellte der Streit um die praktische Ausführung der Bulle unigenitus (1713 erlassen) dar, der Gläubige, Geistliche, kirchliche Hierarchie, König und Parlamente in eine Lage permanenter Konflikte gebracht hatte. Immer dann, wenn etwa das Parlament von Paris Rechtsverfahren gegen Geistliche einleitete, die Gläubigen im Tod die Absolution verweigert hatten, weil diese kein »Glaubensbekenntnis« zur bewußten Bulle ablegen wollten, diese Verfahren vom König dann evoziert und anschließend von Schweigen und Vergessen umhüllt wurden, dann mußte in diesem sensiblen Bereich das Gefühl rechtlicher Abgesichertheit empfindlich getroffen werden. Auch dies leistete dem Vorwurf des Despotismus' bzw. der Willkürherrschaft Vorschub. Paradigmatisch formulierte dies das Parlament von Paris in seiner Remonstranz vom 9. April 1753, die schon im ersten Anlauf eine Druckauflage von 20000 Exemplaren erzielte – nachfolgende Neuauflagen und Raubdrucke nicht mitgezählt – und auch ins Ausland exportiert wurde⁹. Zu Beginn heißt es dort:

*Déjà, Sire, le cours ordinaire de la justice est interrompu, les formes les plus nécessaires sont violées, les peuples vexés, les coupables enhardis, leurs juges avilis, intimidés, traversés, ou même réduits à l'inaction. Déjà les secousses violentes que le schisme cause parmi nous font découvrir une domination qui se renouvelle dans le sein de vos états, domination arbitraire qui ne reconnaît ni lois, ni souverain, ni magistrats, pour qui la Religion n'est qu'un prétexte, l'autorité du prince qu'un instrument qu'elle ose employer ou rejeter suivant ses intérêts, les lois fondamentales de l'État qu'un joug incommode, la liberté légitime des citoyens qu'un titre imaginaire*¹⁰.

Rein äußerlich stehen die hier genannten Beispiele kaum in dem Zusammenhang einer unmittelbaren Ereignisabfolge. Was sie jedoch verbindet, ist, daß sie alle mit Fragen des Rechts, der Rechtmäßigkeit, des persönlichen Rechtsschutzes, des Rechtsdenkens, der Rechtslehre, des Rechtsbewußtseins und nicht zuletzt rechtlicher Sensibilität zu tun haben. Sie alle trugen mit dazu bei, den Mythos von jener Rechtlosigkeit entstehen zu lassen, welche die Revolution als gegebenen, d. h. zu überwindenden Zustand und darüberhinaus als charakteristischstes Merkmal der etablierten, »despotisch« gewordenen Monarchie verstand. Daraus resultierte gerade auch in rechtlicher Hinsicht das Selbstverständnis, mit der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte und der begonnenen Erstellung einer Verfassung einen völligen Neuanfang gemacht und den Bruch mit dem Alten vollzogen zu haben.

Dieses in der Revolution anfangs zur Schau getragene Selbstverständnis übte auch einen nachhaltigen Einfluß auf die spätere Forschung zur Déclaration aus – und dies gilt in gewisser Beziehung bis heute, insoweit regelmäßig zwischen Menschenrechtsidee einerseits und »Gefährdungsbewußtsein« sowie Schutzbedürftigkeit des Individuums andererseits ein besonderer Zusammenhang gesehen wird¹¹.

SET, *Le monde judiciaire à Besançon de la conquête par Louis XIV à la Révolution française (1674–1789)*, 2 Bände, Lille 1975, und B. GUÉNÉE, *Tribunaux et gens de justice dans le bailliage de Senlis à la fin du Moyen Age*, Paris 1963.

⁹ Abgedruckt bei J. FLAMMERMONT, *Remonstrances du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, Band 1, 1715–1753, Paris 1888, S. 506–614; ebenda S. 609f. Angaben zu Druck und Verbreitung.

¹⁰ Flammermont (wie Anm. 9) Bd. 1, S. 521/22.

¹¹ Vgl. F. ERMACORA, *Menschenrechte in der sich wandelnden Welt*, Band 1: *Historische Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, Wien 1974, Einführung, besonders S. 26ff. Ermacora differenziert allerdings: »Der Blick auf die Kataloge zeigt, daß sich bis heute zwei große Gruppen von Menschenrechten herausgebildet haben, die den Ebenen entsprechen, auf denen der gemeinschaftsbezogene Mensch in den gesellschaftlichen Verknüpfungen steht: Die Gruppe der politischen und

Gewiß hat sich die Plötzlichkeit, die manchem Zeitgenossen als das Vorrangige erschienen sein mag, kaum als besonderes Charakteristikum jener Ereignisse erhalten können; vielmehr waren zumindest ideengeschichtlich die Grundlagen der *Déclaration* frühzeitig herausgearbeitet worden, zumal sie ja der Revolution selbst bis zu einem gewissen Grad als ideologische Referenz dienten. Die Illusion, daß schon allein die Verkündung der Menschen- und Bürgerrechte und einer Verfassung ein neues, glückliches Dasein beschere, verflüchtigte sich bereits in den 90-er Jahren des 18. Jahrhunderts. Sie braucht also nicht erst langwierig ad absurdum geführt zu werden. Die Situierung der *Déclaration* und der von ihr repräsentierten Menschenrechtsidee zwischen vorangehendem Mythos und nachfolgender Illusion, die sich an der Nüchternheit der Realität bricht¹², und ihre Interpretation als historischer Einschnitt, beeinflusst von der Virginia Bill of Rights von 1776, gegründet auf das solide Fundament der Aufklärungsphilosophie und -publizistik, die damit ihre Bedeutung nur für eine »kulturelle Elite« gegen eine allgemeine Bedeutung für die Rechtspraxis einer Gesellschaft eintauscht, kann letztlich jedoch nicht befriedigen – und hat die Forschung auch nicht befriedigt –, denn sie scheut gewissermaßen den Gedanken der Kontinuität zwischen Ancien Régime und Revolution, wie ihn Alexis de Tocqueville paradigmatisch konzipierte. Es wäre allerdings zuwenig, nur weil sich dieser Gedanke auch in der heutigen Revolutionsforschung generell als sehr ertragreich erwiesen hat¹³, ihn zur Grundlage einer »Geschichte der *Déclaration* von 1789« zu machen. Es sind vielmehr gerade die oben erwähnten Affären, Krisen und Mythen und die mit ihnen sehr eng verbundene veränderte Art, »Realität« zu erfassen, die zahlreiche Hinweise auf ein sich veränderndes Rechtsdenken und zugleich auf ein vorhandenes Rechtsbewußtsein im Sinne von Grundrechtsbewußtsein bis hin zum einzelnen Mitglied der Gesellschaft beinhalten.

Darüberhinaus sind sich Verfassungshistoriker heute einig, daß die französische Monarchie des Ancien Régime auch ohne schriftliches Dokument und bis zum Ende des 17. Jahrhunderts auch ohne den Begriff *Constitution* in der Bedeutung »Verfassung« eine im modernen Sinne vollgültige Verfassung gewohnheitsrechtlicher Natur besessen hat¹⁴, und ähnlich fördert zumindest ein bestimmter Zweig der Kriminalitätsforschung immer mehr die strafprozessrechtliche Innovationskraft der Parlamente ganz im Sinne einer evolutionären Vorbereitung dessen zutage¹⁵, was später Beccaria so eindrucksvoll als unumgänglich für die »Interessen der

bürgerlichen Rechte, die man im allgemeinen als die gegen den Staat gerichteten Abwehrrechte und auf ihn bezogenen Partizipationsrechte bezeichnet und die der liberal-aufklärerischen Vorstellungswelt entspringen, und die Gruppe der kulturellen, wirtschaftlichen und sozialen Rechte, die ihre Entstehung der »sozialen Bewegung« einschließlich der Politik der christlichen Kirchen verdanken.« (ebenda, S. 31). Der von Ermacora eingesetzte Begriff der »gefühlten« Bedrohung dürfte Klippels Begriff des Gefährdungsbewußtseins entsprechen.

12 Zur z. T. eher nüchternen Rezeption der *Déclaration* außerhalb Frankreichs vgl. J.-P. ALLINNE, *La Déclaration des droits de l'homme et les aspirations libérales en Europe, le témoignage de la presse*, in: *Annales historiques de la Révolution française* 57 (1985), S. 426–446. Zur Rezeption der *Déclaration* in Deutschland s. Franz DUMONT, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en Allemagne*, in: *Annales historiques de la Révolution française* 50 (1978) S. 220–245, und ebenda, J. GODECHOT, *L'expansion de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 dans le monde*, S. 201–213, besonders S. 203–210.

13 S. die »mise au point« von R. REICHARDT/E. SCHMITT, *La Révolution française – rupture ou continuité? Pour une conceptualisation plus nuancée*, in: Diess. (Hg.), *Die Französische Revolution – Zufälliges oder notwendiges Ereignis? Akten des internationalen Symposions an der Universität Bamberg vom 4.–7. Juni 1979*, München usw. 1983, S. 1–70.

14 S. besonders B. BASSE, *La constitution de l'ancienne France: principes et lois fondamentales de la royauté française*, Liancourt 1973; R. MOUSNIER, *Comment les Français voyaient la constitution*, in: *XVII^e siècle*, N° 25–26 (1955) S. 9–36.

15 S. R. MANDROU, *Magistrats et sorciers en France au XVII^e siècle. Une analyse de psychologie historique*, Paris 1980; L. B. MER, *Réflexions sur la jurisprudence criminelle du parlement de Bretagne*

Menschheit« angesehen hatte¹⁶, d. h. daß die Forschung in den beiden als Beispiel angeführten Problembereichen auf ihre Weise den Mythos der Rechtlosigkeit entlarvt, indem sie Formen der Rechtsstaatlichkeit und Praxis aufgeklärten Rechtsdenkens im Ancien Régime beschreibt. Eine sich besonders im 18. Jahrhundert verdichtende Begrifflichkeit gerade in juristischen Werken und der Parlamentsrhetorik, aber auch allgemein in der Publizistik, die mit Begriffen wie *droits de l'humanité* oder *loi fondamentale* bzw. *droit fondamental* (*immuable, inviolable* etc.) arbeitet, weist zusätzlich nicht nur einfach auf eine Änderung des Rechtsdenkens oder eine Anhebung des Rechtsdenkens auf eine neue Bewußtseinsstufe hin, sondern auch auf die Umsetzung dieses Denkens in rechtlich relevantes Handeln: die Remonstranzen des Parlaments von Paris etwa, in denen diese Begrifflichkeit ein außerordentliches Gewicht besitzt, stehen alle im Zusammenhang mit Lösungsversuchen praktischer Rechtsprobleme, die im speziellen Fall der Parlamente zusätzlich eine politische Dimension erhielten¹⁷. Nicht anders – abgesehen vom Wegfall der politischen Dimension – verhält es sich mit der Terminologie der angesprochenen Rechtsliteratur, die überwiegend eine Literatur der Rechtsprechungspraxis ist¹⁸. Auch ein althergebrachter Begriff wie der der *lois fondamentales* ist hier zu beachten, selbst wenn er nur sehr wenig gemein hat mit dem modernen Begriff des »Grundgesetzes«. Immerhin weist er auf grundlegende, nicht veränderbare allgemeine Gesetze (nicht kodifiziert) hin, deren Sinn die Bewahrung innerstaatlicher Stabilität ist. Das theoretische und praktische Gewicht, das in der französischen Politik dem *ordo*-Gedanken beigemessen wurde, unterstreicht dies zusätzlich¹⁹. Im 18. Jahrhundert erfuhr dieser Begriff dann eine Art inflatorischer Bedeutungserweiterung! Konfrontiert mit der Politik des Königs und der Minister geriet ein Großteil des traditionellen Rechtssystems im nicht-ministeriellen politischen Denken zu *lois fondamentales*²⁰.

Auch dies sind wiederum zunächst nur einige Beispiele mit Indiziencharakter, die – prinzipiell bekannt – die praktische und ideengeschichtliche Existenz grundrechtsartiger Vorstellungen im Ancien Régime belegen.

pour la seconde moitié du XVIII^e siècle, in: *Droit privé et institutions régionales. Etudes historiques offertes à Jean YVER*, Paris 1976, S. 505–530; A. SOMAN, *Aux origines de l'appel de droit dans l'ordonnance criminelle de 1670*, in: XVII^e siècle, 1980, S. 21–35.

16 C. BECCARIA, *Über Verbrechen und Strafen* (1766), Ed. W. ALFF, Frankfurt 1966, S. 50.

17 Aussagen zur politischen Rolle der Parlamente finden sich in allen einschlägigen Darstellungen über diese Gerichte. Für die Remonstranzen des Parlaments von Paris s. die genannte Edition von J. FLAMMERMONT (wie Anm. 9); vgl. auch die Zusammenstellung von M. ANTOINE, *Les remontrances des Cours supérieures au XVIII^e siècle. Essai de problématique et d'inventaire*, in: Comité des travaux historiques et scientifiques. Bulletin de la section d'histoire moderne et contemporaine, fascicule 8 (1971) S. 7–81, Paris, Bibliothèque nationale 1976; zur Terminologie der Parlamente s. R. BICKART, *Les parlements et la notion de souveraineté nationale au XVIII^e siècle*, Paris 1932.

18 Bezüglich der bibliographischen Erfassung der Rechtsliteratur des Ancien Régime sind inzwischen erhebliche Fortschritte gemacht worden, wie es insbesondere das v. H. Coing herausgegebene »Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte« belegt. Eine umfassende systematische Analyse der Inhalte und der Literaturgattung als solcher, auch auf der Grundlage literatursoziologischer Methoden, steht im wesentlichen noch aus. Als Einführung vgl. jedoch: F. RANIERI, *Juristische Literatur aus dem Ancien Régime und historische Literatursoziologie, Einige methodische Vorüberlegungen*, in: *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für H. COING zum 70. Geburtstag*, Frankfurt/M. 1982, S. 293–322.

19 Zum *ordo*-Gedanken s. besonders E. THUAU, *Raison d'Etat et pensée politique à l'époque de Richelieu*, Paris 1966.

20 Bezüglich der *lois fondamentales* s. das gewissermaßen klassische Werk von A. LEMAIRE, *Les lois fondamentales de la monarchie française*, Paris 1907 (Genf, Slatkine-Megariotis Reprint, 1975); zur veränderten Bedeutung des Begriffes im 18. Jahrhundert vgl. vor allem J. M. J. REGISTER, *The Crisis of 1753 – 4 in France and the Debate on the Nature of the Monarchy and of the Fundamental Laws*, in: R. VIERHAUS (Hg.), *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze*, Göttingen 1977, S. 105–120; s. ebenda, S. 22–33 auch den Beitrag von P. OURLIAC, *Souveraineté et lois fondamentales dans le droit canonique du XV^e siècle*.

Wenn es deshalb auf der einen Seite nicht zuletzt wegen der eingangs erwähnten Mythenbildung, die die Art, Realität zu erfassen, erheblich beeinflusste und so auf ihre Weise realitätsbestimmend wurde, indem sie ein bewußtseinsbildendes Spannungsfeld erzeugte, und wenn es außerdem aufgrund der Tatsache, daß der Staat erstmals auf die explizite Grundlage eines Junktims zwischen Grundrechtserklärung und Verfassungsdokument gestellt wurde, nicht zu leugnen ist, daß der Französischen Revolution für die Entwicklung und praktische Durchsetzung der Grund- und Menschenrechte besonders aus der Sicht des 20. Jahrhunderts epochale Bedeutung beigemessen werden muß, dann muß sie sich auf der anderen Seite letzten Endes auch in den Lauf einer längeren historischen sozialen und praktisch-rechtlichen Entwicklung einstellen – unter Verlust der teleologischen Perspektive, die sich die Revolution selbst geschaffen hatte.

Um diese »längere historische Entwicklung« hat sich die Forschung in verschiedener Weise bemüht. G. Oestreich vermittelte eine vielleicht schon kulturanthropologisch zu nennende Sichtweise: »Wie verhindern wir ein Leben ›ohne Gesetze und Recht‹, wie schränken wir die ›bewaffnete Rechtlosigkeit‹ ein? So fragt die Menschheit seit den Ursprüngen der abendländischen Kultur²¹.« Gegenüber diesem auch von anderen wie R. Marcic oder W. Heide Meyer im Prinzip vertretenen Ansatz²² ist die Grund- und Menschenrechtsforschung eher von ideengeschichtlich orientierten Arbeiten geprägt worden, »angefangen« bei Georg Jellineks »Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte«, erstmals 1895 erschienen. Auch wenn schon bei Jellinek z. B. im 7. Kapitel über die »religiös politischen Ideen« die ideengeschichtliche Fragestellung um die Frage nach der Umsetzung solcher Ideen in die soziale Praxis erweitert wird²³, kann von der Einführung einer ausgesprochenen sozialgeschichtlichen Dimension in die Grundrechtsforschung erst seit wenigen Jahren gesprochen werden.

Abgesehen von bestimmten Studien aus dem schon erwähnten Bereich der Kriminalitätsforschung und den übrigen oben angeführten »Indizien« hat eine ganze Reihe von Arbeiten, die vorrangig der Untersuchung bäuerlichen Widerstandes gewidmet sind – anfänglich geradezu nur nebenbei – zu dem Ergebnis geführt, daß auch in bezug auf breitere Bevölkerungsschichten praktisches Handeln von bestimmten Grundrechtsvorstellungen und faktischen Grundrechten geleitet war, lange bevor Grundrechtserklärungen verabschiedet waren. Entscheidende Bedeutung kommt dabei in Frankreich wie in Deutschland der Herausbildung grundlegender einklagbarer Rechtsansprüche für den *gemeinen Mann*, die bäuerliche Bevölkerung, und – dies gilt vor allem für Frankreich – der Gleichstellung von Prozeßparteien unabhängig von ihrem sozialen Stand vor Gerichten zu²⁴.

21 G. OESTREICH, Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß, Berlin ²1978, S. 9.

22 R. MARCIC, Geschichte der Rechtsphilosophie. Schwerpunkte – Kontrapunkte, Freiburg 1971 S. 45, Anm. 8, spricht von einer »allgemeinen menschlichen Minimaethik«. W. HEIDELMEYER (Hg.), Die Menschenrechte. Erklärungen, Verfassungsartikel, Internationale Abkommen, Paderborn ²1977. Vgl. auch E.-J. LAMPE, Rechtsanthropologie, Berlin 1970, S. 7, dessen Definition von Recht als »allgemeine Friedensordnung der mitmenschlichen Beziehungen« konsequent ausgeformt der Grundrechteforschung a priori eine »kulturanthropologische« Richtung suggerieren würde... Ganz anders E. TOPITSCH, Menschenrechte als universaler Ausdruck und als politisches Programm, in: Menschenrechte, Band 1: Historische Aspekte, Berlin 1980, S. 9–15, hier S. 9: »Der Gedanke der Menschenrechte zählt keineswegs zu den »Urgedanken der Menschheit«, ja nicht einmal der Kulturmenschheit.«

23 Nach einer kurzen Skizze der religiös politischen Ideen (S. 42–44, Seitenangaben nach der 4. Auflage 1927) (»Der demokratische Gedanke, auf dem die Verfassung der reformierten Kirche aufgebaut ist...«, »souveräne(r) Individualismus auf religiösem Gebiete«, »Der Independentismus bleibt aber nicht auf geistlichem Gebiete stehen, er wird durch logische Notwendigkeit gezwungen, seine Grundlehren auch auf das politische Gebiet zu übertragen.«) heißt es dann (S. 44): »Die ersten Spuren dieser religiös politischen Ideen lassen sich weit zurückverfolgen, sie sind nicht erst durch die Reformation geschaffen worden. Aber ganz neu und einzigartig war die Praxis, die auf Grund dieser Ideen sich entwickelte.« Es folgt dann eine Darstellung dieser Praxis...

24 Zu Deutschland vgl. besonders die Arbeiten von W. SCHULZE, Bäuerlicher Widerstand und feudale Herrschaft in der frühen Neuzeit, Stuttgart 1980; Der Bäuerliche Widerstand und die »Rechte der

Die erste Schlußfolgerung, die aus all dem zu ziehen ist, besteht darin, die Erforschung der historischen Genese des Grundrechtsdenkens und seiner Praxis prinzipiell in die umfassendere Dimension der Sozialgeschichte und genauer noch in die einer historisch orientierten Rechtssoziologie hineinzuführen. Dies trifft sich zunächst mit dem Vorschlag von G. Birtsch, Grund- und Freiheitsrechte als »Ausdruck eines aktiven politischen Interesses und virulenten sozialen und politischen Bedürfnisses«, als »Manifestationen sozialer und politischer Werthaltungen« zu interpretieren und damit die Notwendigkeit einer interdisziplinären Forschung (Sozialgeschichte, Ideen- und Begriffsgeschichte, Rechtsgeschichte und politische Geschichte) zu verbinden²⁵. Den Anspruch von Interdisziplinarität spiegelt der Sammelband von Birtsch wider und stellt in seiner Anlage sowie in der Breite des Themenspektrums eine Art Markstein in der Entwicklung der Grundrechtsforschung dar²⁶.

Wenn dennoch auf den folgenden Seiten sehr viel mit Begriffen der Rechtsterminologie operiert wird, was wenig interdisziplinär anmuten mag, dann deshalb, weil es darum geht, den interdisziplinären Ansatz zu einem integrativen Ansatz auszuformen. Es ist zumindest forschungspraktisch ein nicht unerheblicher Unterschied, ob der interdisziplinäre Ansatz durch eine letztendlich dem Leser anheimzustellende Summierung verschiedener Beiträge, die, wenn auch durch eine gemeinsame Perspektive verbunden, in unterschiedlicher Weise verschiedene Länder behandeln, realisiert wird, oder ob versucht wird, am konkreten Beispiel einer Gesellschaft, eines Staates, hier Frankreichs, die Methoden und Erkenntnismöglichkeiten der einzelnen Forschungsdisziplinen integrativ in einer kohärenten Grundrechtsgeschichte »aufgehen« zu lassen. Ein solches Verfahren erfordert, wenn es erfolgversprechend sein soll – und das ist die zweite Schlußfolgerung –, die Absteckung eines auf methodischer wie terminologischer Ebene zur Integration fähigen Orientierungsrahmens, der dynamisch sein, d. h. der geschichtlichen Größe des Wandels Rechnung tragen muß, zugleich aber auch so viele konstante Kategorien umfassen muß, daß ein historischer Vergleich im Kontext der *longue durée* möglich wird wie auch im Kontext des Vergleichs gesellschaftlicher und staatlicher Größen. Als ein solcher Orientierungsrahmen sei das bezeichnet, was sich unter den Begriff der Rechtskultur subsumieren läßt: Mit »Rechtskultur« ist hier die »Menge« aller in der Gesellschaft vorhandenen Rechtsvorstellungen (unabhängig von der Art und Weise ihrer materiellen Erscheinungsweisen), aller normativ verbindlichen Rechtsregeln und Gesetze, der Rechts- und Gesetzespraxis (»rechtlich relevantes Handeln«) einschließlich der damit verbundenen Institutionen wie Gesetzgeber, Gerichte, Personen usf. und natürlich der zeitgenössi-

Menschheit«, in: G. BIRTSCH (Hg.), Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte, Göttingen 1981, S. 41–56; s. auch W. TROSSBACH, Soziale Bewegung und politische Erfahrung. Bäuerlicher Protest in hessischen Territorien 1648–1806, Weingarten 1987. Zu Frankreich s. hier besonders W. SCHMALE, Bäuerlicher Widerstand, Gerichte und Rechtsentwicklung in Frankreich. Untersuchungen zu Prozessen zwischen Bauern und Seigneurs vor dem Parlament von Paris (16.–18. Jahrhundert), Frankfurt 1986 (Ius Commune, Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte Frankfurt am Main, Sonderhefte 24). S. außerdem R. BLICKLE, Nahrung und Eigentum als Kategorien in der ständischen Gesellschaft, in: W. SCHULZE (Hg.), Ständische Gesellschaft und Mobilität. Kolloquium des Historischen Kollegs München, 3.–5. Juni 1985 (erscheint voraussichtlich 1987 im Oldenbourg-Verlag München). R. Blickle weist dort auf den »Gedanken der Notrechte als Vorgänger der Menschenrechtsidee« hin und erläutert dies sehr eingängig am Beispiel der »Hausnotdurft«.

25 G. BIRTSCH, Grund- und Freiheitsrechte im Wandel (wie Anm. 24) Einleitung. Zur immer mehr Gestalt annehmenden Werteforschung s. P. MÜNCH, Grundwerte der frühneuzeitlichen Gesellschaft? Aufriß einer vernachlässigten Thematik, in: W. SCHULZE (Hg.), Ständische Gesellschaft (wie Anm. 24).

26 Was Ansatz und Methoden angeht, ist schon vorher (1974) auf F. ERMACORA (wie Anm. 11) zu verweisen, der (S. 36 u. ö.) fordert: »Der Versuch, die Menschenrechte integral zu erfassen, muß dazu führen, sie in den Gesamtbereich der Humanwissenschaften einzubauen.« Ermacora fordert dies jedoch mehr aus aktueller Sicht auf dem Hintergrund der oben in Anm. 11 zitierten Erweiterung des Grundrechtekanons.

schen Literatur, dem Reden und Schreiben über Recht, gemeint. Keine dieser Kategorien (Rechtsvorstellung, rechtlich relevantes Handeln usw.) ist an eine bestimmte soziale Gruppe oder staatliche Institution apriorisch gebunden (Bedingung der Vergleichbarkeit), jede ist offen für die Komponente »Wandel« oder »Konstanz« (Bedingung der Dynamik), jede ist aber auch konstant in dem Sinn, daß ohne weiteres von Rechtsvorstellungen des Mittelalters oder des 20. Jahrhunderts gesprochen werden kann und diese miteinander vergleichbar sind. Die Tragweite, innere Struktur und das – harmonische oder konfliktuelle – Zusammenspiel dieser Kategorien macht die Spezifität der Rechtskultur einer jeden Gesellschaft aus. »Gesellschaft« ist dabei durchaus auch überstaatlich gemeint, wie es der Begriff »europäische Gesellschaft« besagt. Mit dem Terminus »Rechtskultur« soll keineswegs eine Ausblendung des Rechtsbereichs aus dem umfassenden Begriff der Kultur einer Gesellschaft vollzogen werden; die Verbindungen sind vielmehr vielfältig und komplex. »Es kommt«, mit den Worten K.-S. Kramers, »...nicht darauf an, rechtliche Bezüge aus Objektivationen und Subjektivationen herauszusezieren und zu isolieren, sondern vielmehr in ihrer Verflochtenheit mit der sozialen Wirklichkeit darzustellen²⁷.« Der Begriff »Recht« wird von der Gesellschaft her und nicht umgekehrt gedacht. So nähren sich etwa das Rechtsdenken und rechtlich relevantes Handeln ganz wesentlich aus »politischen und sozialen Werthaltungen«. Recht hat hier also nichts mit einem »verknöcherten« Rechtspositivismus zu tun, der nur noch den Gesetzes- oder Vertragstext als Maßstab allen Rechts anerkennt, sondern Recht wird hier als spezifischer Ausdruck von sozialen Interaktionen verstanden²⁸. In diesem Sinn ist auch die obige Einführung der Wissenschaftsdisziplin »Rechtssoziologie« zu verstehen, die den Bezügen zwischen Recht und Gesellschaft in allen ihren Erscheinungsformen nachgeht und insoweit den Wert einer »Integrationswissenschaft« hat. Sich von ihren Methoden, Fragestellungen und Begriffen bei der Erforschung der Grundrechtsentwicklung anregen zu lassen, erscheint deshalb nach den bisher angeführten Beobachtungen als sehr hilfreich²⁹.

27 K.-S. KRAMER, Grundriß einer rechtlichen Volkskunde, Göttingen 1974, S. 4.

28 Bezüglich der durchaus heterogenen Definition von Recht sei verwiesen auf die zusammenfassende Darstellung von Th. W. BECHTLER, Der soziologische Rechtsbegriff. Eine systematische Darstellung, Berlin 1977; einen Rechtsbegriff ausgehend von den besonderen Bedürfnissen der Rechtsgeschichte hat H. KANTOROWICZ entwickelt: »Der Begriff des Rechts«, aus dem Nachlaß herausgegeben von A. H. CAMPBELL, eingeleitet von A. C. GOODHART, (dt.) Göttingen 1963; vgl. außerdem: R. DUBISCHAR, Grundbegriffe des Rechts. Eine Einführung in die Rechtstheorie, Stuttgart usw. 1968; W. MAIHOFFER (Hg.), Begriff und Wesen des Rechts, Darmstadt 1973; J. STONE, Social Dimensions of Law and Justice, London 1966; R. ZIPPELIUS, Das Wesen des Rechts. Eine Einführung in die Rechtsphilosophie, München 1978.

29 Die moderne Rechtssoziologie ist zwar im wesentlichen an den Bedingungen der modernen Industriegesellschaft orientiert, doch erbringt sie theoretische, terminologische und method. Vorleistungen, die sich die Historie zunutze machen kann. Ich habe an anderer Stelle versucht, dies an einem konkreten Beispiel auszuführen: W. SCHMALE, Rechtsquellen zur französischen Sozialgeschichte des Ancien Régime: Die Zivilprozeßregister der Jugés des Parlements von Paris (16.–18. Jahrhundert), in: Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte 8 (1986), S. 1–22; aus der Literatur sei besonders verwiesen auf: J. CARBONNIER, Rechtssoziologie, Berlin 1974; E. BLANKENBURG (Hg.), Empirische Rechtssoziologie, München 1975; E. BLANKENBURG/E. KLAUSA/H. ROTTLEUTHNER (Hg.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, Opladen 1980 (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Band 6); R. GIRTLE, Rechtssoziologie – Thesen und Möglichkeiten. Ein Grundkurs, München 1976; G. GURVITCH, Grundzüge der Soziologie des Rechts, (dt.) Neuwied 1960; L. NADER (Hg.), Law in Culture and Society, Chicago 1969; R. TREVES (Hg.), La sociologia del diritto, problemi e ricerche, Mailand 1966; H. RYFFEL, Rechtssoziologie. Eine systematische Orientierung, Neuwied-Berlin 1974. Der Vollständigkeit halber sei an die Grundlegung der Rechtssoziologie durch Durkheim, Ehrlich, Geiger, Kantorowicz, Weber u. a. erinnert.

2. Die Rechtskultur des Ancien Régime als Rahmen einer Geschichte der Grundrechte

Ebenso wie sich die Eingangsbemerkungen nur als Problemskizze verstehen, können die weiteren Überlegungen nur ein grobes Raster für die Untersuchung der Geschichte und Entwicklung der Grund- und Menschenrechte insbesondere im Frankreich des Ancien Régime darstellen.

Gemäß dem oben entwickelten Begriff der Rechtskultur wären hier die folgenden Problem-bereiche eingehend zu analysieren:

1. Gerichtliche Institutionen etc.
2. Entwicklung von Rechts- und Gesetzesnormen
3. Rechtsdenken
4. Praxis des Rechts- und Gesetzeslebens

Keiner dieser Bereiche kann letztlich unabhängig von den anderen gesehen werden, auch wenn aus Gründen der Darstellung das Filigranwerk der Verknüpfungen kaum einschränkungslos abgebildet werden kann. Es versteht sich von selbst, daß eine solche Untersuchung nicht auf das Ancien Régime im engeren Sinn des Begriffes (16. Jh.–1789) beschränkt bleiben kann. Das Fundament für die Ausbildung des modernen Gerichtswesens (zentraler Aspekt des 1. Bereichs) wurde im Mittelalter gelegt, und das gleiche gilt für das Rechtsdenken und seine Entwicklung. Die Geschichte der Grund- und Menschenrechte aus sozialgeschichtlich-rechtssoziologischem Blickwinkel anzugehen bedeutet darüberhinaus, in die traditionsreiche Institutionen- und Rechtsphilosophiegeschichte das rechtlich relevante Handeln breiter Bevölkerungsschichten gleichgewichtig einzubeziehen. Praktisch hat dies gewisse Grenzen, aber die schon erwähnte Forschung zu bäuerlichem Widerstand oder die inzwischen beinahe unübersehbar gewordene Produktion der Kriminalitätsforschung zeigen, daß diese Grenzen wesentlich weiter gezogen sind, als dies die Themenstellungen der älteren rechtshistorischen Disziplin hätten vermuten lassen. Auch die »Rechtliche Volkskunde« ist hier als fruchtbringender Ansatz zu nennen³⁰.

Methodisches und thematisches Zentrum vieler Studien ist das Gericht – zum einen als »Produktionsstätte« beeindruckender Quellenmassen, zum anderen als Ort hunderttausendfachen rechtlich relevanten Handelns und als eine Art Kontrapunkt, von dem aus gesehen rechtlich relevantes Handeln, das an den Gerichten »vorbeiging«, aber deshalb nicht weniger wichtig ist, deutlich erfaßt werden kann. Die Gerichte nehmen diese Sonderstellung ein, weil dort am ehesten aufgrund der inhaltlichen Struktur der Gerichtsakten (z. B. Zeugenaussagen,

30 Vgl. statt vieler KRAMER, *Rechtliche Volkskunde* (wie Anm. 27) und in Band 24 (*Ethnologie générale*) der »Encyclopédie de la Pléiade«, Paris 1968, die Beiträge von: J. POIRIER, *Introduction à l'ethnologie de l'appareil juridique*, S. 1091–1110; H. LÉVY – BRUHL, *L'Ethnologie juridique*, S. 1111–1179; M. ALLIOT, *L'Acculturation juridique*, S. 1180–1236. Die Grenzen des Ertrags der »Rechtlichen Volkskunde« liegen dort, wo wie bei E. VON KÜNSSBERG, *Rechtsgeschichte und Volkskunde*, Ed. P. TZERMIAS, Köln 1965 (1925), implizit zu sehr von dem Bestehen zweier Rechtskulturen (populäre und gewissermaßen gelehrt-obrigkeitliche) ausgegangen wird. Damit soll die Bedeutung dieser Schrift für die Entwicklung der rechtlichen Volkskunde und die Quellenkritik nicht übergangen werden. Noch deutlicher wird die Tendenz zur Trennung im Begriff »Recht der kleinen Leute« ausgedrückt. S. hierzu den kritischen Beitrag von G. K. SCHMELZEISEN, *Das Recht der kleinen Leute*, in: *Forschungen zur Rechtsarchäologie und rechtlichen Volkskunde*, 4 (1982) S. 99–106. Aus der Kriminalitätsforschung sei verwiesen auf: N. CASTAN, *Justice et répression en Languedoc à l'époque des lumières*, Paris 1980; M. FOUCAULT, *Surveiller et punir, naissance de la prison*, Paris 1975; A. LEBIGRE, *Les Grands Jours d'Auvergne, désordres et répression au XVII^e siècle*, Paris 1976; innovativ auch: H.-J. LÜSEBRINK, *Kriminalität und Literatur im Frankreich des 18. Jahrhunderts. Literarische Formen, soziale Funktionen und Wissenskonstituenten von Kriminalitätsdarstellung im Zeitalter der Aufklärung (Ancien Régime und Revolution, Band 8)*, München 1983.

Berichte über Konfliktabläufe, Verhöre, Klage- und Verteidigungsschriften, gütliche Vereinbarungen usw.) breite Bevölkerungsschichten als historisches Subjekt erreichbar werden. Wenn damit schon ein erstes Quellenproblem gelöst ist³¹, so hat das Gericht als Forschungsobjekt auch noch eine andere Bedeutung, die der Frage nach der Grundrechtsentwicklung zugute kommt. Es handelt sich dabei um die Beantwortung der Frage nach dem Warum, nach den Gründen für die Entwicklung sehr differenzierter Gerichtssysteme so wie es gerade in Frankreich der Fall war, nach ihrer historischen Bedeutung für die Entwicklung bzw. in der Entwicklung der europäischen Gesellschaft. Daß das europäische Rechtsdenken im Kern geradezu ein ›Denken in Rechtsstreitsituationen‹ war, darauf machte z. B. H. Coing aufmerksam³². Der schon früher etwa von dem französischen Rechtshistoriker Meynial³³ aufgedeckte Zusammenhang zwischen der Entwicklung von Klagerechten für Bauern und Vasallen im Hoch- und Spätmittelalter und der Entwicklung von Rechtsansprüchen überhaupt aus sozialen Regeln heraus fügt sich gewissermaßen nahtlos an Coings Beobachtungen an. Die Ausbildung eines allgemeinen Klagerechts und rechtlicher Normen sowie die Entstehung von Gerichten bzw. gerichtsähnlichen Einrichtungen als Ort der Einklagbarkeit rechtlich normierter Ansprüche bilden einen untrennbaren Zusammenhang.

Es ist kein Raum hier, die Einzelheiten eines solchen Zusammenhanges auszubreiten. Herausgegriffen sei jedoch die schon im Mittelalter sehr weit getriebene wachsende Ausfüllung des alltäglichen Lebens mit Rechtsnormen (2. Bereich), die zunehmend auch schriftlich fixiert werden. Gemeint sind damit nicht nur die sog. ›privaten‹ Kodifizierungen von Gewohnheitsrechten (Beaumanoir und viele weniger Berühmte), sondern auch Rechtsvereinbarungen zwischen Bauern und Seigneurs z. B., die zum Teil etablierte soziale und wirtschaftliche Regeln in die Gestalt der Rechtsnorm kleideten, zum Teil aber auch neue Rechtsnormen, etwa durch einen Freilassungsakt, begründeten. Dasselbe gilt für die Regelung des dörflichen Gemeinschaftslebens, für die Städte oder für den werdenden Staat. Die Gesellschaft zieht sich zunehmend ein rechtsnormatives Gerüst ein, dessen entscheidendes Moment in der Einklagbarkeit der Rechtsnormen besteht und an dessen ›nationaler‹ Vereinheitlichung seit dem 15. Jahrhundert ca. intensiv gearbeitet wurde³⁴. Diese Einklagbarkeit wird somit beinahe

31 Nur hingewiesen sei hier auf die Rechtssymbolik und bildliche Darstellungen als ein Quellenbereich, um dessen Aufschlüsselung sich die rechtliche Volkskunde sehr verdient macht. Vgl. dazu besonders die Zeitschrift ›Forschungen zur Rechtsarchäologie und rechtlichen Volkskunde‹ (1979 ff.; hg. von L. CARLEN). Zu rechtlich relevantem Handeln außerhalb von Gericht und Gesetzgebung s. die in den letzten Jahren sehr intensivierete Erforschung von Notariatsakten: Les actes notariés, source de l'histoire sociale (XVI^e-XIX^e siècles). Actes du Colloque de Strasbourg, mars 1978, Strasbourg 1979; F. RANIERI, Rechtsgeschichte und quantitative Geschichte. Die Verwendung historisch quantitativer Methoden bei der Auswertung der Notariatspraxis in der neueren Privatrechtsgeschichte, in: Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 45 (1977) S. 333-363; J.-P. POISSON, Notaires et société. Travaux d'histoire et de sociologie notariales, Paris 1985.

32 H. COING, Das Recht als Element der europäischen Kultur, in: Historische Zeitschrift 238 (1984) S. 1-15.

33 E. MEYNIAL, Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du 12^e au 14^e siècle dans les romanistes. Etude de dogmatique juridique, in: Mélanges FITTING, Band 2, Montpellier 1908, S. 409-461.

34 Die hier angesprochene Problematik ist Gegenstand sämtlicher rechtsgeschichtlicher Handbücher; zusätzlich sei verwiesen auf: J. GAUDEMET, Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e-XVIII^e siècle), in: La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del terzo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, Florenz 1977, Band 1, S. 157-194; W. WILHELM, Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich im 17. und 18. Jahrhundert, in: Ius Commune 1 (1967) S. 241-270; K. LUTIG, Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert, in: Ius Commune 3 (1970) S. 64-97; bei J. VANDERLINDEN, Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle. Essai de définition, Brüssel 1967, s. Exzerpte aus zwei programmatischen Schriften des 16. Jahrhunderts: Ch. DUMOULIN, Oratio

zwangsläufig zu einem unausgesprochenen Grundrecht für jedermann, weil es zusammen mit der Entstehung des rechtsnormativen Systems »organisch« erwachsen ist. Zu unterstreichen ist, daß »Schriftlichkeit« im gesamten Betrachtungszeitraum nie vollständig zur *conditio sine qua non* wird, auch wenn sie sich Schritt für Schritt vom anfänglichen Primat der Mündlichkeit emanzipiert. Für den Bereich der Grundrechtforschung gilt deshalb dasselbe, was ebenfalls für die neuere Grundwerteforschung zutrifft: keineswegs nur das Explizite führt zu Grundlegendem, sondern häufig nur das Implizite. – Weil Grundlegendes auch Selbstverständliches ist, kann es jederzeit handlungsleitend wirken, ohne bewußt reflektiert zu werden. –

Das Einklagbarkeitsprinzip enthält außerdem weitreichende Implikationen. Das Klagerecht steht jedem zu³⁵, das heißt, es abstrahiert vor Gericht von den sozialen Ungleichheiten, die die Ständegesellschaft des Ancien Régime ansonsten prägen, und stellt diesen ein Element der Gleichheit gegenüber. Es ist bekannt, daß etwa im 16. Jh. mancher Grundherr empört und zuweilen handgreiflich reagierte, wenn ihm ein Sergent eine Vorladung vor Gericht zustellte, die von »seinen« Bauern, die sozial unter ihm standen, initiiert worden war. Die Empörung zeigt, wie sehr dies Element der Gleichheit als solches empfunden wurde.

Der beste »Beweis« für die Gültigkeit und soziale Bedeutung jenes Grundrechtes ist die wahre Prozeßflut, die die Gerichte des Ancien Régime zu bewältigen hatten. Wenn dies bisweilen ebenso spöttisch wie oberflächlich als »Prozeßsucht« charakterisiert wird, so dürfte das den tieferen Sinn prozessualer Verhaltensweisen kaum treffen, zumal damit implizit der Bevölkerung auch ein reflektiertes Verhältnis zum Recht abgesprochen wird. Dies zielt auf den 3. Bereich, der oben als »Rechtsdenken« apostrophiert wurde. »Rechtsdenken« bezeichnet summarisch die verschiedenen Rechtsvorstellungen, die in der Gesellschaft des Ancien Régime lebendig waren, angefangen bei rechtsphilosophischen Schriften bis »hinunter« zu den Rechtsvorstellungen des *gemeinen Mannes*. Hierbei handelt es sich um einen Problemkomplex, bei dem es gewiß noch einiges Neuland zu erschließen und eine Auseinandersetzung mit der Forschung zur Volks- und Elitekultur zu führen gilt. Die dort vorherrschende Tendenz besteht darin, von einer deutlichen Trennbarkeit zwischen Volkskultur hier und Elitekultur dort auszugehen. Beide werden häufig auch als Oppositionsverhältnis verstanden mit einem gewissen Übergewicht der Elitekultur, insoweit von dort sehr energisch geführte Versuche ausgingen, das Volk zu »akkulturieren«. Gemeint sind damit Akkulturationsprozesse im religiös-moralischen Bereich, im Rechtsbereich und zahlreichen anderen Gebieten wie bezüglich des Sexualverhaltens oder der Art und Weise, Feste zu feiern. Auch wenn die Volkskulturforschung bemüht ist, das Volk als Subjekt in der Geschichte zu begreifen³⁶, so stellt die Annahme einer prinzipiellen Opposition zwischen Volk und Elite dabei eher ein Hindernis dar. Das Volk wird doch wieder zum Objekt, zum Objekt der elitären Akkulturationsbemühungen, und wenn ihm dabei ein eigener Daseinsbereich bleibt, wird es dennoch schwierig, den entwicklungsformenden, den den historischen Prozeß mitbestimmenden Anteil des

de concordia et unione consuetudinum (undatiert), Anhang Nr. 26; F. HOTMANN, Antitribonian (1567?), Anhang Nr. 40, ebenda.

35 Diese Bemerkung bezieht sich vorläufig auf die Zeit seit dem 16. Jahrhundert, in dem die Ausbildung des Klagerechts z.B. auch für Bauern gegen den Seigneur als definitiv abgeschlossen bezeichnet werden kann. Ebenso »steht« auch die Berufungshierarchie, wie sie bis 1789 dann gültig blieb (Kompetenzverschiebungen etc. zwischen den Gerichten berühren nicht das Prinzip der einmal etablierten Berufungshierarchie). Vgl. zu diesen Fragen W. SCHMALE, Der Prozeß als Widerstandsmittel: Überlegungen zu Formen der Konfliktbewältigung am Beispiel der Feudalkonflikte im Frankreich des Ancien Régime (16.–18. Jahrhundert), in: Zeitschrift für histor. Forschung 13 (1986), S. 385–424.

36 Vgl. Einleitung von N. SCHINDLER zu: R. VAN DÜLMEN/N. SCHINDLER (Hg.), Volkskultur. Zur Wiederentdeckung des vergessenen Alltags (16.–20. Jahrhundert); P. BURKE, Helden, Schurken und Narren. Europäische Volkskultur in der frühen Neuzeit, (dt.) Stuttgart 1981; R. MUCHEMBLED, Culture populaire et culture des élites dans la France moderne (XV^e–XVIII^e siècles). Paris 1978 etc.

Volkes am Gesamtgeschehen der Geschichte positiv zu formulieren. Genau darum muß es aber bei einer Sozialgeschichte der Grundrechte im Ancien Régime gehen. Die Gegenüberstellung einer »Geschichte der herrschenden Eliten« oder »Machtgeschichte« einerseits und einer »Geschichte von unten« andererseits wirkt zweifelsfrei erkenntnisfördernd, sie führt aber, wird sie ihrerseits nicht kritisch hinterfragt, zur gegenseitigen, erkenntnishindernden Selbstbestätigung der einzelnen »Geschichten«. Den angeführten Thesen soll hier nicht ihre Relevanz und Begründbarkeit abgesprochen werden, vielmehr soll auf die Dimension der Gesellschaft als Einheit – wie die Bildung und Wirkung des Bastille-Mythos beispielsweise es voraussetzen – und nicht als Menge von Oppositionen aufmerksam gemacht werden. Ein gewisses Paradox liegt darin, daß sich Rechtsvorstellungen, die sich quer durch die Gesellschaftsschichten ziehen, besonders gut an Konflikten, also anhand von Oppositionen ermitteln lassen. Die Existenz von Konflikten und Oppositionen ist aber nicht gleichzusetzen mit der Existenz zweier Kulturen innerhalb derselben Gesellschaft. Der Begriff »dieselbe Gesellschaft« wäre dann fast schon hinfällig.

Eine Rechtsvorstellung, die sich quer durch die Gesellschaft zieht, mit dem Stellenwert eines »sozialen Wissens«³⁷, besteht in der Gerechtigkeitsidee. Als Begriff ist Gerechtigkeit ebenso in der politischen Philosophie wie in juristischen Fachtraktaten wie z. B. in Protokollen von Gemeindeversammlungen gegenwärtig. Im Rechtsdenken des Ancien Régime ist die Gerechtigkeit das Maß allen Rechts, und dies ist abgesehen von den biblisch-christlichen Grundlagen auch nicht weiter erstaunlich, denn die Einklagbarkeit von Rechten bedarf eines grundlegenden Entscheidungsmaßstabes. Die unmittelbar terminologische Greifbarkeit des Gerechtigkeitsgedankens ist aber nicht einmal das entscheidende; wichtiger noch ist die materielle Ausfüllung des Gedankens in der Praxis. Da auf der Ebene breiterer Bevölkerungsschichten die ausdrückliche Formulierung von Rechtsvorstellungen in den Quellen eher als ein glücklicher Zufall anzusehen ist, verläuft der Zugang hierzu vorwiegend indirekt etwa über die Analyse dessen, was in einem Konflikt gefordert oder – trotz denkbarer Forderung – nicht gefordert bzw. getan oder nicht getan wird. Die Gerechtigkeit steht im Zentrum des Rechtsdenkens und so steht sie in beinahe allen Konflikten zur Debatte³⁸. Typisch ist in diesem Zusammenhang beispielsweise die Argumentationsweise der Gemeinde Renève in Burgund, die in einer Versammlung vom 12. Januar 1755 darüber diskutiert, ob sie einer Gerichtsvorladung Folge leisten soll oder nicht. Die schließlich bejahende Antwort gründet sich auf das Gerechtigkeitsdenken:

(Les échevins) leurs (sc.: den Einwohnern) ont représentés une assignation faite à la requête de Pierre et Prudent Amiot, charpentier à Renève, signifiée à la personne de Pierre Brocard l'un de leurs echevins pour la communauté par Causeret, huissier royal à Mirebeau le cinq du present mois; lequel Amiot fait assigner lesdits echevins suivant les délais de l'ordonnance au bailliage de Dijon pour se déporter de l'appellation faite par les echevins de 1748, ou pour la poursuivre, les susnommés ayant ouy lecture de laditte assignation et le contenu d'ycelle ont repondu unanimement qu'il étoit juste et même equitable de poursuivre cette affaire attendu l'insigne mauvaise foy desdits Amiot et chicanes qu'ils ont accoutumés de faire puisqu'ils ne pourront jamais disconvenir des faits posés par laditte communauté...³⁹

Eine Idee, die wie die Gerechtigkeit das Rechtsdenken leitet, wird dort, wo ihre praktische Gültigkeit infrage gestellt ist, selbst zum konkreten Rechtsanspruch, zum »Recht auf Gerech-

37 S. REICHARDT, HPSG (wie Anm. 4) Heft 1/2, S. 65 ff.

38 Angesichts einer in bezug auf solche Fragen eher defizitären Mentalitätsforschung muß wiederum auf die Bauernwiderstandsforschung verwiesen werden. Zu einem Thema wie »ungerechte Obrigkeit und bäuerlicher Widerstand« s. W. SCHULZE, Rechte der Menschheit (wie Anm. 24); wie »Urteilspraxis und Gerechtigkeitsidee« s. W. SCHMALE, Bäuerlicher Widerstand (wie Anm. 24), S. 155–171. Aus der breiten Literatur zur rechtsphilosophischen und politischen Rolle der Gerechtigkeit sei verwiesen auf: DEL VECCHIO, Die Gerechtigkeit, Basel 1950; G. KISCH, Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit, Basel 1960; J. RAWLS, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt 1979 (engl. 1971) u. a.

39 Archives départementales de la Côte d'Or, Ed. 522/1, 4. Heft, Versammlung vom 12. 1. 1755.

tigkeit«⁴⁰. Auch sie erweist sich letztlich als Grundrecht, denn in ihrer Einklagbarkeit kennt sie keine sozialen Unterschiede. Wenn es noch einer besonderen Erläuterung bedürfte, so wäre an die zentrale Bedeutung des Justice-Gedankens für die Konstitution der französischen Monarchie zu erinnern, dessen Verbreitung in die Gesellschaft hinein, aber auch dessen Praxis, etwa in Form einer unmittelbar durch den König erfolgten Rechtsprechung, einen gewichtigen Anteil an der Sedimentierung des Gerechtigkeitsdenkens in der Gesellschaft hatten. Gerechtigkeit bedeutet deshalb auch eine politische Werthaltung. Für die politische Philosophie hat dies Jean Bodin paradigmatisch ausgebreitet, für die Bauern läßt sich dies vor allem im Zusammenhang mit Aufständen nachweisen. Die Frage, in welchem Bewußtsein die Bauern gegen das Wirken der *gabelleurs* rebellierten, beantwortet Y.-M. Bercé: »Les rebelles, en toute bonne conscience, ne se lèvent que contre une injustice qui blesse la charité chrétienne«⁴¹. Dem ist hinzuzufügen, daß zahlreichen Revolten gerichtliche Auseinandersetzungen vorangingen. Wenn sich herausstellte, daß die Gerichte die Exzesse der Steuereintreiber nicht eindämmen konnten, auf diesem Weg also keine Gerechtigkeit zu erzielen war, dann schien der Schritt zum Aufstand weniger schwer zu sein...⁴²

Am Beispiel der Gerechtigkeit sei außerdem wenigstens kurz auf das Problem der Rechtseinheit bzw. -uneinheitlichkeit eingegangen. Die dem Ancien Régime nachgesagte Zersplitterung der Rechtsordnung bis hinunter zu nur lokal gültigen Gewohnheitsrechten und die Uneinheitlichkeit der jeweils einem Rechtsbereich wie Erbrecht, Seigneurialrecht usw. zuzuordnenden Rechtsnormen scheint dem Versuch, Grundrechte in einer solchen Rechtsordnung ermitteln zu wollen, eher entgegenzustehen. Dem ist zu erwidern, daß trotz allem auch diese Rechtsordnung auf einheitlichen Prinzipien beruhte. Wenn dies bisher vor allem anhand der Rechtsliteratur und der Urteilspraxis an französischen Gerichten nachgewiesen werden konnte⁴³, dann zeigt sich am Beispiel des Gerechtigkeitsprinzips als allgegenwärtiger handlungsleitender Maxime, daß kein Grund besteht, die Bevölkerung aus dieser Einheit der Prinzipien auszuschließen.

Der 4. Bereich, Praxis des Rechts- und Gesetzeslebens, ist zweifellos der weitläufigste. Entscheidend ist dabei die Frage, in welchem Verhältnis praktischer Umgang mit Recht und Gesetz und Rechtsdenken zueinander stehen. Angedeutet wurde dieser Zusammenhang bereits am Fall des Gerechtigkeitsdenkens, aber interessant ist auch das hohe Maß an Übereinstimmung zwischen Rechtsdenken und richterlichem Handeln, also richterlicher Urteilspraxis zumindest auf der Ebene höherer und höchster Gerichte. Ebenso war rechtlich relevantes Handeln der Bevölkerung nicht von Willkür bestimmt, sondern folgte klaren Rechtsvorstellungen. Dies gilt bis in die Legitimation von Aufständen durch die Aufständigen selbst hinein⁴⁴. Kein Aufstand ohne die Berufung auf wiederherzustellendes, zumeist als »alter« erachtetes Recht!

Aufschlußreich sind im Kontext des Rechtslebens Protokolle von Gemeindeversammlun-

40 In diesem Sinne könnte auch die Geschichte von Daniel und Susanna (AT, Daniel 13) interpretiert werden, die in zahlreichen Bilddarstellungen popularisiert war. S. dazu: G. KOCHER, Die Causa der Susanna. Ein Beitrag zum Thema der Gerechtigkeitsdarstellungen, in: Forschungen zur Rechtsarchäologie und rechtlichen Volkskunde, 1985, S. 47–69. Generell zu populären Rechtsvorstellungen s. auch N. CASTAN, Justice et répression (wie Anm. 30) passim.

41 Y.-M. BERCÉ, Croquants et Nu-Pieds. Les soulèvements paysans en France du XVI^e au XIX^e siècle, Paris 1971, S. 40.

42 Vgl. dazu insbesondere die von Y.-M. BERCÉ, Histoire des Croquants. Etude des soulèvements populaires au XVII^e siècle dans le sud-ouest de la France, 2 Bände, Genf 1974, hier Band 2, zusammengestellten Quellendokumente.

43 S. SCHMALE, Bäuerlicher Widerstand (wie Anm. 24) S. 137–185.

44 Ich kann hier generell auf die Revoltenforschung hinweisen, die diesen Problemkomplex durchgängig thematisiert hat. Eine bibliographische Orientierung bietet W. SCHULZE (Hg.), Europäische Bauernrevolten der frühen Neuzeit, Frankfurt 1982, S. 364–375.

gen, in denen Fragen der Rechtskonformität bzw. -nonkonformität und der daraus abzuleitenden Verhaltensweisen eine erstrangige Rolle spielen. Unter Anwendung rechtssoziologischer Auswertungsmethoden können auch eher spröde Urteilsregister von Gerichten in diesem Sinn zum Sprechen gebracht werden. Sie müssen also nicht das bleiben, als was sie gelegentlich angesehen werden, nämlich Akten, die die Anschauungen »von oben«, aber nicht die »von unten« widerspiegeln⁴⁵. Schließlich liefern die Akten der Intendanturen und insbesondere der Subdelegationen zahlreiche Informationen⁴⁶, die einer »Soziologie des Rechtsalltags« im Ancien Régime zunutze gemacht werden können. Eine solche Soziologie des Rechtsalltags auf der Grundlage der Methoden der rechtssoziologischen Wissenschaftsdisziplin, wie sie – mit oder ohne expliziten Bezug hierauf – schon für die Kriminalitäts- und Konfliktforschung fruchtbar gemacht werden konnten, ist für eine Geschichte der Grundrechte unentbehrlich, wenn diese nicht am Denken und Handeln breiter Bevölkerungsschichten vorbeigehen soll.

3. Der Begriff »Grundrecht«

Trotz ihrer Skizzenhaftigkeit dürften die voranstehenden Bemerkungen zur Rechtskultur des Ancien Régime und die Hinweise auf bestimmte Forschungsfelder zunächst einmal die Bedeutung von Recht und des Umgangs mit ihm für die Gesellschaft gezeigt haben. Dies im einzelnen auszuführen, ist Aufgabe eines Ansatzes, der von der Rechtskultur als Forschungsfeld ausgeht und den Aufgabenstellungen einer Soziologie des Rechtsalltags genügt. Soweit entsprechende Analysen schon durchgeführt wurden, haben diese auf Rechtsstrukturen mit Grundrechte-Charakter hingeführt: Erwähnt wurde das Recht der Klageerhebung oder die Gerechtigkeit im Sinne eines grundlegenden, einklagbaren Rechtsanspruches. Hinzuzufügen wäre außerdem beispielsweise das von W. Schulze ermittelte grundlegende Recht des Widerstandes (für den mitteleuropäischen Raum)⁴⁷. Während letzteres bereits in unmittelbarer thematischer Nähe zum Grundrechtsdenken von 1789 steht, das in Art. 2 einen *droit de résistance à l'oppression* formuliert, ergibt sich für ersteres eine größere Distanz. Hier ist der von G. Birtsch für seinen Sammelband gewählte Titel »Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte« wörtlich zu nehmen: eine Gesellschaft als an Grundrechten orientiert zu charakterisieren ist nicht davon abhängig, ob die bewußten Grundrechte schon die von 1789 oder die des 20. Jahrhunderts sind, sondern davon, wie eine Gesellschaft »ihr« Recht verstand und es praktizierte. Zunächst nicht der konkrete Inhalt, sondern die Bestimmbarkeit der Wertigkeitsstufe eines Rechts als grundlegendes, als Grundrecht, ist entscheidend. An dieser Stelle ist nachzuholen, was bisher vernachlässigt wurde: eine definitorische Eingrenzung des Begriffes »Grundrecht«.

Mit »Grundrecht« seien solche Rechte gemeint, die ihrer Bestimmung nach in einer Gesellschaft und ihrem Staat auf allgemeine Gültigkeit hin angelegt und als Grundlegung der gesellschaftlich-staatlichen Rechtsordnung bestimmt sind. Diese Begriffsdefinition gilt unabhängig davon, ob ein als Grundrecht bezeichnetes Recht bereits praktische Gültigkeit hat oder

45 Bezüglich der Protokolle von Gemeindeversammlungen stütze ich mich u. a. auf ausführliche Sondierungen in den Akten der A. D. Côte d'Or, Serie E bzw. Ed; A. D. Gers, Serie E^{sup}. Zu den rechtssoziologischen Auswertungsmethoden im Hinblick auf Urteilsregister s. meinen in Anm. 29 genannten Beitrag.

46 Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, daß diese Quellenbestände (Serie C der Archives dép.) ja sehr heterogen zusammengesetzt sind und beispielsweise, um nur zwei typische Untergruppen zu nennen, ebenso Akten enthalten, die von den Administrierenden ausgehen, wie solche, die aus der Richtung der Administrierten kommen. Die Initiative zu einem Administrationsprozeß kann dabei auf der einen wie auf der anderen Seite liegen.

47 SCHULZE, Rechte der Menschheit (wie Anm. 24).

ob es sich dabei zunächst um eine Vorstellung, um ein gedachtes, postuliertes Recht handelt. Das Kriterium der Gültigkeit und seine Differenzierung in faktische (soziale), juristische und gesetzliche Gültigkeit⁴⁸ sowie die Kriterien der Vorstellung und des Postulats sind sozialgeschichtliche bzw. rechtssoziologische Kriterien der Betrachtung und Bewertung, die für die praktische Durchführung einer Geschichte der Grundrechte relevant sind. Zu betonen ist, daß Recht und Gesellschaft hier im Sinne der Rechtssoziologie als aufeinander bezogen und nicht als von einander trennbar erachtet sind. Die obige Formulierung schließt mit ein, daß Grundrechte solche Rechte sind, die als Grundlegung der Rechtsordnung einen hohen Grad von Unantastbarkeit besitzen. Maximale Unantastbarkeit wird erzielt, wenn das Grundrecht natürlich-rechtlich als Menschenrecht klassifiziert wird⁴⁹ wie z.B. in der Déclaration von 1789. Die naturrechtliche Ableitung bedeutet, daß solche Rechte dem verfügenden Zugriff des Menschen entzogen sind. Er kann zwar gegen sie verstoßen, sie mißachten, vielleicht sogar sich ihrer nicht bewußt sein⁵⁰, aber er kann sie nicht aus der Welt schaffen. Diese Rechte sind immer gültig, weil sie nicht-positiv sind. Ihre Positivierung in einer Charta u.ä. betrifft »nur« die Absicherung ihrer sozialen Gültigkeit; sie ist sozusagen ein Zugeständnis an die Schriftlichkeit der Kultur, vor allem der Rechtskultur, die sich nicht mehr auf rein mental und oral abgestützte Gültigkeiten verlassen kann. Die Notwendigkeit der Positivierung hängt natürlich auch mit dem Verlust eines gemeinsamen geschlossenen Weltbildes, des christlichen Weltbildes, zusammen.

Der Begriff »Menschenrechte« impliziert zusätzlich eine zeitlich wie räumlich universale Geltung und geht insoweit über die oben gegebene Definition von Grundrecht hinaus. Wenn dennoch »Grundrecht« als der allgemeine Begriff und »Menschenrecht« als spezielle Kategorie von »Grundrecht« angesehen wird, so deshalb, weil der vorgeschlagene Grundrechtsbegriff die Menschenrechte aus ihrer praktischen Relevanz heraus (soziale Gültigkeit; Postulat) in einer konkreten Gesellschaft begreift. Innergesellschaftliche bzw. innerstaatliche Relevanz, und nicht (gedachte, angenommene, geglaubte) universale Existenz außerhalb einer konkreten historischen Gesellschaft ist ausschlaggebend. Es sei wiederholt, daß es sich hier um eine klärende Abgrenzung der verschiedenen Begriffe zueinander handelt, und nicht darum, z.B. Fragestellungen der Rechtsphilosophie aus einer Geschichte der Grundrechte auszuklamern. Es ist zudem durchaus denkbar, daß die für die französische Gesellschaft des Ancien Régime ermittelbaren Grundrechte bzw. Grundrechtsvorstellungen sämtlich in die Kategorie »Menschenrechte« z.B. wegen einer christlich-göttlich-rechtlichen Begründung fallen, aber ein solches mögliches Ergebnis soll nicht dadurch präjudiziert oder umgekehrt ausgeschlossen werden, daß der Grundrechtsbegriff von vorne herein auf den Menschenrechtsbegriff mit den ihm eigenen Merkmalen zugeschnitten wird.

Der Begriff »Freiheitsrechte«, der häufig in der Kombination »Grund- und Freiheitsrechte« gebraucht wird, stellt gemäß der obigen Definition eine inhaltliche Konkretisierung und somit eine spezifische Ausformung des grundsätzlich abstrakt gedachten Begriffes Grundrecht dar. Davon abgesehen liegt seine besondere Bedeutung für die Frage der Grundrechte in der europäischen Gesellschaft auf der Hand und bedarf im Rahmen dieser Skizze keiner Diskussion.

Der Begriff »Grundrecht« wird in der Regel vor allem auch unter dem Blickwinkel des Verhältnisses von Individuum und Staat, dem Schutz des Individuums vor dem Staat gese-

48 Zu den Geltungsmodalitäten vgl. z.B. RYFFEL, Rechtssoziologie (wie Anm. 29) S. 246.

49 Dasselbe gilt, wenn die Ableitung vom göttlichen Recht her geschieht.

50 Vgl. die Präambel der Déclaration von 1789: *Les représentants du peuple français ... considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs; ...*

hen⁵¹. Dies entspricht der Vorstellungswelt von 1789 in Frankreich oder 1848 in Deutschland und muß auch heute noch als zentrales Kriterium gelten angesichts der Tatsache, daß die Mehrzahl der zu beklagenden Menschen- und Grundrechtsverletzungen von Stellen der öffentlichen Gewalt begangen werden. Auf der anderen Seite ist es allerdings unsinnig, dem Individuum durch eine Grundrechtserklärung Rechte gegenüber und Schutz vor dem Staat verschaffen zu wollen, wenn nicht dieselben Rechte auch für die Beziehungen der Individuen untereinander, kurz in der Gesellschaft faktisch gelten. Eine solchermaßen geklärte Beziehung wird häufig implizit vorausgesetzt; in der Déclaration von 1789 wird sie in gewissem Sinn thematisiert, wenn es z. B. in Art. 1 heißt: *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*, oder in Art. 4: *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui; ainsi l'existence des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits...* Das Problem, welches Beziehungsfeld im Vordergrund steht, ist jedoch nur ein ›Scheinproblem‹, denn wenn die Grundrechte zu den Grundlagen einer Rechtsordnung zählen – und es ist nur logisch, daß darin allgemeine Übereinstimmung besteht –, dann gelten sie für jedes denkbare rechtliche Beziehungsfeld in Staat und Gesellschaft. Dennoch bedarf das Verhältnis Individuum – Staatsgewalt besonderer Beachtung, weil es die geschichtlich bedeutsame Frage nach der Rolle mediater Herrschaftsgewalten einschließt. Hier liegt zweifellos einer der Punkte, wo sich eine Sozialgeschichte der Grundrechte in Frankreich deutlich von einer solchen für Deutschland z. B. unterscheiden wird. In Frankreich gibt es spätestens vom 16. Jahrhundert an kaum noch mediate Herrschaftsgewalten zwischen König und *sujets*, die diesen Namen verdienten, während sie in Deutschland lebendige Realität bleiben. Dieser Problematik wird jedoch, wie immer sie sich im Einzelfall ausgestalten mag, durch die Bestimmung eines dynamischen Orientierungsrahmens wie der Rechtskultur einer Gesellschaft Rechnung getragen.

Der konkrete Inhalt der Grundrechte ist abhängig vom Wandel der Rechtskultur im allgemeinen und von den Einflüssen, die diesen Wandel bewirken. Unter diesen Voraussetzungen ist es möglich, innerhalb einer Geschichte der Grundrechte zwei Perspektiven zu verfolgen: Die eine wäre die ›klassische‹, die der historischen Genese der Grundrechte, wie sie 1789 formuliert wurden, unter Einbeziehung ideen- wie sozialgeschichtlicher und ggf. anderer Aspekte nachgeht; ihr sind die konkreten Inhalte – beispielsweise Freiheit und Gleichheit – vorgegeben; die andere wäre vielleicht eher als ›soziokulturell‹ zu bezeichnen, indem sie die Grundrechtsfrage als solche – und damit wird der oben aus Gründen der Darstellung nicht ausgeführte Zusammenhang zwischen Rechtskultur und Kultur einer Gesellschaft wiedergewonnen – in den Zusammenhang der Kultur einer gegebenen Gesellschaft stellt; ihr gegenüber besteht eine ›abstrakte‹ Vorgabe, die der Wertigkeitsstufe ›Grundrecht‹, nicht aber eine konkrete inhaltliche Vorgabe, auch wenn es letzten Endes um inhaltlich spezifizierbare Grundrechte geht. Beide Perspektiven, hier jetzt einmal im Sinne von Grundlinien praktischen Handelns gedacht, vermengen sich im Ancien Régime, d. h. sie sind nur aus methodischen Gründen trennbar: Die Elemente der Kontinuität in der Geschichte der europäischen Gesellschaft, wie es der erweiterte Ancien-Régime-Begriff (ca. 11./12. Jahrhundert–1789) ausdrückt, sind so zahlreich, daß präsumptiv kaum von einer allzu großen Gegensätzlichkeit der Perspektiven ausgegangen werden kann. Ihre gemeinsame Analyse dürfte es ermöglichen, die Grundrechtsproblematik für das Ancien Régime möglichst umfassend in den Griff zu bekommen, um so für den eingangs erwähnten ›Erkenntnisprozeß‹ einen konkreten Beitrag zu leisten.

51 Vgl. z. B. G. KLEINHEYER, Art. ›Grundrechte‹, in: O. BRUNNER/W. CONZE/R. KOSELLECK (Hg.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Band 2, Stuttgart 1975, S. 1047–1082, und F. ERMACORA, *Menschenrechte in der sich wandelnden Welt* (wie Anm. 11), Band 1, Einführung und einleitender historischer Teil, passim.