

Die Veröffentlichung des Werkes

„Gesetz und Verordnung in Frankreich seit 1789“

erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 55

**Gesetz und Verordnung
in Frankreich seit 1789**

Von

Dr. Christian A. L. Rasenack



Christian A. L. Rasenack / Gesetz und Verordnung in Frankreich seit 1789

AC
23042

DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CHRISTIAN A. L. RASENACK

Gesetz und Verordnung in Frankreich seit 1789

K

AC 23042

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 55

Gesetz und Verordnung
in Frankreich seit 1789

Von

Dr. Christian A. L. Rasenack



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN



Vorwort

Es gibt Begriffe, die den Anforderungen der Vernunft so sehr zu entsprechen scheinen, daß der menschliche Geist ihnen, anstatt sich durch sie verführen zu lassen, nur mit dem größten Mißtrauen begegnen sollte. Leider aber werden derartige Begriffe in einem illusionären Wunschenken nur zu häufig ohne jede Kritik aufgegriffen und ohne genaue Analyse von Autor zu Autor weitergegeben. Die Folge ist, daß sie, die sie nur Objekt des Denkens sein sollten, zuweilen dieses Denken selbst beeinflussen.

Verfolgt man die Entwicklungsgeschichte der Begriffe „Gesetz“ und „Verordnung“ im französischen Recht, vermag man sich des Eindrucks nicht zu erwehren, daß der soeben beschriebene Prozeß besonders stark am Werk gewesen ist. Denn wenn wir uns die anfängliche unbedingte Abhängigkeit der beiden Begriffe von der Idee der „règle de droit“ vergegenwärtigen, so wird deutlich, daß Gesetz und Verordnung notwendig und nur unter dem Blickwinkel der Herrschaft des Rechtes betrachtet werden konnten. Daß das Gesetz etwa keine „règle de droit“ und damit deren sämtliche Bestandteile zu enthalten vermochte, die von der Verordnung allenfalls näher zu definieren oder weiter zu detaillieren waren — das erschien als ein Widerspruch in sich, als ein Denkmodell zumindest, dem vorerst niemand nachzugehen bereit war. Doch gerade in dieser Eventualität zeigt sich für unser heutiges Verständnis, daß man ihr hätte nachgehen sollen, denn kaum einer bestreitet noch, daß das Gesetz nicht nur vorgegebenes Recht reproduziert, sondern gerade als Gestaltungsmittel für die Zukunft in Betracht kommt.

Die vorliegende Schrift will somit einen Beitrag zur Entwicklungsgeschichte juristischer Begriffe leisten. Als solche ist sie auch für den deutschen Leser von Interesse, und zwar um so mehr, wenn er sich vor Augen hält, daß in Deutschland zur Blütezeit des staatsrechtlichen Positivismus in ganz ähnlicher Weise wie in Frankreich Begriffe und Unterscheidungen entstanden waren, die sich durch ungeprüfte Weitergabe in Rechtslehre und Praxis immer weiter von der Rechtswirklichkeit entfernt hatten. Die zahlreichen Parallelen in der Ideengeschichte dieser beiden Begriffe des allgemeinen Staatsrechts dürften dabei das allgemeine Interesse nur noch verstärken.

Hervorgegangen ist die Untersuchung aus einem Manuskript, das der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster

als Dissertation vorgelegen hat. Sie wurde in ihren wesentlichen Teilen im Frühjahr 1966 fertiggestellt; jedoch konnte in der Zwischenzeit neben einer allgemeinen Durchsicht noch einiges Schrifttum nachgetragen werden.

Aufrichtig zu danken habe ich in erster Linie meinem sehr verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Hans J. Wolff, Münster, der meine ersten wissenschaftlichen Bemühungen mit großem Interesse und persönlichem Rat helfend gefördert hat. Zu Dank verpflichtet bin ich auch Herrn Professor Dr. Dr. E. W. Böckenförde, Heidelberg, dem ich einige wertvolle Anregungen für die Überarbeitung des zweiten Teiles meiner Arbeit verdanke. Nicht zuletzt habe ich sodann Herrn Ministerialrat a. D. Dr. Broermann meinen Dank auszusprechen, der die vorliegende Abhandlung mit freundlichem Entgegenkommen in sein Verlagsprogramm aufgenommen hat.

Ich widme diese Schrift meinen Eltern.

Bochum, im Mai 1967.

Christian A. L. Rasenack

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
I. Umfang des Themas	15
II. Methode	16
III. Rechtsvergleichung	18
Erster Teil	
Die Entwicklung bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts	19
1. Kapitel	
Die Anschauungen der Revolutionszeit zu Recht, Gesetz und Verordnung	19
I. Die ideologischen Voraussetzungen	21
1. Montesquieu	21
2. Rousseau	23
3. Vergleich zwischen beiden	27
4. Fortführung dieser Vorbilder im revolutionären Gesetzesbegriff	28
II. Rechts-, Gesetzes- und Verordnungsbegriff im einzelnen	30
1. Das Recht	30
2. Das Gesetz	32
3. Die Verordnung	37
III. Kritik	40
2. Kapitel	
Die „Rédacteurs du Code Civil“, die Lehre der „Ecole de l'Exégèse“ und die weitere Entwicklung des Problems im 19. Jahrhundert	43
I. Portalis. Eine pragmatische Verwendung der Lehren der Revolutionszeit	43
II. Die Schule der Exegeten. Die Identifizierung von Gesetz und Recht	45
III. Der Liberalismus. Das Gesetz und die Begriffe „Allgemeinheit“ und „Freiheit“	48
1. Benjamin Constant	48
2. Pierre Joseph Proudhon	50

IV. Die weitere Entwicklung. Vorschau auf die zukünftigen Angriffe gegen das Gesetz als bevorzugten Träger des Rechts	51
1. Die historische Rechtsschule	52
2. Die „Renaissance“ des Naturrechts	53
3. Die soziologischen Strömungen	55
4. Die Freirechtsschule. F. Gény	56
V. Übersicht über die nachrevolutionäre Entwicklung des Verordnungsbegriffs	58
1. Das 1. Kaiserreich	58
2. Die Restauration	60
3. Die 2. Republik	61
4. Das 2. Kaiserreich	62

Zweiter Teil

Die Entwicklung der Begriffe Recht, Gesetz und Verordnung zur Zeit der 3. französischen Republik an Hand von Einzelbeispielen in der Staatsrechtstheorie

65

3. Kapitel

Die verfassungsrechtlichen Grundlagen

65

I. Die Organisation der Gewalten	67
1. Das Parlament	67
2. Die Regierung	68
II. Verfassung und Verfassungswirklichkeit. Der „parlamentarisme absolu“	70

4. Kapitel

Théophile Auguste Gabriel Ducrocq

74

I. Der Rechtsbegriff. Eine erste Ausprägung des Rechtspositivismus ..	75
II. Gesetz und Verordnung. Die Bedeutung der Gewaltengliederung ..	76
III. Kritik	77

5. Kapitel

Jean-Paul Hypolyte Emmanuel (gen. Adhémar) Esmein

79

I. Der Rechtsbegriff. Die Entwicklung des Begriffs der individuellen Freiheit. Naturrecht und Gesellschaftsvertrag. Grundrechte	79
II. Der Gesetzesbegriff. Allgemeinheit und Dauer des Gesetzes zum Schutze der bürgerlichen Freiheiten. Das Repräsentationsprinzip und das Zweikammersystem	81

III. Der Verordnungsbegriff. Zwangs- und Befehlsgewalt der Exekutive. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und allg. Kontrolle der Exekutive. Der Begriff der „exécution“. Die Gewaltengliederung	84
IV. Kritik	87

6. Kapitel

Félix Moreau

89

I. Die Lehre von der Verordnung und das Gesetz	89
1. Die Ähnlichkeit zwischen dem Gesetz und der Verordnung	90
2. Das Verhältnis zwischen Gesetz und Verordnung	93
a) Die „inégalité hiérarchique“ der Organe	93
b) Die Ordnungsgebung als subsidiäre Gesetzgebung	94
c) Der Spezialvorbehalt	94
d) Die Möglichkeit der Delegation	95
II. Kritik	96

7. Kapitel

Léon Duguit

98

I. Der Rechtsbegriff. Die menschliche Handlung. Die Gesellschaft und die „solidarité sociale“. Ursprung und Inhalt der „règle de conduite“. Der Qualitätswechsel von der „règle de conduite“ zur „règle de droit“. Die Problematik der auf dem „fait social“ aufbauenden „règle de droit“. Die „Objektivität“ des Duguitschen Rechtsbegriffs	100
II. Der Gesetzesbegriff. Das Gesetz als Feststellung des vorgegebenen Rechts. Die Allgemeinheit des Gesetzes. Das gesellschaftliche Interesse am aufgefundenen Gesetzesbegriff. Gesetzesbegriff und Verfassung. Das Gesetz als verbindliche Rechtsregel und als bloßes „Dokument“	106
III. Der Verordnungsbegriff. Die Verordnung als materielles Gesetz. Die Gewaltengliederung in Vergangenheit und Gegenwart. Die Durchbrechungen der überkommenen Gewaltengliederung:	110
1. Die Kolonialverordnungen	113
2. Die „règlements autonomes“	113
3. Die Ausführungsverordnungen	114
4. Die Verordnungen auf Grund von Ermächtigungsgesetzen	114
IV. Kritik	116

8. Kapitel

Maurice Jean-Claude Eugène Hauriou

119

I. Der Rechtsbegriff. Die Zurückweisung des herrschenden frz. und des herrschenden dtsh. Rechtsbegriffs — der Gedanke der Institution. Das Phänomen der Verrechtlichung bestehender „états de fait“. Die	
--	--

Institution als Rechtsquelle. Die legitimierende Wirkung der „Zustimmung“. Die Beschränkung der Herrschaft. Die Komplexität des aufgefundenen Rechtsbegriffs	120
II. Der Gesetzesbegriff	124
1. Formelle Begriffsmerkmale	124
2. Materielle Begriffsmerkmale	125
III. Der Verordnungsbegriff	128
1. Die formelle Seite	129
2. Die materielle Seite	131
3. Das Verhältnis zwischen Gesetz und Verordnung. Die einzelnen Verordnungsarten	133
IV. Kritik	135

9. Kapitel

Gaston Jèze

I. Der Rechtsbegriff „droit positif“ und „droit idéal“. Die Entwicklung des „droit idéal“ zum „droit positif“	137
II. Gesetz und Verordnung	139
III. Kritik	141

10. Kapitel

Roger Bonnard

I. Der Rechtsbegriff. Die Zulassung individueller Rechtssätze. Die „idée de valeur“. Das „jugement de valeur“ (als Folge intransitiver Werte und/oder als Willensentschluß). Rechtsnorm und Moral. Der Voluntarismus bei Bonnard	143
II. Gesetz und Verordnung. Die Staatsfunktionenteilung als Ausgangspunkt. Die Ausnahmen. Die „matières réglementaires“	148
III. Kritik	150

11. Kapitel

Raymond Carré de Malberg

I. Der Rechtsbegriff. Das Vordringen des Rechtspositivismus (reine Rechtslehre). Die Beschränkung der Staatsgewalt durch sog. „Autolimitation“ und außerjuristische Maßstäbe	152
II. Der Gesetzesbegriff	156
1. Die Auseinandersetzung mit den bestehenden Gesetzesbegriffen	157
a) Die Lehren, die auf dem Axiom der „Allgemeinheit“ beruhen	157
b) Die Lehren, die von einem „Rechtssatzbegriff“ ausgehen	160
c) Die Lehren, die formelle Kriterien zugrunde legen	160

2. Die Begründung eines „neuen“ Gesetzesbegriffs. Bestimmung der Position des Gesetzgebers an Hand der Verfassung. Die besondere „Rechtskraft“ des modernen Gesetzesbegriffs. Die Veränderung der Gewaltengliederung	162
III. Der Verordnungsbegriff	165
1. Die Verordnungen als Akte der Exekutive	166
2. Der Begriff der Gesetzausführung: „autorisation législative“ und Unbegrenztheit der „domaine du règlement“. Das Problem des „bloc légal“ als Hinderungsgrund für den Erlaß von Verordnungen. Die „délégalisation“	168
IV. Zusammenfassung und Kritik	173

12. Kapitel

Henry Berthélémy und Marcel Paul Charles Marie de la Bigne de Villeneuve

I. Der Rechtsbegriff. Wiederaufgreifen naturrechtlicher Vorstellungen	176
II. Gesetz und Verordnung	177
III. Kritik	178

13. Kapitel

Marcel Waline

I. Der Rechtsbegriff. Die Abwägung zwischen sog. „apriorischen“ u. sog. „voluntaristischen“ Systemen	179
II. Der Gesetzesbegriff: Wiederholung der „définition potentielle“ Carré de Malbergs	181
III. Das Verhältnis zwischen Gesetz und Verordnung — Parlamentswille und Verwaltungswille	182
1. „règlements de police“ und „règlements des services publics“	183
2. „décrets-lois“	184
3. „règlements ordinaires“ und „règlements d'administration publique“	185
IV. Kritik	186

14. Kapitel

↳ Georges Burdeau

I. Der Rechtsbegriff	189
1. Die „idée de droit“	190
2. Die „règle de droit“	192
II. Gesetz und Verordnung. Das Verhältnis Recht/Gesetz. Recht und Gesetz als „Maßnahmerecht“. Das Gesetz als „procédé de gouvernement“. Staatsfunktionenteilung vom Objekt her. Das Verhältnis Gesetz/Verordnung	193
III. Kritik und Ausblick	201

Dritter Teil

Die Entwicklung nach dem 2. Weltkrieg

15. Kapitel

Gesetz und Verordnung in Praxis und Lehre während
der 4. französischen Republik 203

I. Der Gesetzesbegriff und sein Zerfall in unterschiedliche Gesetzes- spielarten	203
1. Das „loi d'habilitation“	205
a) Das eigentliche Ermächtigungsgesetz	205
b) Das Gesetz vom 17. 8. 1948	209
2. Das „loi cadre“	210
3. Das „décret-loi“ i. e. S.	213
4. Das Wesen der sog. „domaine de l'intervention législative“	214
II. Der Verordnungsbegriff	215
1. Begriff	215
2. Die „domaine réglementaire“ und die einzelnen Verordnungsarten	216
a) Die „règlements d'application“	216
b) Die „règlements d'administration publique“	217
c) Die „décrets-lois“	220
d) Die „règlements autonomes“	225
3. Zusammenfassende Betrachtungen zur „domaine réglementaire“. Der Abschied vom Vorrang des Gesetzes	226
4. Die Inhaber der Verordnungsgewalt	228
5. Die jurisdiktionelle Überprüfung der Verordnung	230
III. Rückblick und Ausblick	232

16. Kapitel

„Les principes généraux du droit“ 234

I. Die Lehre des „Conseil d'Etat“	235
1. bis zum 2. Weltkrieg	235
2. seit dem 2. Weltkrieg	237
II. Die Stellungnahme der Rechtslehre	238
1. Hauriou	238
2. Letourneur	239
3. Vedel	240
4. Rivero	241
III. Zusammenfassung	242

17. Kapitel

Gesetz und Verordnung sowie die „principes généraux du droit“
in der Verfassung der 5. französischen Republik 244

I. Der Gesetzesbegriff	245
1. Abschließende Aufzählung der Gesetzesmaterien	246
2. „garanties fondamentales“, „principes fondamentaux“ und „lois de programme“. Eine zusätzliche Beschränkung des Gesetzgebers	247
3. Weitere Beschränkungen des Gesetzgebers	249
a) Die verfassungsmäßige Zulassung der Delegation in der Form der „autorisation“	250
b) Die Einführung des Volksentscheides auf Legislativmaterien ..	251
c) Besondere, den gesetzgeberischen Willen in seiner Entfaltung einschränkende Verfahren der Gesetzgebung	252
4. Die umstrittene Möglichkeit der Erweiterung des gesetzgeber- ischen Kompetenzkataloges	253
II. Der Verordnungsbegriff	254
1. Die traditionellen Ausführungsverordnungen	254
2. Die autonomen Verordnungen nach Art. 37 der Verfassung	255
3. Die Ordonnances nach Art. 38 der Verfassung (gesetzvertretende Verordnungen)	259
4. Weitere gesetzvertretende Verordnungen	261
5. Die Kontrolle über die Einhaltung der respektiven Gebiete von Gesetz und Verordnung	261
III. Die „principes généraux du droit“	264
IV. Zusammenfassung	265
* Schlußbemerkungen	267
I. Anfänge der Entwicklung	267
II. Übergänge	269
III. Resultate	273
IV. Erkenntnisse	274
Literaturverzeichnis	277

Abkürzungsverzeichnis

AA.	= Anderer Ansicht oder am Anfang
aaO.	= am angegebenen Ort
a. E.	= am Ende
Anm. oder A.	= Anmerkung
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
CE oder C. E.	= Conseil d'Etat
chap.	= Chapitre
chr.	= chronique
Cons. Const.	= Conseil Constitutionnel
D.	= Recueil Dalloz (D.P.: Recueil périodique Dalloz; D.A.: Recueil analytique; D.H.: Recueil hebdomadaire)
dtsch.	= deutsch
EDCE	= Etudes et documents du Conseil d'Etat
frz.	= französisch
GG	= Bonner Grundgesetz
ggf.	= gegebenenfalls
h. M.	= herrschende Meinung
i. e. S.	= im engeren Sinn
i. w. S.	= im weiteren Sinn
J. C. P.	= Juris-Classeur permanent (périodique) = Semaine juridique
J. O.	= Journal officiel
liv.	= livre
lég.	= législation
Rec.	= Recueil Lebon (C. E.)
Rev. adm.	= Revue administrative
RDP	= Revue du droit public et de la science politique
RPDA	= Revue pratique de droit administratif
RV	= Reichsverfassung (+ Jahreszahl)
S.	= Recueil Sirey
sect.	= section
std. Rspr.	= ständige Rechtsprechung
T. C.	= Tribunal des conflits
tit.	= titre
vgl.	= vergleiche
z. B.	= zum Beispiel

Einleitung

I. Umfang des Themas

Recht, Gesetz und Verordnung sind genügend wichtige Begriffe für den Laien wie für den Juristen, daß man meinen möchte, eine Begründung für die Beschäftigung mit diesem Thema könne sich erübrigen. Gleichwohl muß eine solche gegeben werden, weil es in der vorliegenden Abhandlung vornehmlich um eine Begriffserklärung für das französische Recht geht.

Nun könnte angenommen werden, das Aneinanderrücken einiger westeuropäischer Staaten in den sog. europäischen Gemeinschaften liefere das legitime Interesse, sich der Klärung rechtlicher Begriffe bei einem unserer Nachbarstaaten anzunehmen. Tatsächlich sollen die vorliegenden Ausführungen in dieser Richtung einen Beitrag leisten. Das ist jedoch nicht die einzige Aufgabe, der sich der Verfasser unterziehen will. Es soll vielmehr im folgenden in Fortführung des wiedererwachten wissenschaftlichen Interesses gegenüber der Begriffswandlung von rechtlichen Begriffen auch auf die ideengeschichtliche Entwicklung der uns beschäftigenden Begriffe Bedacht genommen werden.

Im Deutschland des ausgehenden 19. Jahrhunderts, ja noch des beginnenden 20. Jahrhunderts hatte sich unter der Herrschaft einer juristisch-formalen Methode im Verein mit einem staatsrechtlichen Positivismus die Auffassung durchgesetzt, daß es möglich sein müsse, für alle Zeiten oder doch wenigstens sehr lange Zeiträume unveränderlich gültige rechtstechnische Begriffe zu bilden, wie beispielsweise den des Gesetzes in der Form des doppelten (materiellen und formellen) Gesetzesbegriffes, wozu der Hilfsbegriff des Rechtssatzes geschaffen wurde. Man hatte angenommen, daß diese Definitionen unabhängig von einer bestimmten verfassungsrechtlichen, vor allem aber auch gesellschaftlichen Situation Bestand haben könnten. Wäre diese Auffassung richtig gewesen, würde das bedeutet haben, daß die eingeführten und benutzten Begriffe auch außerhalb Deutschlands hätten Gültigkeit besitzen müssen. In der Tat ist das z. B. auch von G. *Jellinek* behauptet worden. Im folgenden ist jedoch alsbald zu erkennen, daß davon nichts richtig gewesen ist. In Frankreich ist z. B. niemals der Versuch unternommen worden, das Gesetz mit Hilfe eines Rechtssatzbegriffes, wie er in Deutschland definiert wurde, zu be-

grenzen oder einzuschränken. Zwar klingen zuweilen Inhaltsbestimmungen für den Begriff des Gesetzes an, die mit dem deutschen Rechtsatzbegriff übereinzustimmen scheinen, so wenn von den sog. „matières réservées au législateur“ gehandelt wird. Es darf aber nicht außer acht gelassen werden, daß diesen „matières réservées au législateur“ ein Gesetzesbegriff beigeordnet war, der seinerseits auf dem Begriff der „volonté générale“ fußte. Würde sich ein solcher Gesetzesbegriff einschränken lassen? Wir werden den Nachweis führen, daß dies nicht der Fall gewesen ist.

Daß gerade die drei Begriffe Recht, Gesetz und Verordnung zur Behandlung anstehen, ist dadurch veranlaßt, daß die gleichzeitige Abhandlung des Gesetzes mit dem Rechtsbegriff einer Eigenart der französischen Rechtslehre überhaupt entspricht. Der moderne französische Gesetzesbegriff ist in viel weiterem Umfang als der entsprechende deutsche Begriff in enger Beziehung zum geltenden Rechtsbegriff entwickelt worden. Für einen gewissen Zeitraum wird sich sogar eine Identifizierung von Recht und Gesetz nachweisen lassen, wobei ähnlich den wissenschaftlichen Bemühungen um einen Rechtsatzbegriff in Deutschland lange Zeit angenommen worden ist, mit dem aufgefundenen Rechts-(Gesetzes) Begriff sei ein für alle Zeiten gültiger rechtstechnischer und inhaltlicher Begriff geschaffen worden.

Der Verordnungsbegriff aber mußte in das Thema einbezogen werden, um an Hand der zahlreichen Wechselbeziehungen zwischen Gesetz und Verordnung das Vorrang- und Vorbehaltsproblem besser in den Griff zu bekommen, wobei die Stellung des Verordnungsgebers vielfach stellvertretend für die Position der Exekutive genommen werden konnte. An sich hätte es deswegen sogar nahegelegen, die ganze sog. Hierarchie der Normen als die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung darzustellen. Dem ist der Verfasser nur aus dem Wege gegangen, um eine vernünftige Begrenzung des Themas zu gewährleisten. Auf die Verordnung ist aber das thematische Interesse auch deswegen gefallen, weil sie nicht nur in Deutschland, sondern in vergleichsweise größerem Umfang noch in Frankreich und das wiederum hauptsächlich in der jüngsten Gegenwart fast zur wichtigsten Spielart aller staatlichen Anordnungen aufgestiegen ist. Da dieses Problem zugleich eine Frage der geltenden „séparation des pouvoirs“ ist, mußte auch dieses Thema jeweils an gegebener Stelle einbezogen werden.

II. Methode

Aus dem Bestreben, dem Umfang der vorliegenden Schrift Grenzen zu setzen, wird an keiner Stelle der Abhandlungen ein Anspruch auf Vollständigkeit der behandelten Problematik erhoben. Diese Selbst-

beschränkung äußert sich einerseits in der Auswahl der dargestellten Autoren, andererseits aber auch in dem Umstand, daß nur die Systeme von Lehrern des öffentlichen Rechtes dargestellt worden sind. Insbesondere hinsichtlich des Rechtsbegriffes mag diese Beschränkung als ein Mangel erscheinen, weil Überlegungen zum Wesen und Inhalt des Rechtes selbstverständlich auch auf anderen Rechtsgebieten angestellt worden sind. Der Verfasser war jedoch der Meinung, daß bei einer derartigen weitgespannten Auffassung vom Thema die Notwendigkeit entstanden wäre, rechtsphilosophische Probleme zu sehr zu berücksichtigen.

Der Begriff des Rechtes ist daher immer nur unter dem Blickwinkel untersucht worden, der für den Begriff des Gesetzes entscheidend wird. Diese Grenze wurde nur scheinbar überschritten, wenn bei Autoren wie Hauriou, *Duguít* und *Burdeau* der Entwicklung des jeweiligen Rechtsbegriffes ein besonders breiter Raum gewidmet worden ist. Ein solches Vorgehen war jedoch nötig, um darlegen zu können, wie sehr veränderte Gesetzesinhalte häufig Folge veränderter Begründungen und neuer Inhalte des Rechtsbegriffes selbst gewesen sind. Es muß z. B. einleuchten, daß ein im Soziologischen begründetes Recht andere Gesetzesbegriffe hervorzubringen in der Lage ist, als ein auf das Naturrecht oder sonstige Wertvorstellungen bezogenes Recht. Auch die Erkenntnis, daß der in Frankreich wie in Deutschland gebräuchliche Begriff des Maßnahmegesetzes erst mit einer veränderten Auffassung vom Recht entstehen konnte, dürfte von Wert sein und konnte darum bei dieser Gelegenheit erörtert werden.

Ein Wort ist schließlich noch darüber zu verlieren, warum im Verlaufe der Darstellung zwischen den geschlossenen Systemen bestimmter Schriftsteller und der Aufzeichnung von Systemen ohne Ansehung eines bestimmten Autors abgewechselt worden ist. In dieser Beziehung ergab sich die zusammenfassende Darstellung des ersten Teiles aus dem Umstand, daß durch die Revolution von 1789 eine allgemeine Übereinstimmung hinsichtlich aller hier abzuhandelnden Fragen entstanden war. Die einschlägigen Probleme schienen einer allgemein gültigen Lösung zugeführt zu sein. Die entscheidenden Fragen stellte man daher auf längere Zeit nicht mehr zur Debatte.

Im Verlaufe des zweiten Teiles der Abhandlung kam es demgegenüber darauf an, dem Leser an Hand von beispielhaften Darstellungen die Erkenntnis zu vermitteln, wie die anfängliche Übereinstimmung der Wissenschaft hinsichtlich der drei hier zu behandelnden Begriffe zerbrochen ist. Es entstanden diejenigen zahlreichen Versuche, mit deren Hilfe die Geschlossenheit des überlieferten revolutionären Modells zwar aufrechterhalten, dann aber neu begründet, oder aber grundsätzlich abgelöst werden sollte. Dafür bot es sich an, insoweit die Darstellung nach den abgehandelten Autoren zu gliedern.

Wenn im dritten Teil der Arbeit schließlich zur anfänglichen Methodik zurückgekehrt wurde, so lag das nicht an einer wiedergefundenen Übereinstimmung von Wissenschaft und Praxis hinsichtlich der hier interessierenden Fragen. Vielmehr ist in Frankreich wie in Deutschland das Verlangen nach einer Lösung dieser Problemkreise innerhalb abgeschlossener Systeme verlorengegangen. Die rationallogische Methode und ihre Ergebnisse sind endgültig einer mehr empirischen, zweckgerichteten Betrachtungsweise gewichen. Eine zusammenfassende Darstellung erschien aus diesem Grunde angebracht.

III. Rechtsvergleichung

Die vorliegende Abhandlung mußte unter dem Gesichtspunkt der Behandlung außerdeutschen Rechtes zugleich in gewisser Hinsicht eine rechtsvergleichende Arbeit sein, wenn auch das Gewicht auf die Abhandlung der französischen Begriffe gelegt worden ist.

Die Methode der Rechtsvergleichung besteht bekanntlich nicht allein in der Darstellung fremder Rechtssysteme oder ihrer Institutionen, die dem eigenen bekannten beziehungslos gegenübergestellt werden könnten. Es müssen vielmehr den dargestellten Systemen neue Gesichtspunkte abgewonnen und möglicherweise aus gemeinsamen Ursprüngen neue Oberbegriffe gebildet werden. Hierin liegt eine nicht zu übersehende Schwierigkeit: Das fremde System ist einerseits innerhalb seines Rahmens und mit seinen Begriffen darzustellen. Andererseits muß es einem Leser verständlich bleiben, weswegen bei der Übersetzung nach Möglichkeit allgemein bekannte Begriffe zu verwenden sind. Bei einem solchen Verfahren besteht die Gefahr, daß es entweder zu Mißdeutungen, wenn nicht gar zu Verfälschungen kommt. Der Verfasser hat diesen Möglichkeiten dadurch entgegenzuwirken versucht, daß in Zweifelsfällen die Begriffe zweisprachig wiedergegeben wurden. Dann wurde aber immer der Versuch unternommen, abweichende oder doch nur scheinbar übereinstimmende Begriffe historisch-ideengeschichtlich voneinander abzugrenzen.

Insgesamt liegt indessen der Schwerpunkt der Abhandlung in der Darstellung der Bedeutungen, die das französische Recht den Begriffen Recht, Gesetz und Verordnung gegeben hat. Die deutschen Entsprechungen wurden daher nur vermerkt, wenn sich wesentliche Abweichungen ergaben.

Erster Teil

Die Entwicklung bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts

1. Kapitel

Die Anschauungen der Revolutionszeit zu Recht, Gesetz und Verordnung

Recht, Gesetz und Verordnung — wir werden nicht zögern die drei Begriffe in dieser Reihenfolge zu nennen. Es kommen uns heute auch keine Bedenken, die genannten Begriffe in der genannten Reihenfolge und nur in dieser einer Untersuchung zuzuführen. Dieser Umstand findet darin seine Ursache, daß in unseren heutigen Betrachtungen jedem der drei Begriffe von vornherein ein bestimmter Wert zukommt, von dem die Beziehung der Begriffe untereinander abhängt.

Gleichwohl hat es in der Ideengeschichte dieser drei Begriffe eine Epoche gegeben, für die eine Trennung von Recht, Gesetz und Verordnung im heute geläufigen Sinn noch keine Selbstverständlichkeit gewesen ist. Gemeint ist die Zeitspanne der Französischen Revolution von 1789 über die Restauration des Königtums bis zu den zwei oder drei Jahrzehnten vor Beendigung des 19. Jahrhunderts.

Während dieses Zeitraumes bestand noch keineswegs das Bedürfnis, Recht und Gesetz für Begriffe zweier verschiedener Ebenen zu nehmen. Gesetz und Recht wurden vielmehr miteinander identifiziert. Auch das Verhältnis von Gesetz und Verordnung war noch weitgehend ungeklärt.

Um für diese Situation ein erstes Verständnis zu gewinnen, ist es nötig, sich ein kurzes Bild von den ideologischen Strömungen dieser Jahre zu machen. Wir werden dann ohne weiteres erkennen, welches die inneren Ursachen für die fortgesetzten Identifikationen von Recht und Gesetz gewesen sind, und warum es Schwierigkeiten für Ideologie und Dogmatik machte, das Verhältnis von Gesetz und Verordnung weniger dogmatisch richtig als empirisch praktikabel zu sehen.

Zunächst gilt es, sich zu vergegenwärtigen, daß die Revolution zu einer Zeit begann, in der das „siècle de la lumière“ noch hoch im Zenith stand. Ein wie auch immer beschaffener Rechtsbegriff mußte daher in

irgendeiner Weise ein naturrechtlicher sein. Die Natur der Dinge war Orientierungspunkt, die Vernunft das Orientierungsmittel. Waren Endziel und Methode aller gedanklichen Anstrengungen Diktate der Vernunft und, soweit sie zu regelnde Probleme der zusammenlebenden Gemeinschaft betrafen, vorgegebene Anwendungsfälle des natürlichen Rechts, so konnte man offenbar davon ausgehen, daß die Ergebnisse dieser Überlegungen auch nichts anderes waren als dieses Recht selbst. Sollte man diese Ergebnisse nun auch Gesetze nennen, so änderte sich darum doch nichts. (Auch) „... les loix... sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses“.

Wir können festhalten: Zwar diktiert das Recht das Gesetz, aber andererseits kodifiziert erst das Gesetz das Recht. Wird auf die zweite Feststellung das Hauptgewicht gelegt, kommt es zu keiner Rangordnung zwischen Gesetz und Recht; vielmehr liegt Gleichordnung vor. Wird nun von der praktischen Bedeutung des Gesetzes ausgegangen, kann dieser Begriff zum alleinigen Gegenstand des dogmatischen Interesses werden.

Aber zu der Euphorie, mit der um deswillen schon ein Gesetzesbegriff als Kristallisationspunkt für alle weiteren, hieran anknüpfenden staatsrechtlichen Begriffe begrüßt werden konnte, kam ein hervorragendes politisches Moment: Der Begriff des Gesetzes erwarb mit der Zeit eine ungemein wirksame politische Komponente, die sich in heftiger Reaktion gegen das „ancien régime“ des alten Frankreichs einsetzen ließ. Frankreich, wenn es nach außen auch weit geschlossener erschien als beispielsweise sein östlicher Nachbar Deutschland, war doch noch keinesfalls ein geschlossenes Ganzes geworden. Das fand nicht nur soziologisch in einer herkömmlich ständisch trennenden Verfassung seinen Ausdruck. Auch rechtlich herrschte die größte Rechtszersplitterung: Die Zahl der Rechtsquellen war relativ groß.

Im Begriff des einigenden Gesetzes war nun die Lösung des beunruhigenden Problems gefunden worden, wie die zur Dissoziation neigende Vielzahl der Rechtsquellen durch eine Rechtsquelle ersetzt werden könnte, die allein das für alle verbindliche Recht festlegen würde. Wiederum mußte das zu einer Aufnahme und Repräsentation allen Rechtes durch das Gesetz führen². Verstärkt wurde diese Tendenz zuletzt noch durch das eigentlich revolutionäre Moment in dem neuen Gesetzesbegriff, wobei in diesem Zusammenhang an die Schutzfunktion des freiheitlichen und gleichmachenden Gesetzes gegenüber staatlichem Zugriff zu denken ist. Es leuchtet ein, daß diese Funktion des Gesetzes vornehmlich ihm selbst einen Prestigegewinn verschaffen würde. Mochte

¹ So Montesquieu, De l'Esprit des Loix, liv. I, chap. I (Bd. I S. 19).

² Ähnlich Burdeau, Essai, S. 18.

auch die schützende Funktion des Gesetzes wiederum nur als ein Gebot des hinter dem Gesetz stehenden Naturrechtes angesehen werden³, so konnte doch andererseits in der Praxis erst das Gesetz diejenigen Garantien einführen, die den Bürger vor dem Staat schützen sollten⁴: ein Gesichtspunkt mehr für die damalige Zeit, das Gesetz in den Mittelpunkt der Erwartungen zu stellen.

I. Die ideologischen Voraussetzungen

Doch beschäftigen wir uns nunmehr im einzelnen mit den ideengeschichtlichen Voraussetzungen:

1. Montesquieu

An erster Stelle ist hier Montesquieu zu nennen. Der von ihm zum Ausgangspunkt seiner Entwicklungen gewählte Ansatz ist besonders typisch im Sinne unserer einführenden Erklärungen: Kaum ein Kapitel seines Werkes können wir beenden, ohne daß der Leser des Überdrußes gewahr wird, den Montesquieu empfand, von einer bevormundenden Monarchie auf allen Lebensbereichen durch immer neue und vor allem auch individuelle Gesetze reglementiert zu werden. Als die Ursache einer so gearteten Staatstätigkeit erkannte dieser Autor die Möglichkeit willkürlicher Machtausübung. Deswegen galt es nach einem Rezept zu suchen, das positive Recht, als das potentielle Mittel der staatlichen Einflußnahme, möglichst frei von Ausübungen der Willkür zu halten⁵. Hier bot sich an, um zur Loslösung des Rechtes vom Willen der Herrschenden zu gelangen, den Theorien einer starren Vorgegebenheit des Rechtes zu folgen.

Aber Montesquieu übernahm diese dem Naturrecht seiner Zeit innewohnende Konsequenz nicht nur der Vorgegebenheit, sondern auch der

³ So deutlich Burdeau, Essai, S. 10, aber nicht unbestr., vgl. Batiffol, aaO., S. 58.

⁴ Daß dieses ambitionöse Ziel des Schutzes des Bürgers vor dem Staat letztlich scheitern mußte, kann hier unerörtert bleiben. Wir wissen heute, daß das als Befreiung vom Absolutismus der Monarchie gedachte Modell der Herrschaft des Gesetzes und des Gesetzgebers — jedenfalls bei der Art seiner Organisation — in einen Absolutismus des Parlamentes münden mußte (vgl. dazu Ripert, Déclin, S. 5). Die frz. Revolution hatte nicht begreifen wollen, daß es nicht darauf ankommen könne, die Herrschaft als solche zu verbannen, was eine Unmöglichkeit ist, sondern daß es allein wichtig ist, die Macht im Staate vernünftig zu balancieren, wie es allerdings Montesquieu erkannt hatte.

⁵ Zu dieser Schutzfunktion des Montesquieuschen Gesetzesbegriffes in Verfolgung dieses Zieles vgl. des näheren: Carré de Malberg, La loi, S. 5.

Starrheit in ganz pragmatischer Weise⁶. Natürlich wollte er sein positives Recht und damit seine Gesetze am Naturrecht messen⁷. Aber starr und unabänderlich mußte das Recht um deswillen nicht sein: „... comme je ne traite point des loix, mais de l'esprit des loix, et que cet esprit consiste dans les divers rapports que les loix peuvent avoir avec diverses choses, j'ai dû moins suivre l'ordre naturel des loix, que celui de ces rapports et de ces choses⁸.“ Das Recht und damit die Gesetze können sich also ändern; was bleibt, können wir jedoch mit dem Begriff einer relativen Dauer umschreiben.

Diese muß freilich in jedem Fall gewahrt bleiben, denn anders gibt es keinen Schutz vor staatlicher Willkür. Das ergibt sich nicht zuletzt aber auch aus einer wichtigen mittelbaren Folge des berühmten Montesquieschen Gewaltengliederungsmodells, die sich unschwer aus dem Sinn und Zweck dieser Theorie einer empirischen Balance zwischen den Staatsgewalten⁹ ableiten läßt: Sollen sich nämlich die das Gesetz ausarbeitenden Staatsorgane gegenseitig in ihrer Machtausübung beschränken¹⁰, so liegt es auf der Hand, daß die sich gegenseitig überwachenden und dadurch das Gesetz in hohem Maße willkürfrei hervorbringenden Gesetzgebungsorgane zugleich eine das Gesetz (Recht) konservierende Tendenz entfalten werden.

⁶ Neben dem reinen Rationalismus des Vernunftrechtlers hat nämlich bereits eine empirische Sicht der Dinge Eingang gefunden: Die „raison humaine“ verbindet sich mit einer neuen Methode, der „nature des choses“. Vgl. dazu auch Böckenförde, aaO., S. 33.

⁷ Vgl. Montesquieu, aaO., liv. I, chap. III (Bd. I S. 26): „La loi, en général, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre; et les loix politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers (où s'applique cette raison humaine).“ Ebenso liv. I, chap. I (Bd. I S. 19): „Les loix... sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses.“

⁸ Vgl. liv. I, chap. III (Bd. I S. 27).

⁹ Für Frankreich erstmalig stellte Eisenmann wieder den Gedanken der gegenseitigen Hemmung und Ausbalancierung der Gewalten als das übergeordnete Prinzip bei Montesquieu heraus (L'Esprit des lois, S. 177, 180, 182 ff.). Dieses sieht er in der Forderung nach der Nichtidentität der die verschiedenen Funktionen ausübenden Organe und einer funktionellen und persönlichen rechtlichen Unabhängigkeit der Legislativen und Exekutiven im Verhältnis untereinander verwirklicht. — Eine neuere Darstellung dieses Problems für die dtsh. Literatur gibt: Böckenförde, aaO., S. 30 ff.

¹⁰ Montesquieu, aaO., liv. XI, chap. VI (Bd. II S. 64): „Tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçoient ces trois pouvoirs: celui de faire des loix, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers.“ — Der Ausdruck „séparation des pouvoirs“ ist von Montesquieu selbst niemals gebraucht worden. Eisenmann (L'Esprit des lois, S. 191, 192) lehnt deswegen die Verwendung dieses Begriffes als falsch und irreführend ab. Vgl. auch Chevallier, aaO., S. 120. Ähnlich in der deutschen Literatur: H. J. Wolff, VerwR I, § 16 I, S. 60, 61.

Gesetz ist daher für Montesquieu eine sachgemäße Regel der Vernunft, die von gewisser Dauer sein soll und nach Möglichkeit keine Einzelanordnungen¹¹ zum Gegenstand hat. Auf die Festlegung des Gesetzes in einem bestimmten Verfahren durch ein bestimmtes Organ kommt es dabei weniger an. Wichtig ist allein, daß das Gesetz das Recht möglichst vollkommen in sich aufnimmt. Das gelingt, indem die das Gesetz erarbeitenden Organe durch einen Mechanismus dauernder gegenseitiger Kontrolle daran gehindert werden, ihre „voluntas“ an die Stelle einer sachbezogenen Erkenntnis der Natur der Dinge zu setzen¹².

2. Rousseau

Bei gleichem Ausgangspunkt war demgegenüber in Rousseaus Lehre die Vorstellung von der „volonté générale“ das Kernstück. Weit weniger Ergebnis eines geschichtlichen, sich der Beobachtung der Wirklichkeit hingebenden Denkens ist diese Theorie die Frucht eines abstrakt analysierenden Geistes gewesen. Die Darlegung dieser Lehre wird das sogleich deutlich machen.

Unter „volonté générale“ stellte sich Rousseau, von einer Theorie der Volkssouveränität ausgehend und gesellschaftsvertraglichem Denken folgend, die Willensäußerung¹³ der Gesamtheit aller vor.

¹¹ Insoweit ist aber auf die folgende Stelle bei Montesquieu, aaO., liv. XI, chap. VI (Bd. II S. 72) hinzuweisen: „Il pourroit arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, seroit en de certains cas trop rigoureuse. Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. C'est donc la partie du corps législatif, que nous venons de dire être, dans une autre occasion, un tribunal nécessaire, qui l'est encore dans celle-ci; c'est à son autorité suprême à modérer la loi en faveur de la loi même, en prononçant moins rigoureusement qu'elle.“ Um einer höheren Gerechtigkeit ihren Lauf zu geben, kann die angeordnete Regel (auch im Einzelfall) durchbrochen werden. Der Rechtsbegriff ist also bei Montesquieu sehr weit und erleidet durch die Begriffe Allgemeinheit, Dauer usw. nicht notwendig eine Einschränkung! Dazu auch Dupeyroux, aaO., S. 141. Anders wohl Böckenförde, aaO., S. 34, 35.

¹² Demgegenüber scheint Montesquieu bereit, der Exekutive das Maß an „voluntas“ zuzubilligen, das er der Legislative nach Möglichkeit verweigern will. In bezug auf diese Staatsgewalt verwendet er Vokabeln wie „exécution“ und „action“ (vgl. liv. XI, chap. VI [Bd. II S. 63 ff.]). Zu einer etwaigen Verordnungsmacht äußert sich dieser Autor jedoch nicht, worauf schon G. Jellinek aufmerksam gemacht hat (aaO., S. 68). Sie würde nach allem (wenn überhaupt) für Montesquieu nur in größter Anlehnung an gesetzliche Inhalte denkbar sein.

¹³ Insoweit ist Rousseau Voluntarist und steht in einer Reihe mit den griechischen Sophisten und Epikuräern, für die die Gesetze ihrer Stadtstaaten künstliche Schöpfungen waren. Er setzt aber auch die Tradition der mittelalterlichen Theoretiker wie Machiavelli, Bodinus und Hobbes fort, zu denen neuerdings noch Francis Bacon (vgl. E. Wolf, Das Problem des Naturrechtes 1955, S. 96 ff. und E. v. Hippel, Rechtsgesetz und Naturgesetz, 2. Aufl. 1949,

Diese Gesamtheit aller hatte nicht von Anbeginn bestanden. Sie war von den im Urzustand in Freiheit und Gleichheit isoliert voneinander lebenden Menschen geschaffen worden, um eben diese Güter auch fernerhin zu bewahren. Gelegentlich war dieses Zusammenwirken der Gesamtheit zu einem höheren Heil der Teilnehmer allerdings gestört worden. Das war immer dann der Fall gewesen, wenn Gruppen- oder Einzelinteressen über das Gemeininteresse triumphiert hatten. Also galt es sicherzustellen, daß das Staatswesen nur noch durch die „volonté générale“ beherrscht wurde.

Für diesen Gemeinwillen mußte daher zweierlei gelten. Einmal mußte er von seiner Herkunft her gesehen allgemein sein, weil er von einer Gesamtheit, an die sich alle hingegeben hatten, ohne Ansehung der Person ausging. Begrifflich konnte der Gemeinwille von nur einem Teil des Volksganzen daher nicht herrühren¹⁴.

Wegen dieses Ursprunges mußte der Gemeinwille aber auch „allgemein“ in bezug auf die jeweils zu behandelnden Gegenstände sein. Insoweit wäre die Verwendung der Vokabel „abstrait“ (wie sie übrigens von Rousseau auch selbst verwandt wird¹⁵) im Sinne der Losgelöstheit vom Einzelfall, der Abstraktheit zwar angebracht gewesen, und ihr wäre die Beschäftigung mit dem besonderen Fall (Konkretheit) gegenüberzustellen gewesen. Wenn Rousseau gleichwohl zur Kennzeichnung dieser doppelten Beziehung der „volonté générale“ nur einen Begriff verwendet hat, nämlich die „généralité“, so muß deswegen nicht gleich von einem „maniment habile de mots à double entente“ gesprochen werden, wie es z. B. Carré de Malberg getan hat¹⁶. Vielmehr eignete sich der Begriff der „généralité“ sehr wohl, um auf Ursprung und Gegenstand¹⁷ der „volonté générale“ in gleicher Weise hinzuweisen. Rousseaus aus der „volonté générale“ fließende Willensinhalte waren eben — seinen Vorstellungen gemäß — schlechterdings allgemein, allgemeingültig. Sie waren das Werk aller und betrafen alle!

S. 39) gezählt wird. Die Abhängigkeit des Gesetzes von vorgegebenen Werten und Ordnungen ist dementsprechend bei Rousseau nicht von so großer Wichtigkeit, denn die „volonté générale“ wird nach damaliger Auffassung ohnehin die Vernunft zum Ausdruck bringen. Vgl. dazu *Batiffol* aaO., S. 14. Ebenso auch *Böckenförde*, aaO., S. 41 A 21.

¹⁴ Rousseau, aaO., *Du Contrat social*, liv. II, chap. II (S. 250, 251): „... car la volonté est générale, ou elle ne l'est pas; elle est celle du corps du peuple, ou seulement d'une partie.“

¹⁵ aaO., liv. II, chap. VI (S. 259): „Quand je dis que l'objet des lois (die „volonté générale“) est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ou une action particulière.“

¹⁶ Vgl. *Contribution* Bd. I, S. 292.

¹⁷ Rousseau, aaO., liv. II, chap. IV (S. 254): „... la volonté générale, pour être vraiment telle, doit l'être dans son objet ainsi que dans son essence...“

Darin unterschieden sie sich von den Staatswillenäußerungen der bestehenden Ordnung, die doch selten oder nie das Gemeininteresse betroffen hatten.

Wie *Montesquieu* mit der Lehre von einer herzustellenden Balance der Staatsgewalten, so verfolgte Rousseau mit seiner Theorie von einer „volonté générale“ also eine Reform der bestehenden politischen Ordnung. Freiheit und Gleichheit aller hielt er nur dann für gewährleistet, wenn die staatliche Gesellschaft der „volonté générale“ unterstellt werden würde.

Bestand für einen jeden die Möglichkeit, an der Bildung des allgemeinen Willens mitzuwirken, und geschah das, so konnte sodann trotz eines Totalvorbehaltes für die bestimmende „volonté générale“ niemals mehr ein Akt der Unfreiheit hervorgebracht werden, denn der einzelne bestimmte ja über sich selbst. Da weiterhin über die Belange der Bürger des Gemeinwesens ohne Ansehung der Person bestimmt werden würde, und jeder Stimmberechtigte nur das eine Ziel im Auge haben konnte, Belastungen so niedrig wie möglich zu halten, blieben auch von hier Freiheit und Gleichheit unangetastet¹⁸. Es ist jetzt leicht zu erkennen, daß zugleich mit der Definition der „volonté générale“ auch die essentiellen Merkmale des Rousseauschen Gesetzbegriffes gegeben worden sind. Denn, soll die Gesellschaft von der „volonté générale“ gelenkt werden, müssen die obersten Anordnungen einer Gesellschaft, die diese Regelung übernehmen und Gesetze genannt werden, Ausdruck dieser „volonté générale“ sein. Wie der allgemeine Wille muß das Gesetz daher allgemein in den beiden herausgearbeiteten Bedeutungen sein, es muß vom Volk in seiner Gesamtheit ausgehen und Anordnungen ohne Ansehung der Person enthalten¹⁹. Auch hier treffen wir also im Gesetz, das die Rechtsberührungen der Bürger untereinander regeln soll, wieder auf das Merkmal der Allgemeinheit. Doch anders als bei *Montesquieu* ist das Merkmal der Allgemeinheit von durchaus essentiellen Charakter: Gesetze, die auf den konkreten Einzelfall mit einem individuell bestimmbareren Subjekt abstellen sollten, sind für Rousseau in Wahrheit keine Gesetze mehr²⁰. Dagegen verlangt Allgemeinheit im Rousseauschen

¹⁸ aaO., livre I, chap. VI (S. 243): „... une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé ... n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant.“

¹⁹ Damit ist bei *Rousseau* Identität des Gesetzes mit dem Recht feststellbar.

²⁰ Rousseau, aaO., liv. II, chap. VI (S. 259): „... ce qu'ordonne même le souverain sur un objet particulier n'est pas non plus une loi, mais un décret, ni un acte de souveraineté, mais de magistrature.“

Damit hat *Rousseau* die noch heute für die frz. Dogmatik gültige Scheidung in „lois“ und „actes administratifs“ oder „décrets“ begründet. Zwar ist das für Rousseau der Unterscheidung in „loi“ und „décret“ zugrunde liegende

Sinn nicht notwendig das Verbot von Ausnahmeregelungen durch den Gesetzgeber selbst. Sehr wohl sind Exzeptionen von der generellen Geltung des Gesetzes denkbar, wenn nur diese Ausnahmefälle wiederum abstrakt formuliert werden können²¹. Auch muß bei dieser Sicht der Dinge das Gesetz nicht Werk eines besonderen Organs im Montesquieschen Sinne sein. Vielmehr hindert der Grundsatz der Volkssouveränität, der bei Rousseau so sehr im Vordergrund steht, ein ähnliches Postulat, wie es bei Montesquieu in der Gewaltengliederung anzutreffen war. Ja, in einem Anfall der Gewalenhäufung²² kann das souveräne Volk nicht nur Gesetze erlassen, es kann auch regieren, wenn gleich es sich hierbei nicht über seine eigenen, allgemein abstrakten Anordnungen hinwegsetzen darf²³.

Demgegenüber ist die Existenz eines Verordnungsbegriffs und einer verordnungsgebenden Gewalt von vornherein ausgeschlossen. All-

Prinzip einer notwendigen Trennung des Konkreten vom Abstrakten alsbald in dieser Bedeutung verworfen worden. Heute kann ein „décret“ auch eine VO sein, also abstrakte Sachverhalte ohne Ansehung der Person regeln. Dennoch ist Rousseaus Ausgangspunkt insoweit aufrechterhalten worden, als mit dem Begriff „décret“ und „loi“ die Zugehörigkeit zu zwei verschiedenen Staatsgewalten aufgezeigt wird: „Loi“ bedeutet noch heute für die frz. Dogmatik immer Willensausdruck der Legislative und demgegenüber „décret“, „acte administratif“ Ausdruck der Exekutive oder Regierung. Nur zeitweilig und nie ganz herrschend ist dieses gewaltengliedernde Denkmodell von Vorstellungen überlagert worden, die auf der inhaltlichen Übereinstimmung von Gesetz und VO aufbauten (vgl. unten bes. *Hauriou* und *Duguit*). Insoweit lag freilich immer eindeutige Beeinflussung durch die dtsh. Lehre vor. Das ist allgemein anerkannt. Vgl. etwa *Bonneau*, aaO., S. 44.

²¹ aaO., livre II, chap. VI (S. 259): „... la loi peut bien statuer qu'il y aura des privilèges, mais elle n'en peut donner nommément à personne; la loi peut faire plusieurs classes de citoyens, assigner même les qualités qui donneront droit à ces classes, mais elle ne peut nommer tels et tels pour y être admis...“

Auf diesen Wegen wird die Ideologie der Französischen Revolution Rousseau am wenigsten folgen: Der Einbruch in den Gleichheitssatz ist zu deutlich! Das Problem der Einzelfall- und Einzelpersonengesetzgebung, das sich auf diese Weise nicht ausräumen läßt, wird daher im folgenden die frz. Doktrin auch immer wieder beschäftigen.

²² Auf diese Entwicklungsmöglichkeiten der Gewaltenverteilung bei Rousseau hat für den deutschen Sprachraum insbesondere G. Jellinek (aaO. S. 53, 54) hingewiesen. Freilich sind sie auch der französischen Theorie nicht verborgen geblieben. Schon 1820 hatte nämlich B. Constant erklärt: „Rousseau a toujours été cité par ceux qui ont voulu établir le despotisme. Rousseau a servi de prétexte au despotisme, parce qu'il avait le sentiment de la liberté, et qu'il n'en avait pas la théorie.“ Vgl. Rede vom 10. März 1820 in: *Discours*, Bd. I, S. 211.

²³ Auf die Vorstellung der Selbstbindung des Gesetzgebers für den Fall einer „Einzelfallgesetzgebung“ werden wir im folgenden immer dann stoßen, wenn in der Theorie von einer funktionalen Gewaltengliederung ausgegangen wird, wohingegen die geschriebene Verfassung, bzw. die Verfassungswirklichkeit eine „Alleinsouveränität“ des Gesetzgebers (Parlamentarismus) praktiziert. Wie *Carré de Malberg* später nachweisen wird, ist dieser Bruch spätestens seit der 3. frz. Republik offenkundig geworden.

gemeine Anordnungen können eben nur von der gesetzgebenden Gewalt getroffen werden²⁴.

3. Vergleich zwischen beiden

Bei aller Unterschiedlichkeit im einzelnen, sogar unter Berücksichtigung der schwerlich zu überbrückenden Gegensätzlichkeit in der Frage der Entstehung der gesetzlichen Regelungen und der Verantwortlichkeit bei ihrer Schöpfung, haben *Montesquieu* und *Rousseau* jedenfalls eines gemeinsam: Beide haben dem Gesetzesbegriff eine inhaltliche Bestimmung zu geben versucht. Hinzu kommt, daß beide Autoren Gesetzgebung und Rechtssetzung im wesentlichen identifizieren.

Bei *Rousseau* ist ein Auseinanderfallen von Gesetz und Recht völlig undenkbar. Regelungen, die die Gleichheit und Freiheit der Bürger betreffen, müssen notwendig abstrakt ohne Ansehung der Person erfolgen. Da sich andererseits das Recht in der Regelung dieser Dinge erschöpft und konkrete Befassung mit Freiheit und Gleichheit nicht möglich erscheint, müssen die Rousseauschen Gesetze das Recht schlechthin enthalten. Vom Ergebnis her gesehen ist es bei *Montesquieu* nur um Nuancen anders. Auch er will die bürgerlichen Freiheiten schützen. Dieser Schutz geschieht am ehesten und ist am wirkungsvollsten, wenn das Gesetz dem Recht gleicht.

Natürlich lassen sich hierdurch die im übrigen zuweilen konträr gegensätzlichen Auffassungen der beiden Autoren keineswegs verwischen. Es wird nicht übersehen, daß eine gewichtige Differenz der beiden Autoren bei der Definition des Rechtes selbst verbleibt. Gleichwohl erscheint es uns wichtig darauf hinzuweisen, daß sich auch für Montesquieu eine Definition des Gesetzes unter Bezug auf einen Rechtsbegriff gewinnen läßt. Das gelingt dann, wenn wir einmal für einen Augenblick vernachlässigen, daß das Gesetz für Montesquieu in einem höchst komplexen Vorgang entsteht und auch als materieller Begriff nicht durch ein Merkmal festgelegt werden kann, und dann das Gesetz betont vereinfachend als diejenige Regel definieren, die sich am meisten am Recht orientiert. Verliert man dann aus dem Gesichtsfeld, daß der Rechtsbegriff bei Montesquieu nicht dem Rechtsbegriff bei Rousseau entspricht, so läßt sich eine Identifizierung der Auffassungen beider Autoren zwanglos vornehmen.

²⁴ Vgl. *Rousseau*, aaO., liv. III, chap. I (S. 272): „... la puissance exécutive ne peut appartenir à la généralité comme législatrice ou souveraine, parce que cette puissance ne consiste qu'en des actes particuliers...“

Das liegt daran, daß die Exekutive „force“ ist, wohingegen für die Legislative der Bezugsbegriff „volonté“ gilt: „(dans le corps politique) on... distingue... la force et la volonté; celle-ci sous le nom de puissance législative, l'autre sous le nom de puissance exécutive.“ Vgl. liv. III, chap. I (S. 272).

Dieser Gedankengang war hervorzuheben, weil sich, wie im folgenden nachzuweisen ist, in der Praxis der Französischen Revolution der *Rousseausche* Gesetzesbegriff durchgesetzt hat. Es ist kaum anzunehmen, daß der *Montesquiesche* Gesetzesbegriff eine um so vieles geringere Anziehungskraft besessen haben sollte, wenn auch nicht zu übersehen ist, daß das abstrakt-rationale Theoretisieren Rousseaus dem französischen Geist mehr entsprochen haben mag als das empirische, an englischen Vorbildern orientierte Denken Montesquieus. Immerhin ist im vorstehenden ein möglicher Grund aufgezeigt worden, aus dem sich die Auffassungen beider Autoren derart verbinden lassen, daß aus ihnen ein Leitgedanke gefolgert werden kann: Die Nähe des Gesetzes zum Recht, die unter Rousseaus Einfluß zur Identifizierung beider Begriffe führen wird.

Die beiden Autoren gemeinsame Abneigung, sich mit einem, den Anforderungen der Praxis entgegenkommenden Verordnungsbegriff auseinanderzusetzen, konnte einem solchen Ergebnis nur förderlich sein!

4. Fortführung dieser Vorbilder im revolutionären Gesetzesbegriff

Die Handhabung des Gesetzesbegriffes durch die Praxis der Französischen Revolution, bestätigt die aufgezeigte Entwicklungstendenz. Wenn *Burdeau*²⁵ für die Epoche zusammenfaßt „la loi est la raison humaine manifestée par la volonté générale en qui elle s'incarne et exprimée par les représentants du peuple“, so erkennen wir zunächst die „volonté générale“ Rousseaus wieder, von der her die Identifizierung von Gesetz und Recht beginnt. Die Verwendung des Begriffes der „raison humaine“ macht allerdings auch deutlich, daß die Gleichsetzung von Gesetz und Recht noch nicht vollkommen ist. Vielmehr wird die theoretische Lücke sichtbar, die sich nach *Montesquieu* zwischen Gesetz und Recht auftun kann, wenn nämlich die Natur der Dinge noch nicht klar genug erkannt sein, oder wenn man sich weigern sollte, die Natur der Dinge zum Maßstab zu nehmen. Sodann stoßen wir auf den Repräsentationsgedanken. Mit ihm ist Rousseaus Forderung eingeschränkt, daß Träger der gesetzgebenden Gewalt das Volk nur selbst in seiner Gesamtheit sein dürfe. Jedoch hat das Repräsentationsprinzip nicht zu allen Zeiten der Revolution das gleiche Gewicht gehabt. In der hochrevolutionären Epoche seit dem Jahre 1791 ist verschiedentlich die Tendenz zu beobachten, der unmittelbaren Demokratie zum Durchbruch zu verhelfen²⁶. Die Hervorhebung dieses Prinzips durch *Burdeau* ist daher mit einer gewissen Vorsicht entgegenzunehmen.

²⁵ Essai, S. 12.

²⁶ So insbesondere die Verfassung vom 24. Juni 1793, die durch allgemeine Volksabstimmung angenommen und in der den Wählern das Recht gegeben

Gleichwohl ist die Berücksichtigung dieses Elementes im revolutionären Gesetzesbegriff insoweit gerechtfertigt, als damit die widerstrebenden Tendenzen zum Ausdruck gebracht werden, die auf den Begriff eingewirkt haben. In Wahrheit dürfte es sich nämlich bei der Einführung des Repräsentationsprinzips um den Versuch gehandelt haben, weder auf die Patenschaft Rousseaus noch auf die *Montesquies* verzichten zu müssen. Wollte man Rousseaus Gedanken der „volonté générale“ bewerten, war es an sich nötig, gleichzeitig zu bestimmen, daß das Gesetz das Werk des Gesamtvolkes zu sein habe. Für ein solches Unterfangen war aber Frankreich geographisch zu groß. Darum also — zur Ausräumung praktischer Schwierigkeiten — führte man den Repräsentationsgedanken ein!

Andererseits ermöglichte dieser selbe Gedanke die Anlehnung an Montesquieus Vorstellung von einer Gewaltengliederung: Wer nämlich mit dem Gedanken der Repräsentation arbeitet, muß sehr bald zu der Vorstellung einer Übertragung oder Delegation von Verantwortlichkeit auf dafür bestimmte Organe gelangen. Diese Konsequenz mag anfangs verdeckt gewesen und seinerzeit wohl auch unausgesprochen geblieben sein. Gleichwohl bedarf es keines weiteren Beweises, daß in der Zulassung von Organen, die für andere — das Gesamtvolk — handeln sollen und dürfen, die genannte Entwicklungstendenz gegenwärtig ist.

Tatsächlich ist der französische revolutionäre Gesetzesbegriff auch eine innige Verbindung mit der Theorie der „séparation des pouvoirs“ eingegangen. Schon in der „Déclaration des Droits de l'Homme“ von 1789 betonte der Art. 16, daß ohne Gewaltenteilung eine Verfassung der Gesellschaft nicht denkbar sei. In der Verfassung vom 3. Sept. 1791, wurde derselbe Gedanke mit folgenden Anordnungen niedergelegt: „Le pouvoir législatif est délégué à une Assemblée Nationale... le pouvoir exécutif est délégué au Roi... le pouvoir judiciaire est délégué à des juges“²⁷. Präzisiert wurde in derselben Verfassung: „Le pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois, pour en ordonner ou en rappeler l'exécution“²⁸. In einer späteren Verfassung hieß es schließlich noch: „Les juges ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif,

worden war, für jeden Gesetzesvorschlag Volksabstimmung zu fordern. Vgl. Acte Constitutionnel, Art. 10: „Il (le peuple) délibère sur les lois.“ Vgl. weiter die Art. 19 und 56 ff., abgedruckt bei *Duverger*, Constitutions, S. 32 ff.

Auf die Betonung der unmittelbaren Demokratie und die Ersetzung der in der Verfassung von 1791 proklamierten „souveraineté nationale“ durch die „souveraineté du peuple“ in der Verfassung vom 24. Juni 1793 heben auch ab: *Duverger*, Institutions, S. 17, 18 und *Prélot*, aaO., S. 317.

²⁷ Titre III, art. 3—5. Vgl. *Franz*, aaO., S. 306 ff.; *Duverger*, Constitutions, S. 7.

ni faire aucun règlement. Ils ne peuvent arrêter ou suspendre l'exécution d'aucune loi...²⁸“

In diesen Verfassungszitaten hat sich ganz offensichtlich die Gewaltentrennungstheorie niedergeschlagen. Freilich ist auch sie nicht unverfälscht durch die Französische Revolution übernommen worden: An die Stelle der mehr praktisch-politischen Funktionenzuteilungen bei *Montesquieu* ist eine rational-logische Funktionenteilung getreten, die sich *Rousseaus* Unterscheidung zwischen dem Abstrakt-Allgemeinen und dem Individuell-Konkreten zu eigen gemacht hat. Deswegen war es nur natürlich, wenn der Exekutive zur Blütezeit dieser Theorien keinerlei eigenständige Regelungsbefugnis zugestanden werden konnte²⁹.

II. Rechts-, Gesetzes- und Verordnungsbegriff im einzelnen

Die doppelte Patenschaft für die revolutionären Vorstellungen von Recht und Gesetz ist damit hinreichend hervorgekehrt worden. Zugleich dürfte aber auch klargeworden sein, daß die übernommenen Elemente zuweilen einen nicht geringen Bedeutungswandel durchlaufen haben. Daran ist stets zu denken, wenn jetzt der Rechts-, Gesetz- und Verordnungsbegriff im einzelnen für die revolutionäre Epoche ab 1789 behandelt wird.

1. Das Recht

Um den revolutionären Rechtsbegriff (die „*règle de droit*“) zu kennzeichnen, bedarf es nur noch einer Zusammenstellung dessen, was schon an den einschlägigen Stellen gesagt worden ist. Für den gesamten Zeitraum seit 1789 bis zur Errichtung des 1. Kaiserreiches gilt zunächst, daß der Rechtsbegriff noch eindeutig vom Naturrecht her geprägt war. Zum einen bedeutet das die Anwendung einer bestimmten Methode, und zwar die Ableitung der Rechtsregel mittels bloßer Spekulation des Geistes, die an rationalen Prinzipien und nicht so sehr an der empirischen Beobachtung der Tatsachen orientiert ist. Die Unterstellung der „*règle de droit*“ unter das Naturrecht erschien so selbstverständlich, daß auch dessen Eigenschaften für das geltende Recht verlangt wurden. Recht konnte also nur sein, was unveränderlich und dauerhaft war. Die Anlage der „*règle de droit*“ war somit an sich statisch, jeder Entwicklung abhold.

Andererseits war das Zeitalter der Französischen Revolution alles andere als von Konservatismus und Beharrlichkeit gekennzeichnet. Vielmehr war ein Stadium des Umbruchs erreicht. *Rousseaus* Lehre vom „*contrat social*“ war für die bürgerlichen Gesellschaftsschichten der Hebel geworden, mit dessen Hilfe das „*ancien régime*“ entmachtet und den individualistischen Zeitströmungen zum Durchbruch verholfen werden konnte. Freiheit und Gleichheit herzustellen und aufrechtzuerhalten, mußte deswegen gleichfalls ein Endziel der „*règle de droit*“ sein — eine Aufgabe, die sich, wie man unschwer erkennen kann, nur im Wege der Evolution oder Revolution erreichen ließ.

So können wir einerseits die „*règle de droit*“ als eine Rezeption des Naturrechtes erkennen, andererseits ist sie mit durchaus dynamischen Fähigkeiten begabt, soweit sie die „*Déclaration des droits de l'homme*“ verwirklichen half.

Darin liegt nur teilweise ein Widerspruch. Zwar kann das Naturrecht als starre unveränderliche Regel schlecht einer Machtverschiebung innerhalb der gesellschaftlichen Klassen Vorschub leisten. Das wird schon dadurch bewiesen, daß nicht das Naturrecht als solches die Erklärung der Menschenrechte hervorgebracht hat³¹. Andererseits kann auch ein Naturrecht die menschliche Freiheit zu einem seiner Kernsätze erheben, aus dem alle weiteren Regeln herzuleiten sind. Freilich muß man alsdann in erhöhtem Maße auf eines der naturrechtlichen Wesensmerkmale verzichten: die Starrheit und Unveränderlichkeit der Rechtsregel. Daß diese Konsequenz lange Zeit nicht beachtet wurde, ist nur ein weiteres Anzeichen für den überwältigenden Einfluß, den das überkommene Naturrecht noch besaß³².

Naturrechtlicher Einfluß ist es auch weiterhin, wenn die so verstandene „*règle de droit*“ fast automatisch zu dem Inhalt des Gesetzes erhoben wurde: Da der Gesetzgeber seine Aufgabe der Versorgung des Staates mit den notwendigen Regeln vernunftgemäß löst, müssen seine Anordnungen ebenfalls vernünftig sein. Das Erfordernis der Vernunft gilt also nicht nur für das Gesetzgebungsverfahren als Prozedur, sondern auch für seine Ergebnisse, die Gesetze. Dieser logische Schluß wurde dadurch erreicht, daß dem Gesetzgeber jede eigene Willensäußerung

³¹ Vgl. *Batiffol*, aaO., S. 58.

³² Für diese Inkohärenz im revolutionären Rechtsbegriff kann man bis zu einem bestimmten Grade wieder die doppelte Patenschaft *Montesquieus* und *Rousseaus* verantwortlich machen. Trifft zwar für beide zu, daß sie das Recht bewußt in Verfolgung ihres Freiheits- und Gleichheitsdenkens einsetzten, bringen also beide schon von vornherein die Fähigkeit zur „*actio*“ in den Rechtsbegriff herein, so wird doch durch *Rousseau* diese Tendenz noch verstärkt, wenn wir oben die Verbindung dieses Denkers zum Voluntarismus hervorhoben. Demgemäß ist *Montesquieus* Nähe zum Naturrecht eher von konservativem Einfluß gewesen, worauf ebenfalls schon hingewiesen wurde.

²⁸ Titre III, chap. IV, sect. I, art. 6; vgl. *Duverger*, Constitutions, S. 21.

²⁹ Verfassung vom 5. Fructidor des Jahres III (22. 8. 1795); Constitutions, Titre VIII, Art. 203. Vgl. *Duverger*, Constitutions, S. 56.

³⁰ Vgl. dazu noch unten II. 3.

abgesprochen wird. Das à priori bestehend gedachte Recht unterliegt nicht der Verfügungsgewalt des legislativen Organs. Wie schwierig sich auch die Ausgestaltung eines Gesetzestextes erweisen mag, wie scharf auch die Auseinandersetzungen in der gesetzgebenden Körperschaft sein mögen und wie unterschiedlich, ja gegensätzlich die in seiner Mitte vertretenen Meinungen gewesen sind, eines ist unumstoßbares Dogma: Am Ende wird die „règle de droit“ gefunden, wie sie von Anfang an bestanden hat. Die Anerkennung eines selbständigen³³ Willens des Gesetzgebers würde dergleichen nicht zugelassen haben, denn die Assoziationskette „Vernunft — Recht — Gesetz“ hätte Schaden nehmen müssen.

Als nächstes werden wir uns daher dem revolutionären Gesetzesbegriff in seinen Einzelheiten zuwenden.

2. Das Gesetz

In der Klassifizierung der Merkmale des Gesetzes können wir einer in Frankreich fast schon klassisch gewordenen Einteilung von *Burdeau* folgen³⁴. Seine Einteilung in eine „conception idéaliste“, eine „conception restrictive“ und eine „conception juridique“ kommt nicht nur der hier vorgetragenen Identifizierungstendenz von Gesetz und Recht entgegen, sondern berücksichtigt auch bereits die Spannungen, denen das Naturrecht als ein starres Recht gegenüber der individualistischen, von der Evolution bis zur Revolution reichenden Dynamik des Verlangens nach Freiheit und Gleichheit für alle ausgesetzt war.

³³ Hieraus erhellt, daß die Verwendung des Begriffs des Gesetzes im formellen Sinne im folgenden besser vermieden wird. Ein solcher Begriff müßte zu Verwirrungen führen, da nach dem Wortgebrauch der deutschen spätkonstitutionellen Staatsrechtslehre vermutet werden könnte, es solle damit angedeutet werden, der frz. revolutionäre Gesetzesbegriff könne Willensinhalte enthalten. Gerade das kommt aber für die Dogmatik der frz. Revolution keinesfalls in Betracht.

G. *Jellinek* war freilich der Überzeugung, daß gerade die frz. Revolution den Begriff des Gesetzes im formellen Sinne hervorgebracht habe (aaO., S. 76). Ganz augenscheinlich versteht er ihn dabei im angedeuteten Sinne. Hiergegen hat sich schon *Böckenförde* (aaO., S. 49 A 23) gewandt. Dem ist noch hinzuzufügen, daß der Irrtum *Jellineks* auf einer Überschätzung des voluntaristischen Elementes in der Lehre Rousseaus gelegen haben mag. Denn an sich folgerichtig muß jemand, der von einer „volonté générale“ ausgeht, Willensanordnungen als Ausdruck dieses allgemeinen Willens anerkennen. Gleichwohl ist diese voluntaristische Tendenz schon des revolutionären Gesetzesbegriffes in Frankreich wissenschaftlich erst spät erkannt worden (*Carré de Malberg, Burdeau*), nachdem die Staatspraxis mit der erste Periode der sog. „décrets-lois“ eine anschauliche Lektion erteilt hatte.

Nach allem kann die Hervorkehrung einer formellen Seite des Gesetzesbegriffes vorerst allenfalls die Verweisung auf ein *erlassendes Organ als solches* bedeuten!

³⁴ G. *Burdeau*, *Essai*, 12 ff., 19 ff., 24 ff.

Die „conception idéaliste“ soll dabei auf den ideengeschichtlichen Hintergrund des revolutionären Gesetzesbegriffes hinweisen, wohingegen die „conception restrictive“ eine (noch fehlende) soziologische Bedeutung betrifft. Die „conception juridique“ endlich ist nur ein Anhängsel, das die Frage der Gesetzesverbindlichkeit behandelt.

a) Die „conception idéaliste“: Zuerst ist unter dieser Rubrik das Kriterium der *Unveränderlichkeit* und *Dauer*³⁵ des Gesetzes zu erwähnen. Was durch die Vernunft diktiert wird, bedarf logischerweise keiner Abänderung. Die Gesetzesänderung ist daher die außergewöhnliche Ausnahme. Unter dieser Blickrichtung muß das Gesetz aber auch eine *allgemeingültige Regel* sein. Würde das Gesetz Einzelfälle regeln können und sich mit Details befassen, wäre eine häufige Anpassung der Gesetze an die Veränderungen der Gegebenheiten des täglichen Lebens unausweichlich³⁶.

Wenn sich das Gesetz nicht mit dem Detail beschäftigen kann, muß der Erlaß eines Gesetzes sodann ein möglichst seltenes Ereignis sein. Darin liegt das Merkmal der *Selbstbeschränkung*³⁷ des Gesetzes begründet.

Schließlich muß das Gesetz, und das ist die eigentliche Krönung des Begriffes, *allgemein*^{38, 39} sein, wobei die Allgemeinheit zwei⁴⁰ Bedeu-

³⁵ So *Burdeau*, *Essai*, S. 15 ff.; außerdem *Cotteret*, aaO., S. 15; *Kopp*, aaO., S. 195/196. A. A. jedoch *Bonnetcase*, aaO., Bd. I, S. 511 ff.

Letzterer bezieht sich auf *Portalis* und versucht damit zu belegen, „que les rédacteurs du Code civil croyaient si peu légiférer pour le monde entier et pour l'éternité, ainsi que se plaisent à le dire leurs adversaires, qu'ils admettaient l'abrogation d'une loi par la coutume...“ In der Tat sind diese Ausführungen in bezug auf *Portalis* richtig. Letzter war jedoch Außenseiter, vgl. unten 2. Kap., II. Von den anderen Redaktoren des Code civil sind derartige Äußerungen nicht bekannt; vgl. dazu auch die Äußerungen von *Burdeau* (aaO.) über *Cambacères, Bigot-Préamneux, Louvet* u. *Cazal*.

³⁶ Verstanden wurde die Abstraktheit somit im Sinne von *Portalis*: „(La loi) doit: fixer par de grandes vues les maximes générales du droit; établir des principes féconds en conséquence et non descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.“ (zitiert nach *Fenet, Rec. complet des travaux prép. du C. civ. ... 1827* Bd. I, S. 107) — Diese Abstraktheit befindet sich in großer Nähe zur Allgemeinheit. Auf die unsaubere Trennung von beidem, ja ihre Verschmelzung werden wir im folgenden immer wieder stoßen.

³⁷ *Maspétiol*, aaO., S. 53.

³⁸ *Burdeau*, *Essai*, S. 17.

³⁹ In diesem Merkmal kommt der Schutzzweck des Gesetzes besonders sinnfällig zum Ausdruck. Das Individuum soll das zur Anwendung kommende Recht vorher kennen. Ganz in dieser Richtung lag auch Rousseaus Allgemeinheitserfordernis, mit dem er gegen die Einzelgesetzgebung der Krone Stellung beziehen wollte. Für ihn lag deren Ungerechtigkeit, sowie die Unfähigkeit des Königs, überhaupt allgemeine Entscheidungen erlassen zu können, darin, daß er nicht den „corps politique“ repräsentieren konnte. Was er politisch bekämpfte, war das Band zwischen der „Nichtrepräsentation“ des Königs und der „Nichtallgemeinheit“ der Gesetze. Deswegen führte er den umgekehrten

tungen umfaßt: Einmal äußert sich diese Allgemeinheit in bezug auf den behandelten Gegenstand, die in Frage kommenden Sachverhalte, zum anderen betrifft sie den Kreis der Adressaten. Die eine Seite der so verstandenen Allgemeinheit ist also zugleich Ausprägung der Abstraktheit, wohingegen für die andere der Terminus der *Unpersönlichkeit* (Verbot des Einzelpersonengesetzes) ebensogut verwandt werden könnte.

Als letztes erfordert der revolutionäre Gesetzesbegriff endlich eine *Monopolisierung* der Gesetzgebung: Die Vernunft ist unteilbar, und demgemäß konnte man sich nicht recht vorstellen, daß neben dem Gesetzgeber andere Stellen konkurrierende Rechtsregeln erlassen könnten⁴¹.

Hingegen besaß der revolutionäre Gesetzesbegriff *kein soziales Moment*. Aus dem Streben nach dem „bonheur commun“⁴² darf nichts Gegenteiliges gefolgert werden. Die Gesellschaft des 19. Jahrhunderts besaß noch kein „soziales Gewissen“. Wohl bestand damals schon die Erkenntnis, daß soziale Unterschiede zu politischen Ungleichheiten führen könnten. Diese Ungleichheiten zu beseitigen, war jedoch (noch) nicht Aufgabe des Gesetzgebers. Er hatte nur die Voraussetzungen zu schaffen, daß jeder nach seinen Fähigkeiten sich die Mittel zu seinem materiellen Wohlergehen erarbeiten konnte. Zum Gemeinwohl beizutragen, war niemand verpflichtet⁴³.

Syllogismus ein: Ausgehen des Gesetzes vom ganzen „corps politique“ und folgliche Allgemeinheit der Gesetze. Dazu mag man stehen, wie man will. Immerhin legte er den Akzent darauf, daß ein notwendiges Band zwischen denen, die ein Gesetz machen, und denjenigen, auf die es später angewendet werden muß, bestehen sollte (Demokratie). Es besteht eine Vermutung dafür, daß die Interessen aller besser gewahrt sind, wenn alle (mod.: mögl. viele) an der Ausarbeitung der Gesetze beteiligt sind: „ce qui généralise la volonté est moins le nombre des voix, que l'intérêt qui les unit.“ (*Rousseau*, aaO., liv. II, chap. IV [S. 255]). Zugleich spielt in den Allgemeinheitsgedanken wiederum der Vernunftglaube hinein: *Burdeau*, Essai, S. 18: „La raison ne saurait pas être partielle; pour éviter ce risque la loi ne peut descendre vers les mesures individuelles sous peine d'abdiquer sa propre nature.“

⁴⁰ So auch *Cotteret*, aaO., S. 16 u. *Kopp*, aaO., S. 196.

⁴¹ Diese Vorstellung ging bis zur zeitweiligen Verwerfung des Zweikammersystems. Wenn auch England als geschichtliches Vorbild diesem System anhing, so war das deswegen noch kein nachahmenswertes Beispiel, weil es nicht rational genug war. Die Entwicklung dieses Systems als Ergebnis eines bloß längeren geschichtlichen Prozesses erschien vielmehr von vornherein verdächtig. Einkammersysteme hat es in Frankreich in der Verfassung von 1791 und der von 1848 gegeben. Vgl. dazu *Esmein*, aaO., Bd. I, S. 103 und 135: „on ne pouvait lui (dem Gesetzgeber) donner en même temps deux expressions contradictoires. Ce serait organiser l'absurd...“

⁴² So die „Déclaration“ von 1793, art. 1 S. 1: „Le but de la société est le bonheur commun.“ Vgl. *Duverger*, Constitutions, S. 30.

⁴³ So hat *Laferrière* (aaO., Bd. I, S. 33) noch zum Ausgang des 19. Jahrhunderts geschrieben: „Si les hommes ont des droits égaux à l'exercice de

b) Die „*conception restrictive*“: Im Fehlen jeglichen sozialen Momentes innerhalb des revolutionären Gesetzesbegriffes zeigt sich bereits sein restriktiver Charakter. Das Gesetz hat nicht konstruktiv auf die Gesellschaft einzuwirken. Es auferlegt vorzugsweise Verbote. Der Staat der Französischen Revolution ist reiner Ordnungsstaat. *Burdeau* drückt das treffend wie folgt aus: „Elle (la loi) crée des cadres, mais ils sont vides; c'est à l'homme de les remplir par son effort, son intelligence ou sa peine; la loi interviendra, après coup, pour donner à son activité une qualification juridique, mais elle n'est pour rien à l'origine de cette activité“⁴⁴. Am Ergebnis des Fortschrittes ist der Gesetzgeber selbst also nicht beteiligt. Das Gesetz als Anstoß oder Ausdruck der Evolution wird (paradoxiertweise⁴⁵) noch nicht erkannt.

c) Die „*conception juridique*“: Zuletzt ist das Gesetz in dem Einteilungsschema *Burdeaus* eine „*notion juridique*“. Darunter versteht *Burdeau* die vorstehend bereits mehrfach hervorgehobene Eigenschaft des revolutionären Gesetzesbegriffes das Recht schlechthin zu enthalten, mit ihm als gleichsam identisch zu sein⁴⁶.

Will man die Konsequenzen dieser drei Konzeptionen für den Gesetzesbegriff voll erfassen, muß wieder bei der Doppelbedeutung der vielschichtigen „*volonté générale*“ begonnen werden. Wir hatten gefun-

leur liberté individuelle, parce qu'ils sont tous naturellement libres, les hommes n'étant pas égaux entre eux en capacité, n'ont pas naturellement des droits égaux à l'exercice de tous les fonctions sociales.“

⁴⁴ Essai, S. 21. An der gleichen Stelle wendet er sich gegen die Ansicht, nach der der hier dargestellte Gesetzesbegriff Folge des liberalen Gedankenguts der revolutionären Epoche sein soll. Er meint vielmehr umgekehrt, daß der Gesetzesbegriff den Liberalismus zur Entstehung gebracht habe. Dem wird man nicht zustimmen können. Man wird aber auch nicht wie *Kopp* (aaO., S. 196 A 80) zu sehr auf die Wechselwirkungen zwischen Gesetzesbegriff und ideologischer Zeitströmung abstellen dürfen, obwohl diese selbstverständlich vorhanden sind.

Es läßt sich schon behaupten, daß jede Zeit den Gesetzesbegriff erhält, den sie ideenmäßig verdient, daß es also durchaus die herrschenden Ideologien sind, die den Gesetzesbegriff prägen, und nicht umgekehrt. Die Entwicklung des faschistisch-nationalsozialistischen Gesetzesbegriffes, demzufolge das Gesetz den Willen der Führung darstellte (so *O. Koellreuter*, Deutsches Verfassungsrecht, 3. Aufl., S. 57), gibt dafür ein gutes Beispiel ab.

⁴⁵ Dies erscheint um so eigenartiger, als uns Zielrichtung und Entwicklung der Französischen Revolution heute bekannt sind.

⁴⁶ Zur „*conception juridique*“ des Gesetzes gehört damit auch die Verbindlichkeit des Gesetzes. Freilich ergibt sie sich nicht aus der Willensmacht des Gesetzgebers, da eine solche nicht existiert, sondern allein aus der Konformität des Gesetzes mit dem Recht. Es gilt also der Satz: Das Gesetz zwingt, weil es das Recht ist. Daß man sich mit dieser Deduktion in einem Zirkelschluß verfangen hatte, weil andererseits das Recht der Gesetzesform bedurfte, um täglich erzwingbar zu werden, wurde kaum je erkannt. Jedoch werden wir im folgenden sehen, daß dieser Fehlschluß spätestens in dem Zeitpunkt sichtbar wird, in dem im Gefolge *voluntaristischer* Rechtsauffassungen die notwendige Verbindung des Gesetzes mit dem Recht abreißt.

den, daß mit diesem Begriff nicht nur die Verbindung zur Vernunft und zum Naturrecht hergestellt, sondern zugleich auf die Beteiligung aller (die „volonté de tous“) bei der Ausarbeitung der Gesetzestexte hingewiesen war. Dann mußte aber in ganz ähnlicher Weise dasselbe für den Gesetzesbegriff gelten.

Tatsächlich gründete sich das hohe Prestige, das dem revolutionären Gesetzesbegriff entgegengebracht wurde, auch auf die doppelte Identifikation, die mit dem Gesetz vorgenommen werden konnte: Die Gleichstellung des Gesetzes mit dem Recht und die Übereinstimmung des Gesetzes mit der (wahren) Meinung aller. Zwar war in der Praxis niemals die Übereinstimmung des Gesetzes mit der Meinung des Gesamtvolkes tatsächlich hergestellt worden, denn man hatte den vom Volk verschiedenen Gesetzgeber eingeführt. Jedoch ist der Bruch nicht sichtbar geworden⁴⁷. Im Prinzip der Repräsentation glaubte man das technische Hilfsmittel gefunden zu haben, vermittels dessen sich eine mittelbar-unmittelbare Mitwirkung des Volkes am Gesetzeswerk aufrechterhalten ließe.

Demgegenüber war der Gesetzgeber zunächst kein Prestigetragender. Der Glanz der Monarchie war nicht auf ihn übergegangen. Die Volksvertretung war aus Bürgern zusammengesetzt; sie sollte nicht herrschen, sondern ohne eigene Zusätze das Recht durch bloße Erkenntnis feststellen⁴⁸. Kam ihr überhaupt eine Sonderstellung zu, so doch nur aus dem Umstand, daß ihre Anordnungen den glanzvollen Namen Gesetz trugen. Dem trug die Verfassung von 1791 schon in ihrer Wortfassung Rechnung. Sie bestimmte: „Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la Loi⁴⁹.“ Deutlicher kann es nicht gesagt werden. Das Gesetz ist die oberste Norm. Nach ihr müssen sich alle anderen Akte richten, von welcher Beschaffenheit sie auch sein mögen und von welchem Organ auch immer sie erlassen werden.

⁴⁷ Unmittelbare Beteiligung des Volkes am Gesetzeswerk und an der Gesetzgebung durch das dazu bestimmte Organ gehen in der revol. Staatspraxis noch ineinander über. So forderte die frz. Nationalversammlung noch 1791 alle Bürger und selbst Ausländer auf, ihr Anregungen zur Ausarbeitung eines Zivilgesetzbuches mitzuteilen. Vgl. zu diesem Vorgang die Anmerkung 2 bei Burdeau, Essai, S. 14.

⁴⁸ Diese Aberkennung eines selbständigen Willens des Gesetzgebers als Folge und Ziel des Repräsentationsprinzips ist besonders von Carré de Malberg (Contribution, Bd. II, S. 225 ff.) herausgearbeitet worden: Der Deputierte repräsentiert die Gesamtheit der Nation, er kann also nicht die Interessen einer bestimmten Gruppe vertreten. Der Deputierte kann auch kein Mandat annehmen, weil das bedeuten würde, daß er einen eigenen Willen entfalten könnte. Schließlich kann der Deputierte nur eine Willensmacht für das Volk ausüben. Wäre es anders, müßte die Entfaltung eines eigenen Willens die unabweisbare Folge sein.

⁴⁹ Verf. v. 3. Sept. 1791, titre III, chap. II, sect. I, Art. 3. Vgl. Franz, aaO., S. 306 ff. und Duverger, Constitutions, S. 12.

Bestätigt wird dieses Ergebnis durch die Tatsache, daß der Französischen Revolution eine Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze fremd war. Eine Verfassungsverletzung durch Gesetze ist niemals wirksam sanktioniert worden. Das hätte der „suprématie“ oder „primauté de la loi“ eklatant widersprochen. Eine wie auch immer angeordnete Kontrolle der Gesetze mußte widersinnig, ja unlogisch erscheinen: Enthielt das Gesetz das Recht, so war nicht einzusehen, aus welchen Gründen das Gesetz noch einmal an eine Verfassung gebunden sein sollte, konnte in ihr doch auch nicht mehr als das Recht zum Ausdruck kommen.

Dieses Bild wird weiter abgerundet, wenn noch ergänzend auf die verwirklichte Gewaltengliederung hingewiesen wird. Für die Exekutive galt: „Le Roi ne règne que par (la loi), et ce n'est qu'au nom de la Loi qu'il peut exiger de l'obéissance⁵⁰.“ Auf eine entsprechende Stelle für die Jurisdiktion waren wir schon gestoßen⁵¹. Zeigt sich hier nicht ganz deutlich, daß unter der überragenden Stellung des Gesetzes eine gleichordnende Verteilung der Gewalten von vornherein ausschied? Dann aber konnte dieser, aus einem übergeordneten und zwei nachgeordneten Organen bestehende Mechanismus nur dazu beitragen, die Stellung des Gesetzes gegenüber den anderen staatlichen Anordnungen noch weiter zu erhöhen.

3. Die Verordnung

Diese unsere Beobachtung finden wir in der Stellung des Verordnungsbegriffes gegenüber dem Gesetzesbegriff bestätigt. H. Bonneau hat das Ordnungsprinzip richtig erkannt, wenn er für die Verordnungsgewalt auf dem Höhepunkt der Revolution wie folgt formulierte⁵²: „Les constituants de 1791 n'ont vu de lois que dans les dispositions par voie générale, et, selon eux, toute disposition générale étant une loi, devait émaner de la Volonté générale, c'est-à-dire des représentants de la Nation. C'était refuser à l'Exécutif le pouvoir réglementaire.“ Sah man im Merkmal der Allgemeinheit das verbindende Element zwischen Gesetz und Verordnung und stand andererseits als eine unumstößliche Maxime fest, daß alle allgemeinen Regeln in der Hand eines Organs zu monopolisieren waren, so konnten Gesetz und Verordnung nicht von verschiedenen Organen ausgehen.

Zwar wurde diese verfassungsrechtliche Lage nicht schon gleich mit den ersten revolutionären Verfassungen erreicht. Auf Grund des Dekrets

⁵⁰ Verf. v. 3. Sept. 1791, titre III, chap. II, sect. I, Art. 3 Satz 2.

⁵¹ Vgl. vorstehend im Text die Anm. 29.

⁵² aaO., S. 224.

vom 1. Okt.—3. Nov. 1789 besaß der König immerhin noch die Macht, „proclamations conformes aux lois pour en ordonner ou en rappeler l'observation“ zu erlassen⁵³. Aber schon die Errichtung oder Aufhebung öffentlicher Ämter fiel nicht mehr in die Kompetenz der Exekutive. Auch eine Organisationsgewalt wurde ihr nicht zugestanden⁵⁴. Die Verfassung vom 24. Juni 1793 beseitigte aber auch diese letzten Reste einer von der Gesetzgebung funktionell und personell/organisatorisch unterscheidbaren Verordnungsgewalt⁵⁵.

Demgegenüber bildete sich freilich beim Gesetzgeber immer deutlicher eine Zweiteilung der von diesem Organ zu erlassenden Anordnungen heraus: Die „lois“ wurden sog. „décrets“ gegenübergestellt. Ein Artikel des *jakobinischen* Entwurfes zur Verfassung vom 24. 6. 1793 lautete: „Les actes du Corps législatif se divisent en deux classes: les lois et les décrets.“ Beschrieben werden letztere dann wie folgt: „Les caractères qui distinguent les décrets sont leur application locale où particulière et la nécessité de leur renouvellement à une époque déterminée“⁵⁶.

Damit sind die Verordnungen vom Gesetzgeber absorbiert worden⁵⁷. Verantwortlich für diese Entwicklung ist die Ausgestaltung einer gewaltenteilenden Gewaltengliederung zu einem System der Über- und Unterordnung von Verfassungsorganen⁵⁸ sowie die Überschätzung des

⁵³ Art. 16. *Rousseaus* Unterscheidung von „loi“ und „décret“ macht sich also von Anfang an dadurch bemerkbar, daß dem König ein Recht zum Erlaß selbständiger allgemeiner Anordnungen verwehrt wird.

⁵⁴ So die Verfassung v. 3. Sept. 1791, vgl. dazu G. *Jellinek*, aaO., S. 86 und *Böckenförde*, aaO., S. 50.

⁵⁵ Verf. v. 24. Juni 1793, Art. 65: „Le conseil (= ein Exekutivkomitee von 24 Mitgliedern) est chargé de la direction et de la surveillance de l'administration générale, il ne peut agir qu'en exécution des lois et des décrets du Corps législatif.“ Vgl. *Duverger*, Constitutions, S. 38. Die Erwähnung des Legislativ-Dekrets zeigt deutlich, daß allgemeine Verordnungen der Exekutive künftig unzulässig sein sollten.

Freilich scheint die französische Nationalversammlung auch schon vor Erlaß der Verfassung von 1793 bestrebt gewesen zu sein, dem König die „pouvoir réglementaire“ möglichst zu entwinden. Für Beispiele gesetzgeberischer Ausführungsvorschriften nach Art der späteren „décrets du Corps législatif“ vgl. insbesondere *Duguit*, Traité Bd. IV (2. Aufl.), S. 668.

⁵⁶ Zitate nach *Cotteret*, aaO., S. 69. In der Verfassung selbst sind die Art. 53—55 und 61 einschlägig. Vgl. *Duverger*, Constitutions, S. 35. Zu den möglichen Inhalten dieser „lois“ und „décrets“ vgl. auch neuerdings *Böckenförde*, aaO. S. 51.

⁵⁷ Ebenso: G. *Jellinek*, aaO., S. 90; *Duguit*, Traité, Bd. IV (1924), S. 665—670; *Böckenförde*, aaO., S. 50/51. Vgl. auch unten 7. Kap., III. Etwas anders: *Cotteret*, aaO., S. 69.

⁵⁸ Diese Umgestaltung des *Montesquieschen* Gewaltengliederungsprinzips wird später besonders von *Carré de Malberg* herausgearbeitet werden (vgl. unten 11. Kap. II. a. E.). Zwar behauptet er sie erst für das Ende der sog. 3. Republik Frankreichs. M. E. ist diese Umgestaltung des Gewaltengliederungsprinzips aber bereits für den hier besprochenen Zeitraum der hochrevolutionären Periode — wenn auch nur kurzzeitig — feststellbar. Ich möchte

Unterscheidungsmerkmale der Allgemeinheit für die leitenden staatlichen Anordnungen. Demgegenüber verblaßte ein erst später wieder an Bedeutung gewinnendes Unterscheidungsmerkmal, das eine Trennung von Gesetz und Verordnung erlaubt hätte: Wegen der Vereinigung von Gesetz und Verordnung beim Gesetzgeber war die Kennzeichnung des „décret“ als eine die Ausführung⁵⁹ des (möglicherweise zu allgemeinen) Gesetzes übernehmende Anordnung zu einem vorwiegend *technischen* Unterscheidungsmerkmal herabgesunken.

Erst die Verfassung vom Jahre III (22. 8. 1795) stellte eine funktionell und personell-organisatorisch selbständige Verordnungsgewalt wieder her⁶⁰. Zum trennenden Merkmal im Verhältnis von Gesetz und Verordnung wurde der Begriff der „exécution“ erhoben. Mit seiner Hilfe konnte das die Identifizierung von Gesetz und Verordnung veranlassende Merkmal der Allgemeinheit überspielt werden.

Abrißartig ist daher der Verlauf der Entwicklung der Verordnungsgewalt während der Französischen Revolution der folgende: Durch den notwendigen Anschluß der Revolution an die verfassungsrechtliche Lage des alten Frankreichs wird zunächst von der Existenz und Notwendigkeit einer Verordnungsgewalt ausgegangen⁶¹. Dann erfährt das die Allgemeinheit der staatsleitenden Anordnungen verlangende Prinzip der „généralité de la loi“ seinen Aufstieg. Die begriffliche Nachbarschaft der Verordnung zum Gesetz wird offenkundig. Wird nunmehr das Allgemeinheitsprinzip auch zum Aufbauprinzip der Einteilung für die

daher nicht *Böckenförde* (aaO., S. 47) folgen, der nur von einem politischen Übergewicht der Legislativen sprechen will. Ich meine vielmehr, daß eine bewußte, in der Dogmatik liegende Rangerhöhung des Gesetzes und mit ihm des Gesetzgebers vorliegt.

⁵⁹ Auf dieses Merkmal stellt aber *Cotteret*, aaO., S. 69 ab, wenn er behauptet, daß trotz des für die „lois“ und „décrets“ in gleicher Weise zuständigen Organs verschiedene Funktionen betroffen seien und deswegen gleichwohl Gesetze von Verordnungen unterschieden werden könnten.

Diese Bemerkung ist richtig und der Autor trifft sich hier mit G. *Jellinek*, wenn dieser aaO., S. 90, schreibt: „... daß durch Gesetze und Verfassungen sich die Natur des Staates nicht hinwegdecretieren läßt, kraft derer die Gesetzgebung niemals die Regierung ersetzen kann.“ Nur muß mit Nachdruck betont werden, daß für die hochrevolutionäre Epoche das Gegensatzpaar „allgemein—individuell“ über das Gegensatzpaar „prinzipiell—detailliert“ triumphiert hatte: *Rousseau* war zum ausschließlichen Vorbild geworden! So auch G. *Jellinek*, aaO., S. 78/79.

⁶⁰ Der Artikel 144 dieser Verfassung lautete: „Le directoire pourvoit, d'après les lois, à la sécurité intérieure et extérieure de la République. Il peut faire des proclamations conformes aux lois et pour leur exécution.“ Vgl. *Duverger*, Constitutions, S. 52. Zur Bedeutung dieser sog. „proclamations conformes“, hinter der sich zumindest in der Praxis Ausführungsverordnungen im modernen Sinne verbargen, vgl. *Duguit*, Traité Bd. IV, 2. Aufl. (1924) S. 670.

⁶¹ Es hat nicht an Verfechtern für ein umfangreiches Ordnungsrecht der Exekutive auch noch während der Revolutionszeit gefehlt. Vgl. dazu G. *Jellinek*, aaO., S. 85 Anm. 1.

staatlichen Funktionen erhoben und tritt demgegenüber das Gegensatzpaar Prinzip—Detail durch eine regelrechte Verketzerung des Exekutionsbegriffs in den Hintergrund, geht nicht nur ein möglicher sachlicher Unterschied zwischen Gesetz und Verordnung verloren. Es muß vielmehr auch das Verständnis für eine personell-organisatorische und funktionelle Trennung der Verordnungsgewalt von der gesetzgebenden Gewalt schwinden. Auf dem Höhepunkt der Entwicklung sind dann Gesetz und Verordnung fast nicht mehr unterscheidbar in einer Hand vereinigt: Der Gesetzgeber hat den Verordnungsgeber absorbiert.

III. Kritik

Die Art und Weise, in der sich die damalige Dogmatik des Verhältnisses vom Gesetz und Recht und dem Gesetz zu den übrigen staatlichen Akten annahm, erscheint nach allem extrem einfach⁶²: Indem das Gesetz als die höchste Autorität im Staate herausgestellt wurde, führte man zunächst das Prinzip der gradmäßigen Unterschiedlichkeit der verschiedenen staatlichen Äußerungsmöglichkeiten ein. Alles muß sich an dem Gesetz als Ausdruck der „volonté générale“ orientieren. Zugleich ist aber das Gesetz auch der einzig legitime Träger des Rechtes. Die anderen Akte des Staates werden damit im bloß tatsächlichen Raum angesiedelt. Rechtssätze können sie nicht enthalten.

In diesem Identifizierungsversuch von Gesetz und Recht liegt paradoxerweise die Wurzel für eine sich später zuerst langsam, dann immer schneller entwickelnden Dissoziation von Recht und Gesetz, die ihren Höhepunkt in der Behauptung der *Rechtspositivisten* finden wird, daß es erst der Gesetzgeber ist, der das Recht maßgeblich festzulegen vermag: Zwar wurde schon damals zugegeben, daß die Konstituierung eines Gesetzgebers diesen in die Lage versetzte, das Gesetz aus freier Entscheidung heraus zu erlassen. Andererseits hielt man es aber für selbstverständlich, daß er nur im Namen der (doppeldeutigen) „volonté générale“ beschließen könne. Demgemäß fand das Gesetz seine Autorität und sein Prestige nicht in der Einrichtung des Gesetzgebers. „Seulement la primauté de la loi-règle de droit ainsi établie était fragile, non seulement parce que les circonstances incitaient le législateur à se servir d'elle pour ses propres fins, mais aussi parce qu'elle était condamnée par la logique même du système sur lequel elle reposait. En effet l'expérience a prouvé que cette puissance souveraine dont le législateur ne devait être que le serviteur ... devait être inévitablement sacrifiée à la puissance de fait de l'assemblée“⁶³.

⁶² Das findet auch *Quermonne*, aaO., S. 38.

⁶³ *Burdeau*, Essai, S. 26. Ebenso *Chevallier*, aaO., S. 397; *Ripert*, Déclin, S. 5.

Die auslösende Ursache für das Auseinanderstreben der beiden Begriffe Recht und Gesetz lag darin, daß ihre Vereinigung im Gesetzesbegriff Folge sowohl einer individualistischen wie auch einer staatsverherrlichenden Strömung gewesen ist⁶⁴. Die individualistische Seite kam in der Garantie von Menschenrechten zum Ausdruck. Diese wiederum waren von den philosophischen Strömungen der Zeit getragen. Der Staat und seine Akte fanden keine Selbstrechtfertigung; beide fanden ihr Maß in und an der Vernunft, welche aber ihrerseits nur vom Menschen erkannt und zum Ausdruck gebracht werden konnte. Gesetz und Staat waren daher ohne das Individuum nicht denkbar, beides sind Rahmen, in denen sich die menschliche Natur entfalten mochte⁶⁵.

Die autoritäre Tendenz des Gesetzesbegriffes hingegen lag darin begründet, daß die Gesetze notwendigerweise von einem Organ positiviert werden mußten, um auf diese Weise die „volonté générale“ aus der nicht manifesten Gedankenwelt in sichtbare, feststellbare Formen umzusetzen. Es ist offenkundig: Verblaßt die Vorstellung einer notwendigen Ableitung des Gesetzes aus der Natur der Dinge, gerät in Vergessenheit, daß der Gesetzgeber nur die Funktion hat, der Vernunft seinen Mund zu leihen, ist es am Ende der Gesetzgeber selbst, der die Gesetze willkürlich festlegt.

Folgenreich, ja gefährlich mußte sich bei dieser Entwicklung der Umstand auswirken, daß eine Aufwertung des Gesetzgebers zu Lasten des Gesetzes unter Verlust der immanenten Schranken des Schemas der französischen Revolution vonstatten gehen würde⁶⁶. Mit der Ablösung der individualistischen Zeitströmung besonders im modernen französischen Verfassungsrecht wird diese Entwicklung sichtbar werden. Wir werden sehen, daß übertriebener Vernunftglaube schließlich die Übereinstimmung der Vernunft mit der Natur der Dinge zerbricht. Die Vernunft dominiert die Natur. Vorher schon hatte radikalisierte Individualismus die gesellschaftlichen Zwischenstufen zwischen dem Indivi-

⁶⁴ Zu diesen beiden Strömungen vgl. noch *Burdeau*, Essai, S. 10—12.

⁶⁵ In dieser Richtung *Portalis* anlässlich seiner Rede zur Einführung des Code civil (zitiert nach *Bonnecase*, aaO., Bd. I S. 511): „Le législateur ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois.“

⁶⁶ So *Burdeau*, Essai, S. 27 A 1: „...la doctrine révolutionnaire dit en somme à l'assemblée: 'Vous pouvez tout parce que vous n'êtes rien' mais à ignorer ainsi sa puissance on la rend illimitée, car un pouvoir reposant sur des données juridiques peut être limité (dans la mesure où il repose précisément sur ces données) mais un pouvoir extrajuridique échappe à toute limitation.“

Ebenso *Ellul*, aaO., S. 627: „...les mécanismes juridiques sont devenues autonomes, n'obéissant qu'à leur loi propre, ils se développent sans contrôle et sans limite.“

duum und dem Staat mittels der Monopolstellung des Gesetzes beseitigt. Ohne Rücksicht auf die sog. intermediären Gewalten wird daher der Staat dem einzelnen gegenüber treten können.

Auch die Ablehnung eines Verordnungsbegriffes in formeller Hinsicht auf dem Höhepunkt der Revolution muß als ein bedenkliches Unterfangen der damaligen Dogmatik erscheinen. In der Angleichung an den Gesetzesbegriff unter Zuhilfenahme des Allgemeinheitsmerkmals wurde dem Wesen der Verordnung in keiner Weise Rechnung getragen. Was nutzte es, die Anordnungen des Gesetzgebers nach Dekreten und Gesetzen zu unterscheiden, wenn beide in einer Hand vereint waren und allein nach Merkmalen wie nicht vorhandenem Dauercharakter und der Verbesonderung in sachlicher und örtlicher Hinsicht getrennt wurden! Sind diese materiellen Unterscheidungsmerkmale auch später noch durchgängig verwendet worden, so war doch die Stellung des Gesetzgebers als gesetzgebendes und die Verordnungen erlassendes Organ in jedem Falle schon aus praktischen Gesichtspunkten nicht haltbar. Wenn aber die republikanischen Exekutivverordnungen nur deswegen der Volksvertretung zugeordnet worden waren, um zu verhindern, daß mit ihrer Hilfe Herrschaft ausgeübt werden könne, wie man es von den „autonomen“ Verordnungen der königlichen Exekutive gewohnt war, weil sie von der Regierung und nicht dem Gesamtvolk ausgingen, so wissen wir heute, daß auch das Selbsttäuschung war. Auch der Erlaß allgemeiner von der Vernunft eingegebenen Regeln bedeutet Herrschaft; eine von der Vernunft diktierte Ordnung schließt nicht aus, daß sie mittels staatlicher Machtmittel durchgesetzt werden muß. So sehr sich auch die Französische Revolution bemüht haben mag, alles was Regierung hieß und was deren Funktionen hätte übernehmen können, zu beseitigen, so wenig konnte sie dabei Erfolg haben. Waren der Konvent und in noch umfangreicherem Maße das berühmte „Comité du salut public“ in vielerlei Hinsicht etwas anderes als Regierung und Verwaltung, die die Prärogative der königlichen Regierung usurpiert hatten? Mit Recht hat daher schon G. Jellinek sagen können, dieser Vorgang habe „einen gewaltigen historischen Beweis dafür (geliefert), daß durch Gesetz und Verfassung sich die Natur des Staates nicht hinwegdekretieren läßt, kraft derer die Gesetzgebung niemals die Regierung ersetzen kann“⁶⁷.

Ist diese Behauptung aber richtig, muß zugleich auch die Auffassung der Französischen Revolution falsch gewesen sein, Rechtssätze dürften, ja könnten sich allein im Gesetz anfinden. Wie im folgenden sichtbar werden wird, haben sich diese Erkenntnisse jedoch nur sehr zögernd Bahn brechen können.

⁶⁷ aaO., S. 89. Ebenso Moreau, aaO., S. 92 ff.

2. Kapitel

Die „Rédacteurs du Code Civil“, die Lehre der „Ecole de l'Exégèse“ und die weitere Entwicklung des Problems im 19. Jahrhundert

Obwohl mit der Ablösung der hochrevolutionären Verfassungen durch das Direktorialsystem zum Ende des Jahres 1795 die politische Stoßkraft der französischen Revolution praktisch zum Erliegen gekommen war und obwohl die Bedeutung des Gesetzes in der Verfassungswirklichkeit seitdem in ganz ähnlicher Weise wieder zurückging¹, blieb die Anziehungskraft und Wirkung des revolutionären Gesetzes- und Rechtsbegriffes, zu denen sich der Verordnungsbegriff nur als ein verkümmert Komplementärbegriff behaupten konnte, in der Folgezeit zumindest für die Wissenschaft durchaus ungeschmälert.

I. Portalis. Eine pragmatische Verwendung der Lehren der Revolutionszeit

Wenn daher zu Anfang dieses Kapitels von einem der Verfasser des Code civil, nämlich Portalis², gehandelt wird, so geschieht das weniger, um auf wichtige bevorstehende Änderungen bei den uns interessierenden Begriffen aufmerksam zu machen, sondern vornehmlich zu dem Zweck, um an Hand des Beispiels dieses wichtigsten Mitverfassers des französischen bürgerlichen Gesetzbuches aufzuzeigen, wie angesichts der Exzesse der Revolution versucht wird, für eine pragmatischere Handhabung der Ergebnisse der damaligen Ideen zu plädieren³. Freilich wird

¹ Voraussetzung war die Rückkehr zu einer gleichordnenden Gewaltentrennung mit der Direktorialverfassung vom 22. Aug. 1795 und die Wiederherstellung eines eigenen Funktionsbereiches für die Exekutive. — Der Art. 144 dieser Verfassung ordnete insoweit für das Direktorium an: „Le directoire pourvoit d'après les lois à la sûreté extérieure et intérieure de la République. Il peut faire des proclamations conformes aux lois et pour leur exécution...“ Vgl. Duverger, Constitutions, S. 52.

² Die weiteren „rédacteurs“ waren: Cambacères, Trouchet, Malleville, Bigot-Préamneux.

³ „... les siècles de philosophie et de lumière ne sont que trop souvent le théâtre des excès.“ Portalis bei Locré, Exposé des Motifs (Discours préliminaire und Discours de présentation du Code civil), Bd. I, S. 151 ff.

nur ein unbedeutender Ausschnitt aus der Lehre dieses Mahners zur Mäßigung gehört werden!

Portalis kannte keine ungerechtfertigten Identifizierungen. Instinktiv versteht er die Axiome der großen Revolution nicht als wissenschaftliche Wahrheiten, sondern als ideologische Forderungen, die immer nur annähernd verwirklicht werden können. Unter diesem Gesichtspunkt gilt zwar auch für *Portalis* eine bewußte innere Bezugsetzung zwischen Gesetz und Recht, aber ihm ist dabei das Verständnis für das Gesetz als Herrschafts- und Willensakt nicht abhanden gekommen. Diese Vorstellung wird deutlich, wenn man eine seiner Äußerungen anlässlich der Projektierung eines französischen Zivilgesetzbuches umkehrt: Er hatte ausgeführt: „les lois ne sont pas de purs actes de puissance, ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison; le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce...“⁴ Heißt das nicht m. a. W., daß die Gesetze zwar regelmäßige Akte der Weisheit, Gerechtigkeit und Vernunft darstellen, daß sie aber um deswillen sehr wohl auch „actes de puissance“ sein können?⁵ Der Gesetzgeber kann also beides: Einerseits das Recht bloß verbindlich feststellen, zugleich aber Autorität ausüben. Das aber schließt Identifizierung von Recht und Gesetz aus.⁶

In logischer Konsequenz folgte *Portalis* alsdann auch insoweit nicht der Mehrzahl seiner Zeitgenossen, als er ohne Zögern ausspricht, daß dem Gesetz nicht notwendigerweise „Ewigkeitswert“ zukommen müsse: „Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de tout prévoir... Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre quoi qu'on fasse; les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie... D'ailleurs comment enchaîner l'action du temps... Les lois, une fois qu'elles ont été rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes au contraire ne se reposent jamais...“⁷ Kann das etwas anderes heißen, als die Anerkennung der uns heute so geläufigen Tatsache, daß Gesetze von den täglichen Geschehnissen überholt werden können, so daß eventuell eine Neufassung notwendig wird? Klingt nicht ebenfalls an, daß das Verhältnis zwischen Gesetz und Recht immer nur ein Verhältnis der Annäherung sein kann?

Im übrigen ist allerdings *Portalis'* Stellungnahme zu den Merkmalen von Gesetz und Verordnung durchaus konventionelles Gedankengut. Er

⁴ nach *Loché*, aaO.

⁵ „Qu'est-ce qu'un Code civil? C'est“, so antwortet *Portalis*, „un corps de lois destiné à reviser, à diriger et à fixer les relations de sociabilité, de famille et d'intérêt qu'ont entre eux des hommes qui appartiennent à la même cité.“ (Nach *Loché* aaO.)

⁶ Ähnlich *Bonnecase*, aaO. Bd. I, S. 511—513.

⁷ Nach *Loché* aaO.

ist beglückt von der Rechtseinheit, die durch das Gesetz und insbesondere den „Code civil“ hergestellt werden wird (Monopol des Gesetzgebers). In gleicher Weise rühmt er die Unparteilichkeit des Gesetzes, welches „considère les hommes en masse, jamais comme particuliers“, wobei immer wieder bloß auf die „maximes générales du Droit“ abgestellt wird, um nicht in das „détail des questions“ eintreten zu müssen (Allgemeinheit, Unpersönlichkeit, Abstraktheit). Letzteres ist vielmehr Aufgabe der Verordnung: „Les détails d'exécution... sont du ressort des règlements.“ Freilich sind sie als solche immer nur „des actes de magistrature“, während die Gesetze „des actes de souveraineté“ sind.

Interessanterweise ist es gerade diese zwischen „principes“ und „exécution“ scheidende Theorie einer Gewaltenteilung gewesen, die *Portalis'* Nachruhm begründet hat.⁸ Nach unseren bisherigen Ausführungen muß sie uns freilich als der am wenigsten originelle Beitrag erscheinen. Zwar wird man *Portalis* das Verdienst zuschreiben dürfen, als erster den Begriff der „exécution“ zum „pierre de touche“ im Verhältnis der beiden uns interessierenden Gewalten erhoben zu haben. Andererseits erscheint diese Formulierung nur als die logische Synthese zwischen der Forderung *Rousseaus*, die Staatstätigkeiten nach dem Gegensatzpaar „allgemein/individuell“ zu organisieren, und dem Bedürfnis der Praxis, die Exekutive nicht allein auf eine Art Einzelfallsubsumtion zu beschränken.

Leider haben sich demgegenüber *Portalis'* Vorstellungen vom Gesetz als der bloßen Summe der Rechtsüberzeugungen einer bestimmten Zeit weit weniger bzw. fast überhaupt nicht durchsetzen können. Und gänzlich ungehört blieb schließlich die Erwägung, daß die Gesetzesform auch als Willensinhalt in Frage kommen könnte. Die Zeit für eine dissoziierende Betrachtungsweise gegenüber Gesetz und Recht war offensichtlich noch nicht reif.

II. Die Schule der Exegeten. Die Identifizierung von Gesetz und Recht

Im Gegenteil, zunächst ist sogar eine Steigerung in dem Bemühen zu erkennen, das Gesetz vollends mit dem Recht zu identifizieren, um auf diese Weise eine einzige verbindliche Rechtsquelle zu schaffen.

Hatte die Revolution noch für Freiheitsrechte und die Geltung des Vernunftrechtes kämpfen müssen⁹, ist das Naturrecht jetzt „... doc-

⁸ Sämtliche Zitate nach *Loché*, aaO.

⁹ Vgl. dazu z. B. *Moreau*, aaO., S. 39, 40, mit weiteren Nachweisen.

¹⁰ Dafür, daß die Forderung nach Freiheitsrechten nicht notwendig aus naturrechtlichen Auffassungen hervorgehen muß, vgl. besonders *Batiffol*, aaO., S. 58.

trine de gouvernement et non plus d'opposition¹¹. Freilich ist damit, ohne daß sich allerdings etwas an den einzelnen Merkmalen des Gesetzes ändern würde, eine wichtige Veränderung vor sich gegangen. Auf Ankündigungen waren wir schon gestoßen. *Bonnecase* hat in diesen Änderungen sogar den „*trait distinctif*“, den „*trait fondamental*“ einer ganzen Rechtsschule¹², nämlich der „*Ecole de l'Exégèse*“, gesehen.

Der Umschwung gegenüber der eigentlich revolutionären Epoche bestand darin, daß der „*culte du droit*“ durch einen „*culte du texte de loi*“ ersetzt wurde. Etwas weniger überspitzt hat das *Ripert*¹³ wie folgt gekennzeichnet: „*Tous ... font une brève allusion à l'existence d'un droit supérieur au droit positif et qui doit en imposer les règles. Mais après cette salutation, ils ne parlent plus jamais de droit naturel, tant ils sont convaincus que le droit ... qu'ils enseignent lui est en tout point conforme.*“ Wenn von *Bugnet*¹⁴, einem der berühmtesten Kommentatoren des „*Code civil*“ aus der Mitte des vergangenen Jahrhunderts überliefert ist: „*Je ne connais pas le Droit civil; je n'enseigne que le Code Napoléon*“, so ist auch dieser Ausspruch typisch für die „*Ecole de l'Exégèse*.“ Denn unter diesem Vorzeichen läßt die Schule der Exegeten nichts in die persönliche Ansicht des Kommentators gestellt sein. Die Aufgabe des Exegeten besteht nicht darin, auf das Recht einzuwirken. Würde der Jurist nämlich — so meinte man damals — über die buchstabengetreue Interpretation hinausgehen, würde er automatisch an die Stelle des Gesetzgebers treten. Diesem allein aber ist von der souveränen Nation die Rechtsfindung anvertraut worden. Immer und immer wieder versichern die Exegeten des „*Code civil*“ diese Überzeugung¹⁵.

Zu dieser Gleichsetzung von Gesetz und Recht, womit jegliche dualistische Betrachtungsweise aufgegeben wurde, trat jedoch noch eine andere Tendenz der hier geschilderten Lehre. Freilich wird gerade sie die ganze Widersprüchlichkeit auch dieser Rechtsschule offenlegen. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang die Überzeugung, daß bei der Gesetzesinterpretation auf den Willen des Gesetzgebers abzuheben sei: Die nicht berechneten und durch mehrdeutige Formulierungen zuweilen sprachlich unzulänglichen Gesetze können nicht aus sich selbst interpretiert werden. Daher sagte man, „(qu') un texte ... ne vaut rien par lui-même, mais seulement par l'intention du législateur qu'il est censé

¹¹ *Ripert*, Régime démocratique, S. 45.

¹² aaO. Bd. I, S. 524.

¹³ Régime démocratique, S. 45.

¹⁴ Dieses Zitat ist Allgemeinbesitz geworden und findet sich in jedem einschlägigen Werk.

¹⁵ Vgl. die aufschlußreichen Zitate hinsichtlich *Laurent* und *Demolombe* bei *Bonnecase*, aaO., Bd. I, S. 524/526 und S. 290 ff.

traduire¹⁶“. Die Furcht vor einem „*règne des juges*“¹⁷, die noch aus der Zeit des „*ancien régime*“ herrührt, verschaffte sich außerdem Gehör. Beides zusammen brachte dann den folgenden Syllogismus hervor: Ist der Gesetzgeber schon berechtigt, das Recht allgemeinverbindlich festzusetzen, muß auch er allein die „*authentische*“ Interpretation abgeben können!

Bedeutet diese Verwendung des gesetzgeberischen Willens als Auslegungsmaxime aber nicht bereits, daß das positive Recht auch zugleich Wille des Parlamentes ist? Woher kommt denn eigentlich die Überzeugung, daß der Gesetzgeber sich an die Sätze der Vernunft halten und nicht seine eigenen, möglicherweise egoistischen Ziele in die Inhalte der Gesetze füllen werde?

Dieses Paradoxon dürfte seinen tieferen Grund in dem fortdauernden revolutionären Idealismus einerseits und dem staatsbejahenden Charakter der „*Ecole de l'Exégèse*“ andererseits haben, beides Komponenten, auf die wir oben bereits gestoßen waren. Idealistisch ist das Vertrauen in die Perfektion des Gesetzes. Etatistisch ist diese Schule, weil sie die Omnipotenz des Gesetzgebers herausfordert. Beispielhaft für beides ist eine Stelle bei *Mourlon*: „*En jurisprudence il ne peut y avoir de raison plus raisonnable, d'équité plus équitable, que la raison ou que l'équité de la loi. Malheureusement, cette règle n'est pas assez bien comprise dans la pratique. On voit tous les jours les juges traiter de vaines subtilités les solutions du Droit positif et les pervertir à force d'équité! Ce sont de mauvais juristes*“¹⁸. Einige weitere Fortschritte in dieser Richtung und Frankreich wäre damals auf seine Weise in die Bahn des positivistischen Voluntarismus gestoßen worden. Diese Tendenz allein der deutschen Rechtsphilosophie seit der historischen Rechtsschule unter *Savigny* zu unterstellen, ist jedenfalls eine Verzerrung. Auch ist es falsch zu behaupten, daß diese Entwicklungslinie dem „*goût de l'esprit français*“ grundsätzlich widerspreche, wie man sich immer wieder schmeichelt¹⁹. Die französische Rechtsgeschichte ist zu voll von entgegengesetzten Beispielen.

Nach alledem muß also ein logischer Bruch in der Gesetzeslehre der Exegeten festgestellt werden. Es ist im wesentlichen der, den *Burdeau*

¹⁶ So *Bonnecase*, aaO., Bd. I, S. 526.

¹⁷ Sie ist auch schon bei *Montesquieu* vorhanden, wenn er der richterlichen Gewalt überhaupt keine eigenständige Funktion zubilligen will, sondern sie nur als „*la bouche qui prononce les paroles de la loi*“ bezeichnet; vgl. *Montesquieu*, aaO., liv. XI, chap. VI (Bd. II S. 72).

¹⁸ Zitiert nach *Bonnecase*, aaO., Bd. I, S. 531, 532.

¹⁹ Vgl. einen bibliographischen Hinweis bei *Ripert*, Régime démocratique, S. 48 A 1. Meistens wird dabei auf *Ihrings* Maxime des Zwecks im Recht hingewiesen, der notfalls mittels Gewalt durchgesetzt werden müsse.

bereits im revolutionären Gesetzesbegriff erkannte. *Bonnet* geht sogar so weit, darin den nach seiner Einteilung vierten Wesenszug²⁰ der Exegetenschule zu sehen. Er scheint darin zu liegen, daß es unmöglich ist, im Gesetz die getreue Wiedergabe eines dahinter stehenden Naturrechtes zu sehen und es zugleich auf einen autonomen gesetzgeberischen Willen zu stützen. Der Bruch läßt sich nur vermeiden, wenn das eine Merkmal dem anderen nachgeordnet wird. Unter diesem Gesichtspunkt ist man freilich geneigt anzunehmen, daß die nachzuordnende Beziehung in dem beschriebenen Gesetzesbegriff die Rückführung auf das Naturrecht gewesen ist. So gesehen ist der logische Widerspruch bei den Exegeten vielleicht weniger eklatant als ihn *Bonnet* darstellt. Allerdings müßte man dann dieser Rechtsschule den Vorwurf machen, daß sie ihre eigene Methode verkannt hat und sich über den Standpunkt ihres rechtsgeschichtlichen Beitrages im unklaren war.

III. Der Liberalismus. Das Gesetz und die Begriffe „Allgemeinheit“ und „Freiheit“

Die Richtigkeit unserer Annahme findet sich dadurch bestätigt, daß in der Folgezeit betont liberalistische Strömungen an Einfluß gewannen. Man braucht sie nicht nur als Reaktion auf den unitären Zug der Revolution zu verstehen. Vielmehr muß man in ihnen auch die Ablehnung der etatistischen Tendenzen der „Ecole de l'Exégèse“ sehen. Zwar wird wieder nichts an den schon angetroffenen Merkmalen von Gesetz und Recht geändert. Jedoch wird für das Einzelmerkmal der Allgemeinheit eine neue Begründung gesucht. Hier sind besonders die Bemühungen von *Constant* und *Proudhon* zu erwähnen.

1. Benjamin Constant

Während *Rousseau* und wohl auch *Montesquieu* glaubten²¹, daß Freiheit bestünde, wenn die Bürger tun dürften, was die Gesetze gestatteten, begann für *Constant* die Freiheit erst mit der Errichtung sog. „staatsfreier“ Bereiche, in die das Gesetz erst gar nicht eindringen dürfe: „Il y a ... une partie de l'Existence humaine qui, de nécessité, reste individuelle et indépendante ... Les citoyens possèdent des droits individuels indépendants de toute autorité sociale ou politique et toute autorité qui viole ces droits devient illégitime“²².

²⁰ aaO., Bd. I, S. 534 ff.

²¹ Vgl. etwa *Rousseau*, aaO., liv. I, chap. VI (S. 244): „Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale...“ und *Montesquieu*, aaO., liv. XI, chap. III (Bd. II S. 61): „La liberté est le droit de faire tout ce que les loix permettent...“

²² B. *Constant*, Principes, chap. I (S. 1071, 1075).

Man erkennt ohne große Mühen, daß eine grundstürzende Umkehrung der Betrachtungsweise stattgefunden hat. Zwar wählt auch *Constant* die viel berufene „volonté générale“ zum Ausgangspunkt, wenn er bekennt: „Notre constitution actuelle reconnaît formellement ... la suprématie de la volonté générale sur toute volonté particulière. Ce principe, en effet, ne peut être contesté“²³. Damit werden zugleich auch alle Konsequenzen dieser „volonté générale“, allen voran die „généralité de la loi“ anerkannt. Aber eines ist jetzt richtiggestellt: Durch die Allgemeinheit der Gesetze allein können die bürgerlichen Freiheiten nicht mehr errichtet und bewahrt werden: „Lorsqu'on établit que la souveraineté du peuple est illimitée, on crée et l'on jette au hasard dans la société humaine un degré de pouvoir trop grand par lui-même, et qui est un mal, en quelques mains qu'on le place“²⁴.

Dies ist der erste Vorwurf, der den Theorien *Rousseaus* zu machen war. *Rousseau* hatte übersehen, daß es gewisse Rechte geben muß, auf die ein unverzichtbarer Anspruch besteht und auf die nicht einmal eine überindividuelle Macht, wie die „volonté générale“, einwirken durfte. Außerdem aber hatte *Rousseau* unberücksichtigt gelassen, daß das Gesetz kaum jemals, jedenfalls nicht im modernen Großstaat, von der Gesamtheit des Volkes erarbeitet und erlassen werden konnte, sondern daß es dazu i. d. R. besonderer Organe bedurfte. Dabei war noch nicht einmal darauf Bedacht genommen; „(que l') assentiment (même) de la majorité ne suffit nullement dans tous les cas, pour légitimer ses actes: il en existe que rien ne peut sanctionner; lorsqu'une autorité quelconque commet des actes pareils, il importe peu de quelle source elle se dit émanée, il importe peu qu'elle se nomme individu ou nation; elle serait la nation entière, moins le citoyen qu'elle opprime, qu'elle n'en serait pas plus légitime“²⁵. Hieß das aber nicht zugleich, daß die „généralité de l'origine“ im Sinne *Rousseaus* im Grunde eine irrealer Größe darstellte, und verlor um deswillen nicht auch die „généralité de l'objet“ ihre Basis?

An dieser Konsequenz gibt es für *Constant* keine Zweifel. Nicht ohne Grund hat er deswegen die Freiheit von unberechtigtem staatlichem Zwang zum Angelpunkt seines Systems erhoben: „C'est peu que le pouvoir exécutif n'ait pas le droit d'agir sans le concours d'une loi, si l'on ne met pas de bornes à ce concours, si l'on ne déclare pas qu'il est des objets sur lesquels le législateur n'a pas le droit de faire une loi, ou en d'autres termes que la souveraineté est limitée, et

²³ Principes, chap. I (S. 1069).

²⁴ Principes, chap. I (S. 1070).

²⁵ Principes, chap. I (S. 1071).

qu'il y a des volontés que ni le peuple, ni ses délégués, n'ont le droit d'avoir²⁵." Wird dieses Axiom im Auge behalten, werden die Gesetze zwar i. d. R. den Anforderungen der „généralité“ genügen. Aber dieses Allgemeinheitspostulat erweist sich vorwiegend als ein Imperativ der positiven Rechtsordnung, nicht unbedingt als eine Eigenschaft des Gesetzes. Andere positivrechtliche Regelungen erscheinen zumindest nicht ausgeschlossen.

Erkannt wurden diese Strukturen durch ein zunehmend sich ausbreitendes gesundes Mißtrauen gegenüber dem Staat, das der Revolutionszeit ganz abhanden gekommen war. Erkannt wurde, daß der Gesetzesbegriff, wie er besonders von den Exegeten überliefert worden war, in gefährlicher Weise zur Oppression neigte. Bei dieser Erkenntnis ist es jedoch zunächst verblieben.

2. Pierre Joseph Proudhon

Auch bei Proudhon wird die Allgemeinheit von außen in das Gesetz gebracht. Er unterscheidet zwischen zwei politischen Grundprinzipien, die — geschichtlich jederzeit und überall wirksam — antithetisch zueinander stehen: Es sind das die Begriffe „autorité“ und „liberté“²⁶. Die freiheitlichen Systeme, denen Proudhons Neigungen gelten, gründen auf der „liberté“. Unter ihnen wählt er die Demokratie aus²⁷.

Damit aber die Demokratie, die allein noch kein ausreichender Garant der Freiheit ist, sich voll entfalten kann, gilt es außerdem das Prinzip der „fédération“ zu beachten. Dieses besteht im wesentlichen in einer „convention par laquelle ... plusieurs ... s'obligent réciproquement et également ... pour un ou plusieurs objets particuliers“²⁸. Es handelt sich also um einen modifizierten²⁹ Gesellschaftsvertrag, der sich besonders dadurch auszeichnet, daß seine Adepten „se réservent, en formant le pacte, plus de droits, de liberté, d'autorité, de propriété, qu'ils n'en abandonnent“³⁰.

²⁵ Principes, chap. I (S. 1074). Damit hat Constant als einer der ersten in Frankreich dem später immer häufiger anzutreffenden Mißtrauen gegenüber Gesetz, Gesetzgebungsverfahren und Gesetzgeber sinnfällig Ausdruck verliehen. Ebenso Burdeau, Traité Bd. V, S. 181, 182.

²⁶ Proudhon, aaO., S. 47.

²⁷ aaO., S. 54 ff.

²⁸ aaO., S. 104.

²⁹ Insbesondere ist der „contrat de fédération“ nicht mehr als eine rein gedankliche Fiktion wie bei Rousseau der „contrat social“ zu verstehen. Vielmehr gilt zwischen beiden „toute la distance de la réalité à l'hypothèse“. Vgl. Proudhon, aaO., S. 104 Anm. (a).

³⁰ aaO., S. 105.

Sind diese Voraussetzungen gewahrt, liegt ein echter „contrat de fédération“ vor. Er ist schon um deswillen ein ausgezeichnete Garant der bürgerlichen Freiheiten, weil die Behörden, die sich mit seiner Ausführung, seiner „exécution“ beschäftigen werden, niemals endgültig die Oberhand über die „Vertragsunterworfenen“ gewinnen können. Denn der Umfang der vorbehaltenen Rechte wird immer größer sein als die Gesamtheit der eingebrachten, aufgegebenen Rechte.

Es leuchtet ein, daß die „généralité“ der Maßnahmen in Ausführung des „contrat de fédération“ wiederum nur von untergeordneter Bedeutung sein kann. So erscheint denn dieses Axiom bei Proudhon auch ganz beiläufig, wenn es heißt, daß der „contrat de fédération (a) pour objet ... de pourvoir, par des mesures générales, à tout ce qui intéresse la sécurité et la prospérité commune ...“³¹. Das Erfordernis der Allgemeinheit für die obersten staatsleitenden Anordnungen besitzt keine eigene Existenzberechtigung mehr, denn der Schutz der bürgerlichen Freiheiten, der Grundrechte, kann auf andere Weise sichergestellt werden. Das ist jetzt grundsätzlich erkannt. Gleichwohl wird es noch lange genug dauern, bis die für den Gesetzesbegriff fälligen Konsequenzen gezogen werden.

IV. Die weitere Entwicklung. Vorschau auf die zukünftigen Angriffe gegen das Gesetz als bevorzugten Träger des Rechts

Ehe der Verordnungsbegriff der nachrevolutionären Zeit dargestellt werden kann, soll aus Gründen des besseren Verständnisses und des Zusammenhanges abrißartig die weitere Entwicklung dieses deformierten, aber immer noch eigentlich revolutionären Gesetzesbegriffes durch den größten Teil des 19. Jahrhunderts verfolgt werden. Wiederum können wir uns auf das Verhältnis des Gesetzes zum Recht beschränken, denn der Gesetzesbegriff als solcher bleibt nach wie vor unangetastet; er bleibt es überraschenderweise bis fast in das 20. Jahrhundert, obwohl seine entstehungsgeschichtliche Abhängigkeit von einem im System selbst verankerten Überrecht doch längst zerbrochen ist³². Dieser Bruch wird vorerst aber nur insoweit sichtbar, als die Identifizierungen des Gesetzes mit dem Recht rückläufig werden. Es wächst die Überzeugung, das Recht als eine Art Überbau zu den gesetzten Rechtsregeln verstehen zu müssen, was einer Herabstufung des Gesetzes gleichkommt.

Die Unangefochtenheit des Gesetzesbegriffes selbst darf demgegenüber nicht zu sehr überraschen. Mit der beginnenden Dissoziation des

³² aaO., S. 106.

³³ Das hebt auch Böckenförde, aaO., S. 45 mit einem Zitat von Richard Thoma hervor. Vgl. außerdem Kopp, aaO., S. 208/209.

Gesetzes vom Recht mußte sich das Interesse, das früher dem Gesetz entgegengebracht worden war und nun einer zunehmenden Gering-schätzung³⁴ Platz machte, zunächst erst einmal vom Gesetzesbegriff auf den Rechtsbegriff verlagern. Endlich läßt sich für den dem Gesetz entgegengebrachten wissenschaftlichen Interessenschwund aber auch der Umstand verantwortlich machen, daß vorerst eine ausgebildete wissenschaftliche Disziplin noch fehlte, die sich mit einem mehr rechtstechnischen Gesetzesbegriff hätte beschäftigen wollen und können. Dazu bedurfte es erst eines E. Laferrrière³⁵, der nach Bonnacase³⁶ auf dem Gebiet des öffentlichen Rechtes einer der ersten war, der zu dem Richtungswechsel in der Lage war „à embrasser le culte du Droit au détriment de celui de la loi et de l'arbitraire“. Aber auch ihm ging es vornehmlich darum, zwischen Gesetz und Recht das richtige Verhältnis wiederherzustellen, das durch die Ideen der Revolution und die nachrevolutionäre Epoche so gründlich verzerrt worden war.

Von diesem Beispiel abgesehen, wandten sich somit gegen die übertriebenen Identifizierungen des Rechts mit dem Gesetz vorwiegend die nachstehenden Rechtsschulen: die historische Rechtsschule, ein wiederbelebtes und zugleich neu verstandenes Naturrecht, die heraufkommende Disziplin der Soziologie und die französische Spielart der Freirechtsschule.

1. Die historische Rechtsschule

Über die historische Rechtsschule³⁷ braucht an dieser Stelle nicht viel gesagt zu werden. Sie machte sich in Frankreich später als in Deutschland bemerkbar und erzielte auch nicht den Einfluß, den sie anderswo erreichte³⁸. Gleichwohl bewirkte sie auch in Frankreich, indem sie sich sowohl gegen jede Spielart des Naturrechts wie auch gegen die neuen französischen Kodifikationen wendete, die plötzliche Isolierung der Naturrechtsschule: „Le droit naturel était expulsé, jusqu'à ses dernières conséquences, aux trois degrés de la fonction juridique: législative, scientifique et judiciaire³⁹.“ Das lag daran, daß die historische Rechtsschule für die Genesis des Rechtes zwei historische Wahrheiten formulierte, die wir uns heute nicht mehr hinwegdenken können, näm-

³⁴ Burdeau, *Essai*, S. 30; Ripert, *Régime démocratique*, S. 33/34.

³⁵ 1841—1901.

³⁶ aaO., Bd. I, S. 392.

³⁷ Die eindringlichste Darstellung und zugleich Kritik derselben für Frankreich stammt von Saleilles, aaO., S. 80 ff., bes. S. 91 ff.

³⁸ Vgl. Burdeau, *Essai*, S. 35.

³⁹ Saleilles, aaO., S. 83. Ähnlich Burdeau, *Essai*, S. 29 u. 34.

lich die Vorstellung von einem ständigen Wandel des Rechtes und die Rückführung dieser Veränderungen auf die Macht der gesellschaftlichen Kräfte. Es liegt auf der Hand, daß diese Gedankengänge zu einer Umkehrung der Methode führen mußten: Nicht mehr konnte man von der Vernunft, einem Gerechtigkeitsideal ausgehen und daraus die Fakten herleiten, die gewünscht wurden. Vielmehr galt es jetzt, die Fakten zu beobachten und sie allenfalls im Anschluß hieran mit der Vernunft und einem Gerechtigkeitsideal zu versöhnen.

Freilich löste diese Betrachtungsweise des ewigen Problems nach dem Ursprung des Rechts die Umklammerung des Rechtes vom Gesetz oder auch umgekehrt des Gesetzes vom Recht und machte es möglich, sich von der Annahme zu lösen, daß die Rechtsregel um ihretwillen unabänderlich sein müsse. Doch indem sich die historische Rechtsschule auf die Erkenntnis beschränkte, daß sich das Recht fortlaufend verändere, ohne das Problem zu lösen, wie es sich im Einzelfall entwickle, weigerte sie sich, „à devenir une méthode, soit de création législative, soit d'interprétation doctrinale. L'école historique venait d'abdiquer⁴⁰.“ „Elle avait fait du droit un chapitre pur et simple de l'histoire, lui enlevant désormais son autonomie propre⁴¹.“ Der vielversprechende Ansatz führte somit in eine Sackgasse.

2. Die „Renaissance“ des Naturrechts

Interessanter und für Frankreich bedeutsamer ist die Wiederbelebung des Naturrechts gewesen, die man sich in gewisser Hinsicht gleichzeitig als Reaktion auf die Angriffe der historischen Rechtsschule vorstellen kann. Diese Wiederbelebung wurde in der Doktrine im wesentlichen von Saleilles verfochten, indem er wie in Deutschland Stammler die Idee eines Rechtes mit wechselbarem Inhalt⁴² propagierte: Ce qui ne change pas, c'est le fait qu'il y a une justice à réaliser ici-bas, c'est le sentiment que nous devons à tous le respect de leur droit dans la mesure de la justice sociale et de l'ordre social. Mais quelle sera cette justice; quel sera cet ordre social? Nul ne peut le dire a priori. Toutes ces questions dépendent des faits sociaux avec lesquels le droit entre en contact; ces faits changent, évoluent et se transforment⁴³.“ Gedacht war dieses Vorgehen als ein Akt der Aussöhnung zwischen Naturrecht und historischer Rechtsschule: „La première (die Naturrechtsschule) donnera le cadre solidement fixé au mur, l'autre (die historische Rechts-

⁴⁰ Saleilles, aaO., S. 95.

⁴¹ Saleilles, aaO., S. 93.

⁴² Stammler, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung* (1896), S. 685.

⁴³ Saleilles, aaO., S. 98, 99.

schule) périodiquement changera la toile. On peut accepter facilement l'idée qu'il y a un droit éternel si le contenu de ce droit varie d'une façon incessante... Elle (diese Idee) permet, en effet, d'accueillir toutes les règles nouvelles comme des manifestations de l'idée éternelle de Justice⁴⁴."

Man erkennt, daß auch hier das alte Verhältnis der gesetzten Regel zum Recht erschüttert ist. Weder erscheint das Recht länger als eine stabile Größe noch kann dies hinfort vom Gesetz z. B. gesagt werden⁴⁵. Während aber die historische Rechtsschule u. a. aus diesem Grunde auf Kodifikationen überhaupt verzichten wollte, trifft dies für die hier behandelte Rechtsschule gerade nicht zu. Ihr kam es gerade auch darauf an zu klären, wie sich das Recht entwickeln wird und soll. Das aber setzt von außen kommende Initiativen voraus.

Doch welches sind nun hierfür die geeigneten Maßstäbe? In dieser Beziehung zeigt es sich, daß im Grunde vergleichsweise wenig gewonnen wird, wenn man in eine apriorische Sicht vom Recht die Vorstellung von der Wandelbarkeit der Dinge einführt. Die Werte selbst, wenn sie auch dauernden Änderungen unterliegen, müssen jedenfalls bestimmbar sein. Saleilles selbst muß das zugeben: „... la question du droit naturel n'a pas changé de caractère; il s'agit toujours de savoir s'il existe un critérium scientifique de la valeur objective des solutions fournies par les appréciations individuelles⁴⁶."

Wie die Erfahrung lehrt, ist dieses Problem von der wiederbelebten Naturrechtsschule ebensowenig gelöst worden wie von all den früheren Bemühungen in dieser Richtung. So ist es daher nur symptomatisch, wenn Saleilles z. B. die Aufgaben und Ziele gesetzgeberischen Wirkens wie folgt abgesteckt hat: „Il serait, sans doute, très dangereux que (le législateur) fit abus de notions idéales de droit naturel; car, pour lui, plus que pour d'autres, manquerait la possibilité d'en apprécier avec calme et dans toute sa rigueur scientifique la valeur objective. Son système de droit naturel risquerait fort de se confondre avec son système politique; aussi serait-il à souhaiter qu'il se résignât de plus en plus à faire de la politique juridique sur des bases positives et purement expérimentales, se mettant à la remorque des faits et des besoins qui s'imposent⁴⁷."

Hier zeigt sich deutlich das selbstzerstörerische Element dieser neuen Rechtsschule: Das Axiom einer fortschreitenden Entwicklung des Rechts

⁴⁴ Ripert, Régime démocratique, S. 52.

⁴⁵ Vgl. G. Burdeau, Essai, S. 36; „C'est... sous réserve de sa conformité avec le droit naturel qu'on lui (dem Gesetz) conservait le titre de règle de droit.“

⁴⁶ aaO., S. 100.

gewinnt offenkundig die Oberhand über die Notwendigkeit, diese Entwicklung in Übereinstimmung mit den objektiven Wertvorstellungen zu bringen. Die Aktion überwältigt die Stabilität. Wohin wird sich dieses Spannungsfeld entwickeln? Eine Theorie des reinen Empirismus kündigt sich an. Ihre wissenschaftliche Durchdringung bleibt allerdings offen.

3. Die soziologischen Strömungen

Von nicht spezifisch juristischer Seite haben Angriffe gegen den Gesetzesbegriff im weiteren die Soziologen vorgetragen. Ausgehend von einem Begriff des „fait social“ hielten sie das Wesen des Rechtes im Studium der sozialen Phänomene für erkennbar. Dementsprechend war für sie die Aufgabe des Gesetzgebers darauf beschränkt, die Gesellschaft zu beobachten, die sie konstituierenden Regeln festzuhalten und dann in Gesetzesform zu kleiden. Mit der historischen Rechtsschule war den Soziologen hierbei die Überzeugung gemeinsam, daß sich das Recht unabhängig von vorgegebenen, unveränderlichen Größen bilde; sie unterschieden sich aber darin, daß z. B. Savigny und Puchta immerhin noch eine Idee von Recht und Gerechtigkeit in der dauernden Neubildung sahen⁴⁸, wohingegen für kompromißlose Soziologen das Recht sich wie Naturgesetze, frei von jeglichem Wert und jedem Ziel entwickelte. Eine frappierende⁴⁹ Übereinstimmung dieser beiden Strömungen lag dann aber darin, daß hier wie dort die Unmöglichkeit der Rechtsfortbildung durch autonome Willensäußerungen proklamiert wurde. Fatalistische Geschichtsauffassung ist daher eine weitere Gemeinsamkeit beider Zeitströmungen. In Wahrheit ist freilich besonders die soziologische Rechtslehre Duguits gar nicht so fatalistisch ausgefallen. Wir werden sehen, daß er nach anfänglichem Zögern der Idee der Gerechtigkeit Raum gegeben hat, wodurch sich seine Lehre von einem reinen Positivismus allerdings wieder entfernen mußte⁵⁰.

Für den Gesetzesbegriff selbst werden diese soziologischen Lehren noch weiterreichende Folgen haben als die hier angedeuteten. Nicht nur wird wiederum die Assoziationskette „Gesetz — Recht“ angegriffen und die Verbindung „Gesetz — soziales Verhalten“ ersetzt. Es zerbricht erstmals ein traditionelles Element des Gesetzes, und zwar das der Dauer.

⁴⁷ aaO., S. 103.

⁴⁸ Ohne allerdings sagen zu können oder zu wollen, wie sich das Recht entwickelt, vgl. vorstehend im Text die Anm. 40 und 41.

⁴⁹ Batiffol (aaO., S. 31) bezeichnet die historische Rechtsschule sogar ausdrücklich als Bahnbereiterin der „école sociologique“. Ebenso Cuche, aaO., S. 64.

⁵⁰ Vgl. unten 7. Kap. I.

4. Die Freirechtsschule. F. Géný

Die wenn auch zeitlich nicht gerade letzten Glieder in der Kette dieser Angriffe sind die scharfsinnigen Ausführungen, die sich mit dem Namen von F. Géný verbinden. Sein Name bedeutete für Frankreich das Heraufkommen des sog. „droit libre“, das in der deutschen Freirechtsschule seine Entsprechung findet. Ihm und den zahlreichen Vertretern von Spielarten dieser Idee erschienen die gesetzlichen Rahmen als Ausdrucksformen für das geltende Recht nunmehr endgültig zu starr und zu eng, um nur mit ihrer Hilfe den vielschichtigen wirtschaftlichen, politischen und sozialen Bewegungen einer sich rasch verändernden Welt gerecht zu werden. Daher muß das Recht dynamisiert werden.

In seinem Werk „La science et technique en droit privé positif“ lehrt Géný den berühmten Unterschied zwischen dem, was er „le donné et le construit“ nennt: „Tantôt il s'agit de constater purement et simplement ce que révèle la nature sociale interprétée d'après elle ou suivant les inspirations d'un idéal supérieur, pour aboutir à des règles d'action ... c'est ce que j'appelle le *donné*, qui doit formuler la règle de droit telle qu'elle ressort de la nature des choses ... Tantôt le travail à réaliser, partant des données naturelles acquises, tendra à les mettre en œuvre, les transformer ou les assouplir, de façon à les modeler sur les besoins mêmes de l'ordre juridique pour lequel elles sont destinées. Et le résultat de l'effort ainsi poursuivi ... peut ... être qualifié de *construit*, puisque, au moyen d'un travail tout subjectif, il tend à ériger la règle brute en précepte capable de s'insérer dans la vie et d'animer celle-ci en vue des fins suprêmes du droit⁵¹.“ Wieder erleben wir die Trennung des Rechtes vom Gesetz. Das ist zunächst ein nur negatives Werk, wie Géný selbst anerkennt⁵²; er weist jedoch zugleich den Weg, wie aus der Erkenntnis der Lückenhaftigkeit des Gesetzes eine Methode gewonnen werden kann, um diese Lücken auszufüllen.

Doch zunächst ein Wort zu der Unzulänglichkeit des Gesetzes selbst. Sie ergibt sich daraus, daß das Gesetz ein menschliches Werk ist und schon deswegen notwendigerweise mangelhaft sein muß. Dieser Gedanke ist für Géný selbstverständlich, sobald man sich darüber im klaren ist, daß das Gesetz keinen unmittelbar göttlichen Ursprung hat. Weiterhin muß das Gesetz aber immer unvollständig bleiben, weil es niemals alle Sachverhalte erfassen kann, wie weitsichtig auch der Gesetzgeber sein mag. Als erleuchtete Zeugen für diese unbestreitbare Tatsache werden *Aristoteles* und *Savigny* zitiert⁵³.

⁵¹ Vgl. *Science* Bd. I, S. 97.

⁵² Vgl. *Méthode* Bd. I, S. 203.

⁵³ Zum Ganzen: *Méthode* Bd. I, S. 116/117.

Hinzu kommt, daß es immense juristisch-technische Schwierigkeiten in sich birgt, sowohl die Reichweite eines Gesetzes genau vorauszusehen als auch den verfolgten gesetzgeberischen Willen zweifelsfrei in Gesetzesform zu bringen. Kann das unklare Gesetz als Rechtsquelle herangezogen werden? Géný ist ganz deutlich: „... la velléité législative qui n'a pas su prendre conscience d'elle-même, se fixer en une volonté précise, puis se traduire dans le texte authentique de la loi, demeure non avenue pour l'interprète, et ne peut entrer en ligne dans l'application du droit positif⁵⁴.“ Ganz folgerichtig ist daher die Feststellung, daß diejenigen Methoden überholt seien, die jede Lösung eines Problems auf eine positive Textstelle stützen wollten. Denn das kann nur dazu führen, daß in ein Gesetz hineininterpretiert wird, was nicht in ihm steckt.

Dort wo nun die Grenzen des Gesetzes einmal erreicht sind, wo seine Lücken sichtbar werden, liegt der Ansatzpunkt für das was Géný die „libre recherche scientifique“ nennt⁵⁵. Sie geht im wesentlichen den gleichen Weg, den der Gesetzgeber einschlagen muß, sobald er sich der Regelung eines neuen Gebietes annimmt. So sagt Géný: „Aussi, n'hésiterai-je point, dans le silence ou l'insuffisance des sources formelles, à indiquer, comme ligne générale de direction pour le juge, celle-ci: qu'il (der Richter) doit former sa décision de droit, d'après les mêmes visées, qui seraient celles du législateur, s'il se proposait de régler la question.“ Allerdings, so muß bemerkt werden, besteht ein Unterschied. Sind für den Gesetzgeber kaum Hemmnisse in der Möglichkeit der freien Würdigung einer Frage denkbar, hat sich der Richter, weil er einen Einzelfall vor sich hat, jeglicher persönlich-wertender Stellungnahme zu enthalten. Zwar ist er nach der Wortbedeutung der „libre recherche scientifique“ insoweit frei als er in gewisser Hinsicht aus dem Leeren schöpft, aber er darf nur auf objektive Elemente zurückgreifen. Im Ergebnis treffen wir also dieselbe Anschauung an, die im berühmten Art. 1 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches der Schweiz zum Ausdruck kommt⁵⁶. Es ist einleuchtend, daß die Fortführung einer solchen Lehre für den überkommenen Gesetzesbegriff weitreichende Folgen haben mußte. Wir werden darauf anlässlich der Behandlung von Einzelbeispielen zurückzukommen haben.

Was hier als besonders wichtig festgehalten werden muß, ist vor allem der Umstand, daß auf diese Weise das gesetzgeberische Monopol bei der

⁵⁴ F. Géný, *Méthode* Bd. I, S. 120.

⁵⁵ Zum folgenden: *Méthode* Bd. I, S. 113 und Bd. II, S. 77 ff. Vgl. auch unten das 16. Kap. zu den sog. „Principes généraux du droit“.

⁵⁶ „Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.“

Auffindung der Rechtsregeln verlorengehen wird. Nicht mehr das Gesetz ist die alleinige Fundstelle für die Rechtssätze. Weitere Rechtsquellen treten in Erscheinung. Es leuchtet ein, daß nicht zuletzt die Verordnung von dieser dogmatischen Situation profitieren wird. Eine Lösung der Abhängigkeit der Verordnung aus dem Verhältnis der strikten Unterordnung unter das Gesetz steht unmittelbar bevor. War zuerst bewußt geworden, daß im Gesetz nicht notwendigerweise eine Verkörperung der „volonté générale“ anzutreffen sei, so wird jetzt bald herausgearbeitet werden, daß das Gesetz nicht einmal mehr allein das Recht feststellen kann, daß es vielmehr nur noch eine bevorrechtigte Organisationsnorm des Rechtes ist. Dadurch werden freilich unsere Probleme immer mehr zu solchen der positiv-rechtlichen Gewaltengliederung.

V. Übersicht über die nachrevolutionäre Entwicklung des Verordnungsbegriffs

Konnte in den vorangegangenen Betrachtungen angedeutet werden, daß der französische Gesetzesbegriff zum Ausgang des 19. Jahrhunderts weitreichenden Angriffen ausgesetzt war, deren konkreten Folgen wir im weiteren begegnen werden, wird in dem kurzen Überblick über die Entwicklung des nachrevolutionären Verordnungsbegriffes nur eine geringe Veränderung der Gesamtsituation angetroffen werden können. Zwar variierten in rein tatsächlicher Hinsicht die Möglichkeiten des Verordnungsgebers nicht unbeträchtlich. Es braucht insoweit nur auf die Systeme der beiden Kaiserreiche und die Restauration in Frankreich hingewiesen zu werden. Aber diese Regime haben sich für die Wissenschaft gewissermaßen außerhalb der verfassungsmäßigen Verordnung bewegt. Das Dogma von der Verordnung als dem bloßen Handlanger des Gesetzes ist in der Lehre im großen und ganzen unangetastet geblieben⁵⁷.

1. Das 1. Kaiserreich

In der Konsultatsverfassung vom Jahre VIII wurde die Verordnungstätigkeit wie folgt umrissen: „Le gouvernement propose les lois et fait

⁵⁷ Ebenso wie der Gesetzesbegriff durch den Verlust der Eigenschaft, alleiniger Ausdruck oder überhaupt Ausdruck der „volonté générale“ sein zu können, anfänglich wenig betroffen worden ist, hat andererseits die steigende Bedeutung der Verordnung in der Praxis für die Verordnungstheorie zunächst fast keine Folgen gehabt. Ihr kam vor allem nicht zugute, nicht länger die einzige allgemeine Anordnung der politischen Gemeinschaft zu sein, die ex definitione nicht Ausdruck der „volonté générale“ sein konnte. Vielmehr wirkte sich der Umstand, daß die Verordnung als Legislativdekret ursprünglich der Gesetzgebung zugeteilt war (vgl. oben I. Kap., II. 3.), dahin aus, daß man nunmehr von der Verordnungsgebung als einer „législation secondaire“

les règlements nécessaires pour assurer leur exécution⁵⁸.“ Schon in der Verfassung aus dem Jahre III waren wir auf eine ähnliche Formulierung⁵⁹ gestoßen. Die Ausdrucksweise ist freilich etwas genauer. Geändert hat sich jedoch nichts. Der Regierung sollte keinesfalls ein autonomes Verordnungsrecht eingeräumt werden. Ihre Aufgabe bestand im Gesetzesvollzug⁶⁰.

Dennoch gehen die heute in Frankreich zulässigen gesetzesunabhängigen Verordnungen entwicklungsgeschichtlich auf die Zeit des ersten Kaiserreiches zurück. Es taucht der Begriff des „règlement autonome“ auf, der auf dem Gebiete der Regelung der „services publics“ und auf dem Gebiet der Polizei (öffentliche Sicherheit und Ordnung) entstand. Gewisse Artikel der Konsultatsverfassung (Art. 47 und 48) deuteten dabei sogar auf verfassungsmäßige Zuweisung hin.

Diese autonomen Verordnungen sind seither für die Darsteller des öffentlichen Rechtes der Stein des Anstoßes bei einer systematischen Behandlung des Verordnungsrechtes gewesen. Woher nahm der Verordnungsgeber die Macht, allgemeine, nicht gesetzesabhängige Verordnungen zu erlassen, war doch das Merkmal der Allgemeinheit (soweit es sich nicht um bloße Ausführung handelte) Indiz dafür, daß ein Rechtssatz ausgesprochen wurde, den anzuordnen allein der Gesetzgeber berechtigt war? War zwar bereits die Einschränkung gemacht worden, daß bloße⁶¹ Allgemeinheit einer Regel noch nichts über ihren Charakter auszusagen vermag, so bedeutete doch der Umstand, daß keine Gesetzesausführung vorlag, daß hier an sich ein Gesetz erforderlich war. Und genau das traf immer für diese erwähnte Verordnungsgattung zu. Daß diese Erschei-

sprach (vgl. *Ducrocq*, aaO., Bd. I, S. 83), die man sich auf Grund umfassender Delegation, und zwar durch den Verfassungsgeber oder durch den Gesetzgeber entstanden dachte. Vgl. auch die Nachweise bei *Holstein*, aaO., S. 313 ff.

⁵⁸ Verf. v. 13. 12. 1799, Art. 44. Vgl. *Duverger*, Constitutions, S. 74.

⁵⁹ Vgl. oben I. Kap. II. 3. u. dort Anm. 60.

⁶⁰ Diese Funktion der Verordnungsgewalt ist jetzt endgültig gesichert. Damit hat sich *Rousseaus* Trennung zwischen „force“ (Exekutive) und „volonté“ (Legislative), vgl. dazu oben I. Kap. I. 2. a E., zwar formal, nicht aber materiell durchsetzen können. Man ist *Rousseau* nämlich nur insoweit gefolgt, als man überhaupt eine funktionale Gewaltentrennung fortgeführt hat, denn inhaltlich ermöglicht die „puissance exécutive“ nunmehr auch ein „pouvoir réglementaire“, wie der angeführte Verfassungstext beweist.

⁶¹ Diese hatte aber während der hochrevolutionären Periode nach der hier vertretenen Meinung bereits zur Begründung der Zuständigkeit des Gesetzgebers genügt. Das Prinzip der Verbesonderung hatte nur innerhalb des „corps législatif“ zur Trennung in zwei verschiedene Äußerungsmittel desselben geführt. Später — seit der Direktorialverfassung — trat das Allgemeinheitsmerkmal als Zuordnungselement zurück und wurde durch die Merkmale „Prinzip—Detail“ ersetzt. Seitdem kam es also wesentlich darauf an, daß das Gesetz allgemein und prinzipiell war, während die Verordnung auch allgemein sein mußte, dafür aber nur in Ausführung des Gesetzes ergehen durfte.

nung am Ende mit der Annahme eines Gewohnheitsrechtes erklärt werden mußte⁶², liefert den Beweis dafür, daß der nachrevolutionäre Verordnungsbegriff jedenfalls grundsätzlich von einem bloßen Ausführungscharakter der Verordnungen ausging.

Unter diesem Gesichtspunkt mußte denn auch *Duguit*⁶³ für einen großen Teil der Verordnungen des 1. Kaiserreiches feststellen, daß sie insbesondere auf polizeilichem Sektor die Kompetenzen der Verfassung überschritten hatten. Und wenn die Rechtsprechung unter der Restauration derartige Verordnungen auch bereitwillig für gültig erklärte⁶⁴, so geschah das allein aus Gründen der Staatsraison, wie die Urteilsgründe noch heute erkennen lassen.

2. Die Restauration

An diesen Stand schloß die Charta von 1814 an. Sie bestimmte in ihrem Art. 14: „Le roi ... fait les règlements et les ordonnances pour l'exécution des lois et la sûreté de l'Etat⁶⁵.“ Aus der Erwähnung der Staatssicherheit in der vorzitierten Stelle entwickelte sich bald eine Verordnungstätigkeit, die wie unter dem ersten Kaiserreich gesetzesvertretenden Charakter annahm. Doch schon die Revolte des Jahres 1830, hervorgerufen durch die sog. Juli-Ordonnanzen *Karl des X.*, setzte dem ein Ende. Eine neue Verfassung mußte erlassen werden, und in ihrem Art. 13 stellte sie wieder klar: „Le roi ... fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution⁶⁶.“ Von jetzt ab wurden, wie *Duguit* berichtet⁶⁷, auch die autonomen Polizeiverordnungen wieder unzulässig. Hingegen treten Verordnungen auf, die mit legislativer Ermächtigung auf traditionell gesetzgeberischem Gebiet ergehen können. Die Rechtsprechung erklärte derartiges für möglich⁶⁸,

⁶² So noch jüngst de *Laubadère*, *Traité* Bd. I, 3. Aufl., S. 67.

⁶³ *Traité*, Bd. IV (2. Aufl.), S. 676.

⁶⁴ *Cours de Cassation* vom 3. 2. 1820 in *Sirey* (Bd. VI, 1819—1821) Teil I, S. 181: „Considérant que les actes du gouvernement qui ont précédé la restauration du trône et qui ont été exécutés comme lois, sans opposition des pouvoirs qui avaient le droit de juger s'ils renfermaient une usurpation de l'autorité législative (womit der *Napoleon* willfähige Senat gemeint war), doivent conserver les mêmes caractères et la même force d'exécution jusqu'à ce qu'ils aient été légalement révoqués ou modifiés ...“

⁶⁵ Vgl. *Duverger*, *Constitutions*, S. 82.

⁶⁶ Vgl. *Duverger*, *Constitutions*, S. 86.

⁶⁷ *Traité*, Bd. IV (2. Aufl.), S. 679.

⁶⁸ *Cour de Cassation* v. 12. 8. 1835 in *Sirey* 1835, Teil I, S. 630 (Strafen durch Verordnungen); *Cour de Cassation* v. 29. 11. 1842 in *Sirey* 1842, Teil I, S. 909 und *Sirey* 1843, Teil I, S. 447 (VOen auf dem Gebiet des Zollwesens).

weil man letztlich dem Gesetzgeber die jeweilige Kompetenzverteilung im Staate überließ. Es galt also keine reine funktionelle Gewaltentrennung; abschiebende Delegationen zugunsten der Exekutive waren zulässig.

3. Die 2. Republik

Die Verfassung von 1848 schloß sich im wesentlichen an die von 1791 an. Besonders stark war wieder die Stellung des Gesetzgebers. Demgemäß wurde die Möglichkeit der Ordnungsgebung bei der allgemeinen Exekutionstätigkeit des Präsidenten der Republik auch nicht besonders erwähnt. In Art. 49 S. 2 hieß es nur: „(Le président de la République) surveille et assure l'exécution des lois⁶⁹.“ Nur eine Verfassungsbestimmung erwähnte die Verordnungen ausdrücklich. Es ist das der Art. 75, der die sog. „règlements d'administration publique“ betraf, mit ihrer Ausarbeitung aber gerade nicht die Exekutive, sondern den Staatsrat (*Conseil d'Etat*) beauftragte, der zu jener Zeit vom Parlament gewählt wurde und demzufolge dessen besonderes Vertrauen besaß⁷⁰.

Bei dieser Sachlage kann man sich des Eindrucks nicht verwehren, daß die bis dahin erreichte Entwicklung einer auf gewissen Gebieten etwas autonomen Ordnungsgebung mit einem Federstrich wieder beseitigt werden sollte. Welchen Sinn hätte es sonst gehabt, ein besonderes Organ mit der Ausarbeitung der gesetzeskomplettierenden Verordnungen zu betrauen, dessen Kompetenz überdies z. T. auf einer Spezialdelegation seitens des Gesetzgebers beruhte⁷¹? Hinzu kommt, daß um diese Zeit die oben besprochene „Ecole de l'Exégèse“ einer Hoch-

Unter der „*domaine propre du pouvoir législatif*“ wurde hierbei der namentlich durch die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte dem Gesetzgeber „vorbehaltene“ Raum verstanden. Dieser Begriff wird im folgenden noch häufiger Gegenstand der Betrachtung sein. Dabei werden wir sehen, daß er sich zusammen mit seinem Korrespondenzbegriff der „*domaine propre du pouvoir exécutif*“ zu einem den Begriff der „*exécution*“ ergänzenden Merkmal entwickeln und ihn in der Neuzeit zeitweilig sogar ablösen wird. Damit greift in für Frankreich typischer Manier ein ursprüngliches Merkmal der Gewaltenteilung in das Beziehungsfeld von Gesetz und Verordnung ein: Die VO ist ein Akt der Verwaltung und soll es bleiben. Ihre Ähnlichkeiten mit dem Gesetz sind rein äußerlicher Art. Darüber kann letztlich auch diejenige Lehre nicht hinwegtäuschen, die von der Ordnungsgewalt ständig als von der „*législation secondaire*“ spricht. Vgl. *Holstein*, aaO., S. 313, 314.

⁶⁹ Vgl. *Duverger*, *Constitutions*, S. 94.

⁷⁰ Vgl. *Prélot*, aaO., S. 402.

⁷¹ Vgl. Art. 75 S. 2 der Verf.: „Il (le *Conseil d'Etat*) prépare les règlements d'administration publique; il fait seul ceux de ces règlements à l'égard desquels l'Assemblée nationale lui a donné une délégation spéciale.“ Vgl. *Duverger*, *Constitutions*, S. 97.

blüte entgegenstrebte und einem besonders ausgeprägten Gesetzeskult huldigte. Brach zur gleichen Zeit die Forderung nach Volkssouveränität ohne Beteiligung eines Monarchen erneut durch, so kann man sich gut vorstellen, daß einer Verordnungsgewalt überhaupt und einer autonomen Ordnungsgesetzgebung nur geringe Chancen bleiben konnten⁷².

Allerdings zeigten die weiteren Ereignisse, daß die Verfassung von 1848 mit einer äußerlich starken Legislative und dem Buchstaben nach schwachen Exekutive nur das Ergebnis der politisch geschickten Verwirklichung von Maximalforderungen einer republikanischen Minderheit war, die die Gunst der Stunde zu nutzen verstand, alsbald aber von einer bonapartistischen Exekutive und einer monarchistischen Parlamentsmehrheit unterwandert wurde⁷³.

4. Das 2. Kaiserreich

Die Folge dieser gegensätzlichen Strömungen in der 2. Republik war der Staatsstreich von *Napoleon dem III.* Es erging sofort eine Flut von gesetzsgleichen Verordnungen, die jedoch, weil insoweit die revolutionäre Tradition allgegenwärtig war, gemäß dem Art. 58 S. 2 der Verfassung vom 14. 1. 1852⁷⁴ zu Gesetzen erhoben wurden, da sie legislative Gebiete⁷⁵ betroffen hatten. Im übrigen nahm zwar die Verordnungstätigkeit an Umfang zu, der Theorie nach drang sie aber nicht in Gebiete ein, die ihr nicht schon einmal zugestanden hätten⁷⁶.

Als gegen Ende des 2. Kaiserreiches eine freiheitlich-republikanische Opposition immer mehr an Einfluß gewann, wurde das persönliche Regime Napoleons des III. zusehends liberalisiert und in der Verfassung von 1870, die diese Entwicklung zum Abschluß bringen sollte, hieß es dann im Art. 14 schon fast wieder republikanisch: „L'empereur ... fait les règlements et décrets nécessaires pour l'exécution des lois⁷⁷.“ Nur die monarchische Exekutivspitze war erhalten geblieben.

⁷² Duguits Stellungnahme zu dieser verfassungsmäßigen Situation (vgl.: *Traité* Bd. IV [2. Aufl.] S. 683, 684) kann daher nur z. T. zugestimmt werden.

⁷³ Vgl. *Ellul*, aaO., S. 834 ff. und *Prélot*, aaO., S. 404 ff.

⁷⁴ „Les décrets rendus par le Président de la République, à partir du 2 décembre jusqu'à cette époque, auront force de loi.“ Vgl. *Duverger*, *Constitutions*, S. 109.

⁷⁵ Wobei diese jetzt zunehmend im Sinne eines Mindestbereichs für die Legislative (in Entsprechung zur Aufzählung der „Déclaration des Droits de l'Homme“ von 1789) verstanden wurden.

⁷⁶ Zu diesen VOen trat noch eine weitere Gruppe von unmittelbar die Verf. ausführenden VOen, die auf Verlangen des Kaisers vom Senat zu verabschieden waren, vgl. *Duguitt*, *Traité* Bd. IV (2. Aufl.) S. 686 ff.

⁷⁷ Zitiert nach *Duguitt*, *Traité* Bd. IV (2. Aufl.), S. 687 f.

Zusammenfassend können wir daher festhalten: Die Verordnungsgewalt hat sich während des gesamten 19. Jahrhunderts nicht aus ihrer Umklammerung durch die Legislative lösen können. Die Zwischenperioden, in denen das Rangverhältnis zwischen Gesetz und Verordnung häufig umgekehrt worden war, können außer Betracht bleiben, weil während ihrer Dauer doch nur solche Vorstellungen⁷⁸ wieder zum Durchbruch kamen, die sich auf die Dauer weder in der Theorie noch der gerichtlichen Praxis behaupten konnten⁷⁹.

Nur die autonomen Verordnungen auf den Gebieten der „services publics“ und der „police générale“ konnten sich unter dem Druck der Tatsachen schließlich auch in der Lehre durchsetzen. Es darf hierbei allerdings nicht übersehen werden, daß es sich bei diesen Verordnungsmaterien um Sachgebiete handelte, die zwar nicht an Wichtigkeit an sich zurückgingen, aber im Verhältnis zu den neuen, der Staatstätigkeit sich eröffnenden Sachgebieten an Bedeutung abnahmen. Die Entwicklung ging auch in Frankreich vom bloßen Ordnungsstaat zusehends zum leistungsgewährenden Staat. Für die Gebiete des leistenden Staates würde das Problem der Kompetenzverteilung aber ebenso gestellt werden wie es vorher für den Ordnungsstaat gestellt worden war.

Man kann sich leicht vorstellen, daß bei einer derartigen Neuverteilung die Nachwirkungen des Umstandes anzutreffen sein werden, daß sich eine Kompetenz des Ordnungsgebers schon am Anfang der Entwicklung immer nur entgegen der herrschenden Lehre hatte durchsetzen können und auch dann noch als „Systembruch“ angesehen wurde. Diesen Hemmschuh für eine vernünftige Durchdenkung des Problems werden wir im folgenden immer wieder antreffen.

⁷⁸ Entweder die alte Königsouveränität (1814—1848) oder die zwar grundsätzlich auf der Nation aufbauende Souveränität, die jedoch zur Ausübung in die Hand von Einzelpersonen gelegt ist (Bonapartismus).

⁷⁹ Im Ergebnis ebenso schon *Holstein*, aaO., S. 312.

Zweiter Teil

Die Entwicklung der Begriffe Recht, Gesetz und Verordnung zur Zeit der 3. französischen Republik an Hand von Einzelbeispielen in der Staatstheorie

3. Kapitel

Die verfassungsrechtlichen Grundlagen

Die Errichtung der 3. Republik hat in der Verfassungsgeschichte Frankreichs eine fast ebenso überragende Bedeutung besessen wie die Ablösung des „ancien régime“ durch die große Revolution von 1789. Für das Land beginnt jetzt nämlich eine lange Periode politischer Unbeständigkeit, die bis in die Gegenwart andauern wird: Allein während der Geltungsdauer der hier zu besprechenden Verfassung hat Frankreich 95 Regierungen erlebt¹. Wir befinden uns somit während des gesamten Zeitraums von 1875 bis 1940 im Zeitalter des modernen Parlamentarismus.

Allerdings muß man hervorheben, daß diese Entwicklung zunächst am allerwenigsten durch die Verfassung selbst, d. h. die drei Verfassungsgesetze aus dem Jahre 1875², hervorgerufen zu sein scheint. Bis heute ist man sich nämlich darüber einig, daß die im Jahre 1871 gewählte Nationalversammlung die am 4. September 1870 im Anschluß an einen Pariser Volksaufstand ausgerufene Republik nur als ein Provisorium betrachtete³. Es wird berichtet, daß von den 650 gewählten Mitgliedern ca. 450 Monarchisten gewesen sind⁴, für die allein ein schneller Friedensschluß mit den alliierten Staaten Deutschlands noch wichtiger war als die Restauration des Königtums. Man kann sich daher heute sehr wohl die Frage vorlegen, wie das damals offensichtlich auf die Wieder-

¹ Vgl. *Prélot*, aaO., S. 464.

² Es handelt sich um die Verfassungsgesetze vom 24. 2. 1875 (Loi constitutionnelle sur l'organisation des pouvoirs publics, vgl. *Franz*, aaO., S. 396 ff.), 25. 2. 1875 (Loi constitutionnelle à l'organisation du Sénat, vgl. *Franz*, aaO., S. 400 ff.) und 16. 7. 1875 (Loi constitutionnelle sur les rapports des pouvoirs publics français, vgl. *Franz*, aaO., S. 404 ff.).

³ Vgl. z. B. *Duverger*, *Institutions*, S. 37; *Quermonne*, aaO., S. 59.

⁴ Vgl. *Prélot*, aaO., S. 428 und *Duverger*, *Institutions*, S. 37.

eingführung der Monarchie angelegte Verfassungssystem⁵ nur wenig später den Rahmen für einen sich immer kraftvoller entwickelnden Parlamentarismus abgeben konnte. In der kurzen Einführung der vorliegenden Art muß der Hinweis genügen, daß es nach heutigen Erkenntnissen anfangs fast nur Zufälligkeiten gewesen sind, die sich einer Entwicklung entsprechend den Vorstellungen der damaligen „constituante“ entgegengestellt haben⁶. Später freilich hatte das als Provisorium entworfene System — wie so häufig — so sehr an Kraft gewonnen und so sehr dem „Zeitgeist“⁷ entsprochen, daß eine Rückkehr zur parlamentarischen oder gar konstitutionellen Monarchie ganz ausgeschlossen war.

Diese Einführungen mögen ein wenig historisch klingen. Sie sind in dieser Form jedoch unerlässlich, wenn man einige fundamentale Besonderheiten der nunmehr im einzelnen zu beschreibenden verfassungsmäßigen Ordnung der dritten französischen Republik richtig verstehen will. Außerdem kann nur diese Einleitung erklären, warum in diesem Anfangskapitel zum zweiten Teil der vorliegenden Schrift nicht sogleich der Versuch gemacht werden kann, zu eingehenderen Begriffsbestimmungen zu gelangen. Die Verfassungsgesetze des Jahres 1875 zeigen nämlich kaum Ansätze zur Definition der in unseren Zusammenhängen interessierenden Begriffe⁸. Wie kaum eine Verfassung vor und nach derjenigen des Jahres 1875, hatte man sich überwiegend darauf beschränkt, organisatorische Rahmen für eine Entwicklung bereitzuhalten, von der seinerzeit — trotz des allgemeinen Eintretens für die Wiedereinführung der Monarchie — wohl niemand eine genaue Vorstellung hatte, wohin sie führen würde. Die auf den (organisatorischen) Darstellungen im vorliegenden Kapitel aufbauenden Entwicklungen müssen daher den folgenden Kapiteln vorbehalten bleiben.

In dieser Beziehung läßt sich nun freilich die Feststellung treffen, daß die „souplesse“ der Verfassungsgesetze von 1875 für die speziellen Be-

⁵ Vgl. *Esmein*, aaO., Bd. II, S. 4, 5; *Prélot*, aaO., S. 426 ff.

⁶ Zunächst lag das am Gegensatz zwischen den „légitimistes“, die den *Comte de Chambord* unterstützten, und den „orléanistes“, die den *Comte de Paris*, einen Nachfahren des Bürgerkönigs, als König einsetzen wollten. Trotz eines schon geschlossenen Kompromisses scheiterte die Restauration zuerst an der sog. „question de drapeau“, vgl. *Prélot*, aaO., S. 429, 432. Später, nachdem dem Marschall *MacMahon* das „septennat personnel“ übertragen worden war, gab es nochmals Restaurationsversuche. Der Marschall *MacMahon* löste sogar die Nationalversammlung auf und ließ Neuwahlen ausschreiben. Von dem anschließenden Wahlkampf berichtet *Duverger* (*Institutions*, S. 45), daß er „rappelait fâcheusement le second Empire“, vgl. auch *Prélot*, aaO., S. 449 ff. Nachdem gleichwohl eine republikanische Mehrheit in die „Chambre des Députés“ eingezogen war, mußte *MacMahon* im Jahre 1879 demissionieren.

⁷ Vgl. *Prélot*, aaO., S. 433.

⁸ *Carré de Malberg*, *Contribution* Bd. I, S. 474: „... depuis l'an VIII les Constitutions de la France, en particulier celle de 1875, ne présentent aucune définition expresse de la loi et de la puissance législative.“ Ebenso S. 285 und 351.

dürfnisse der Rechtstheorie geradezu entscheidend gewesen ist. Wir werden sehen, daß die französische Staatsrechtslehre unter dem vergleichsweise „offenen“ System der dritten Republik einen bemerkenswerten Aufschwung nehmen konnte. Für persönliche Einzelleistungen unter Berücksichtigung der in der täglichen Praxis in Erscheinung tretenden Verfassungswirklichkeit steckte das geschaffene Verfassungswerk das ideale Betätigungsfeld ab. Und es ist nicht uninteressant zu vermerken, wie mit der Ablösung des anpassungsfähigen Systems der dritten Republik durch die recht festgefügte Verfassungsordnung der vierten Republik die Produktivität der französischen Theorie wieder zum Erliegen kommt.

Dies vorausgeschickt, können wir uns den in unserem Zusammenhang interessierenden Ordnungselementen in der Verfassung von 1875 zuwenden.

I. Die Organisation der Gewalten

1. Das Parlament

Die allen Eventualitäten vorbeugende Konzeption der Verfassung der dritten Republik kommt bereits in der Regelung des Wahlmodus und der Fixierung der Befugnisse der beiden zur Ausarbeitung der Gesetze und der allgemeinen Kontrolle der Regierung eingesetzten Staatsorgane, „Chambre des Députés“ und „Sénat“, zum Ausdruck.

Während die Abgeordnetenkammer in direkter Wahl vom Volk zu wählen war⁹, wodurch sie eine demokratische Legitimation erhielt, war für den Senat (eine Art landständische Vertretung) die indirekte Wahl festgelegt¹⁰. Auf die Zusammensetzung dieses zweiten parlamentarischen Organs übten vor allem die sog. „Conseil municipaux“ (Gemeinden) einen beherrschenden Einfluß aus, was bei der damals noch ausgesprochen bäuerlichen Struktur Frankreichs den konservativen Landgemeinden ein deutliches Übergewicht verschaffte¹¹. Außerdem bestand bis zum Jahre 1884 für die Wiederwahl einer beschränkten Anzahl der Senatsmitglieder ein System der Kooptation, das mit dem Recht verbunden war, Sitz und Stimme in dieser Versammlung auf Lebenszeit auszuüben¹².

Dem Anliegen, das hinter dieser eigentümlichen Legitimation des Senats stand, entsprach die Ausgestaltung dieses Organs mit den glei-

⁹ Vgl. Art. 1 Abs. II u. III des Verfassungsgesetzes v. 25. 2. 1875.

¹⁰ Vgl. das Verfassungsgesetz vom 24. Februar 1875, Art. 1 und 3.

¹¹ *Duverger*, *Institutions*, S. 40, 41. Erst 1884 wurde den größeren Gemeinden ein stärkeres Gewicht bei den Senatswahlen zugestanden.

¹² Vgl. Art. 1 und 7 des Verfassungsgesetzes vom 24. 2. 1875.

chen Befugnissen, die der „Chambre des Députés“ zugewiesen worden waren. Beide Häuser besaßen das Recht der Gesetzesinitiative und beide Organe wirkten gleichberechtigt an der Ausarbeitung des Gesetzes mit¹³. Solange keine Übereinstimmung zustande gekommen war, mußte ein Gesetzesentwurf zwischen den Häusern hin und her wandern („navette“), was zur Folge haben konnte, daß eine Kammer „arrêtait la discussion et „enterrait“ le projet“¹⁴. Auch in den Beziehungen zur Regierung und insbesondere deren Kontrolle bestanden keine Unterschiede: Verlor die Regierung das Vertrauen nur einer Kammer, konnte sie gestürzt werden¹⁵. Finanzgesetze mußten allerdings immer zuerst der „Chambre des Députés“ vorgelegt werden, so daß in diesem Fall die Gesetzesinitiative des Senats eingeschränkt war¹⁶. Dagegen konnte sich allein der Senat als oberster Gerichtshof konstituieren, um über Angriffe gegen die Staatssicherheit zu richten oder um die strafrechtliche Verantwortung des Staatspräsidenten, bzw. der Minister „en cas de haute trahison“ ins Spiel zu bringen¹⁷.

2. Die Regierung

Auch die Exekutive war dem Prinzip nach auf zwei oberste Organe verteilt¹⁸. Es ist zwischen dem Amt des dem Parlament nicht verantwortlichen „Président de la République“ und den einzelnen Ministern zu unterscheiden.

Wenn man in den Verfassungsgesetzen die Befugnis des Staatshaupts zur Kenntnis nimmt, ist man unwillkürlich versucht, die Bezeichnung „Président de la République“ durch den Titel „roi“ zu ersetzen¹⁹.

¹³ Art. 8 Abs. I des Verfassungsgesetzes vom 24. Februar 1875: „Le Sénat a, concurremment avec la Chambre des Députés, l'initiative et la confection des lois.“

¹⁴ Duverger, Institutions, S. 41.

¹⁵ Verfassungsgesetz vom 25. 2. 1875 Art. 6 Abs. I: „Les ministres sont solidairement responsables devant les chambres de la politique générale du Gouvernement...“

¹⁶ Verfassungsgesetz vom 24. 2. 1875 Art. 8 Abs. II: „... les lois de finance doivent être, en premier lieu, présentées à la Chambre des députés et votées par elle“.

¹⁷ Verfassungsgesetz vom 24. 2. 1875 Art. 9 i. V. m. mit Art. 12 des Verfassungsgesetzes vom 16. Juli 1875.

¹⁸ Art. 3 u. 6 des Verf. G. v. 25. 2. 1875, Art. 6 des Verf. G. v. 16. 7. 1875. — Der Anlage nach war also ein „parlamentarisme dualiste“ (Carré de Malberg, La loi, S. 196) geplant. Vgl. auch Esmein, aaO., Bd. I, S. 155: „Le gouvernement parlementaire suppose, tout d'abord, la séparation juridique du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, qui sont conférés à des titulaires distincts et indépendants.“

¹⁹ Folgende Befugnisse standen dem „Président de la République“ nach den Verfassungsgesetzen von 1875 zu: Die Gesetzesinitiative, die Verkündi-

Jedoch darf in diesem Zusammenhang nicht übersehen werden, daß der französische Staatshaupt gerade wegen der mangelnden Verantwortung gegenüber dem Parlament für seine Anordnungen jeweils der Gegenzeichnung des betreffenden Ministers bedurfte²⁰. In der Praxis übten daher die einzelnen Minister die dem Staatspräsidenten zugewiesenen Rechte aus. Wie in einer parlamentarischen Monarchie der Monarch „règne mais ne gouverne pas“²¹, ließ darum die Verfassung von 1875 den ähnlichen Syllogismus zu, daß der französische Staatspräsident wohl präsiidierte und repräsentierte, aber gleichfalls nicht eigentlich regierte.

Gleichwohl waren für einen entscheidungsfreudigen Präsidenten auch angesichts des erstarkenden Parlaments noch zahlreiche Möglichkeiten vorhanden, selbst Einfluß auf die Staatsführung zu nehmen. Er besaß nicht nur das Recht, den „Président du Conseil des Ministres“ auszuwählen. Vor allem saß er dem „Conseil des Ministres“ i. d. R. auch selbst vor²²; und schließlich hatte der französische Staatspräsident die Befugnis, die „Chambre des Députés“ aufzulösen, wodurch Neuwahlen notwendig wurden.

Freilich läßt sich nicht hinwegdiskutieren, daß in der Praxis die „fonction exécutive“ von den Ministern ausgeübt werden mußte, da nur sie den beiden Legislativkörperschaften verantwortlich waren. Wenn auch der Staatspräsident den „Président du Conseil des Ministres“²³ nach

gung der Gesetze, die Überwachung und Sicherung der Gesetzesausführung, die Begnadigung, der Oberbefehl über die bewaffnete Macht, die Ernennung der Zivil- und Militärbeamten, der Vorsitz bei den „solenntés nationales“, die Beglaubigung von Gesandten und Botschaftern, die Ernennung der „Conseillers d'Etat en service ordinaire“, die Auflösung der Abgeordnetenversammlung vor dem Ende der Legislaturperiode, die Bestimmung des Endes der gewöhnlichen Sitzungsperiode der Kammern, die Vertagung der Kammern (bis zu zwei Monaten und höchstens zweimal pro Sitzungsperiode), die Einberufung der Kammern außerhalb der gewöhnlichen Sitzungsperiode, der Verkehr mit den Kammern durch „messages“, die Berufung von Bevollmächtigten zur Erörterung bestimmter Gesetzesentwürfe, das Verlangen nach nochmaliger Gesetzesberatung innerhalb der Verkündigungsfrist für von den Kammern verabschiedete Gesetze, der Abschluß und die Ratifizierung von Staatsverträgen, die Kriegserklärung nach vorheriger Zustimmung der Kammern. Vgl. dazu die Art. 3, 4 und 5 des Verfassungsgesetzes vom 25. 2. 1875 und die Art. 2, 6, 7, 8 und 9 des Verfassungsgesetzes vom 16. 7. 1875.

²⁰ Diese Übung hatte sich gewohnheitsrechtlich eingebürgert, vgl. Duverger, Institutions, S. 42.

²¹ Duverger, aaO., S. 42.

²² Erst später bildete sich daneben der sog. „Conseil de Cabinet“, an dem der französische Staatspräsident nicht beteiligt war. Es scheint, daß in diesem Gremium dann allerdings die wichtigeren Entscheidungen getroffen wurden, vgl. Duverger, Institutions, S. 43.

²³ Seine Stellung und Funktion war in den Verfassungstexten weder vorgesehen noch angedeutet! Auch dieser Umstand besitzt Beweiskraft für die Aussage, daß die Verfassung der dritten französischen Republik im Sinne einer Präsidialrepublik konzipiert war.

eigenem Gutdünken auswählen konnte, so besaß er auf die Besetzung der einzelnen Ministerien schon keinen unmittelbaren Einfluß mehr. Insofern stand dem „Ministerpräsidenten“ ein eigenes Wahlrecht zu. Vor allem aber konnte der „Président de la République“ niemals eine Regierung gegen den Willen des Parlaments ins Amt bringen oder im Amt halten, denn das Mißtrauensvotum nur einer der beiden Kammern genügte, die Regierung zu stürzen²⁴. Trotz der deutlichen Anlage der Verfassung, vor allem einem dualistischen Präsidial-System Raum zu geben, besaß sie somit zugleich eine innere Anlage, auch den Führungsansprüchen eines erstarkenden Parlaments entgegenzukommen. Darum war es nur natürlich, wenn es im Laufe der Zeit dem „Président du Conseil des Ministres“ und jedem einzelnen Minister wichtiger erschien, sich das Vertrauen des Gesamtparlaments zu erhalten, als die Unterstützung des Präsidenten der Republik zu genießen. Aus dem gleichen Grunde mußte die Art und Weise der Gesetzesausführung, bzw. der Erfüllung der Beschlüsse von Senat und Deputiertenkammer immer mehr von der eigenverantwortlichen Taktik eines jeden Ministers abhängen als von der des Staatspräsidenten.

Doch damit stellt sich bereits das Problem der Anwendung der Verfassung von 1875 in der Verfassungswirklichkeit.

II. Verfassung und Verfassungswirklichkeit. Der „parlamentarisme absolu“

Obwohl die Verfassungsgesetze des Jahres 1875 ein recht einfaches Verfahren der Verfassungsänderung vorgesehen hatten²⁵, ist es, ehe im Jahre 1940 dem Marschall *Pétain* die verfassungsgebende Gewalt übertragen wurde, insgesamt nur dreimal zu unbedeutenden Verfassungsrevisionen gekommen²⁶. Dennoch drängte schon seit 1877 die Entwicklung der Dinge die Verfassungsordnung in eine ganz andere Richtung, als sich dies die verfassungsgebende Versammlung von 1875 vorgestellt hatte: Die Präsidialrepublik fing an, sich zu einer „République parlementaire“²⁷ umzuformen. Und interessanterweise fand der entschei-

²⁴ Vgl. Verf.G. vom 25. 2. 1875 Art. 6 Abs. I.

²⁵ Vgl. Art. 8 des Verf.G. v. 25. 2. 1875: Initiative einer der beiden Kammern mit anschließender Beschlußfassung der zur Nationalversammlung vereinigten Kammern, wobei die absolute Mehrheit genügte.

²⁶ 1879 zur Übertragung des Sitzes der vollziehenden Gewalt und der beiden Kammern von Versailles nach Paris; 1884 wegen der Neufassung der Bestimmungen über die Verteilung der Senatssitze auf die Départements und die Wahl der Senatoren; 1926 zur Schaffung einer autonomen Kasse zur Verwaltung der Gelder für die nationale Verteidigung und die Staatsschuldentilgung.

²⁷ Vgl. *Carré de Malberg*, La loi, S. 196: „Le parlementarisme absolu, au sens intégral du mot, (est) un régime dans lequel le Parlement, devenu

dende Durchbruch zum Parlamentarismus ausgerechnet im Jahre 1877 statt, als das als echtes Gegengewicht zu den Befugnissen der Legislative gedachte Recht der Exekutive, die Abgeordnetenkammer auflösen und Neuwahlen ausschreiben zu können, zum ersten (und letzten) Mal ausgeübt wurde²⁸.

Von der Idee her konnte gerade diese Befugnis der Exekutive die Möglichkeit eröffnen, eine gegenüber den Kammern eigenverantwortliche Politik zu führen, und nicht zuletzt durch diese Einrichtung wollte wohl auch die Verfassung von 1875 die Symetrie in den Befugnissen der Legislative und der Exekutive hergestellt wissen: Die Kammern konnten den Ministern Fragen stellen, Interpellationen an die Regierung richten, Untersuchungsausschüsse einsetzen, vor allem aber die Regierung durch ein Mißtrauensvotum stürzen. Demgegenüber konnte die Regierung an den Sitzungen der beiden Kammern teilnehmen und dort das Wort ergreifen, während ihre schärfste Waffe darin bestand, in Ausübung des Rechtes des Präsidenten der Republik die Deputierten nach Auflösung ihrer Kammer dazu zu zwingen, sich vor dem Wähler zu verantworten. Es war also möglich, die „Chambre des Députés“ vor die Wahl zu stellen, entweder einer Regierungsvorlage zuzustimmen oder die Risiken einer Neuwahl auf sich zu nehmen.

In der heutigen Kommentierung der Ereignisse von 1877 wird nun häufig damit argumentiert, daß es hauptsächlich die Umstände waren, die damals das „droit de dissolution“ nachhaltig in Mißkredit brachten²⁹. Auch wird nicht selten gesagt, daß in der öffentlichen Meinung dieses Recht als eine Waffe der Monarchisten angesehen worden sei, wozu dann nur noch die Schwäche der folgenden Regierungen habe hinzutreten müssen um zu bewirken, daß es später nicht mehr zu Parlamentsauflösungen durch die Exekutive habe kommen können³⁰.

Meines Erachtens treffen diese Überlegungen aber nicht ganz den Kern der Sache. Es wird zu wenig beachtet, daß — vorbereitet durch den klassischen französischen Gesetzesbegriff — aus dem Prestige des Gesetzes mittlerweile längst auch ein Prestige des Gesetzgebers geworden war. Ob nun eine monarchische oder eine republikanische Staatsspitze vorhanden war, immer mußte es als eine Beeinträchtigung des Machtanspruchs des Gesetzgebers erscheinen, wenn Organe, die an der Aus-

maitre sur toute la ligne, domine complètement l'exécutif. (Il s'oppose) au parlementarisme relatif ou dualiste, dans lequel il y a seulement limitation de la puissance gouvernementale par la puissance parlementaire. Ebenso in *Contribution* Bd. I, S. 104 ff.

²⁸ Vgl. dazu *Duverger*, Institutions, S. 44, 45 und *Prélot*, aaO., S. 448 ff.

²⁹ *Prélot*, aaO., S. 453.

³⁰ *Duverger*, Institutions, S. 45.

arbeitung' des Gesetzes nur mittelbar beteiligt waren, einen starken Einfluß auf die Funktionsbedingungen des Gesetzgebers nehmen konnten³¹. Deswegen erscheint es richtiger, für die skizzierte Entwicklung die eigentümlichen Entwicklungstendenzen des klassischen Gesetzesbegriffs, wie das auch schon im vorangegangenen Kapitel angedeutet worden war³², verantwortlich zu machen. Diesen Strömungen war die von der Verfassung der dritten französischen Republik geplante Gewaltbalance auf die Dauer nicht gewachsen.

Wie dem jedoch sei, eines ist sicher: Spätestens seit der Wahl *Grevys* zum Nachfolger des Marschall *Mac-Mahon*³³ war das daraufhin ins Werk gesetzte System der Gewaltbalance nicht mehr mit dem von der „constituante“ des Jahres 1875 in Aussicht genommenen identisch. Mit Recht wird dieser Wandel mit den Vorgängen verglichen, die zum Verfassungskonflikt des Jahres 1830 und anschließendem Triumph der parlamentarischen Monarchie des dualistischen Typs geführt hatten³⁴. Wie sich im Jahre 1830 die Restauration eines Königtums mit absolutistischen Tendenzen nicht mehr durchsetzen ließ, war im Jahre 1877 der letzte Versuch gescheitert, das Heraufkommen des absoluten Parlamentarismus zu verhindern.

Dementsprechend muß — jedenfalls in der Verfassungswirklichkeit — innerhalb der folgenden Jahre von einer ständig steigenden Bedeutung und Machtfülle der Legislativorgane ausgegangen werden. Wie in den folgenden Kapiteln zu sehen sein wird, wurde diese Erkenntnis jedoch erst von *Carré de Malberg* in vollem Umfang verwertet. Bis zu den Ausführungen dieses Rechtslehrers waren die uneingeschränkten Machtbefugnisse der Legislative noch keineswegs allseits anerkannt. Man argumentierte vielmehr größtenfalls noch ohne rechtes Verständnis für die Veränderung der Gewaltbalance und war nur zu schnell bereit, alte Vorbilder als durch die Verfassung von 1875 aufgenommen anzusehen, wenn man diese nicht überhaupt ganz beiläufig behandelte: Dies ist der Nachteil von Verfassungen, die — jedenfalls auf den ersten Blick — zu wenig Substanz erkennen lassen.

Freilich kann es für eine Untersuchung der vorliegenden Art kaum darauf ankommen, ob die in den nachfolgenden Kapiteln zu untersuchenden Lehrmeinungen einiger hervorragender französischer Rechtslehrer nun immer mit der geschriebenen Verfassung oder der Verfas-

³¹ In diesem Sinne wird man den bei *Prélot*, aaO., S. 453 zitierten Ausspruch *Grévys*, des Nachfolgers von *MacMahon*, auffassen dürfen: „Je n'entrerais jamais en lutte contre la volonté nationale.“

³² Vgl. oben 1. Kap. III und 2. Kap. II.

³³ Am 30. 1. 1879.

³⁴ Vgl. z. B. *Prélot*, aaO., S. 541, 452.

sungswirklichkeit in Übereinstimmung standen. Abgesehen davon, daß diese Arbeit bereits von *Carré de Malberg* in nicht zu übertreffender Weise durchgeführt worden ist³⁵, würde das die Untersuchung der Veränderung der hier zu besprechenden Begriffe nur unnötig verzögern. Kommt es nämlich in erster Linie darauf an, Entwicklungen darzustellen und deren Gründe aufzuzeichnen, interessiert der exakte Zeitpunkt, in dem eine bestimmte Veränderung eingetreten ist, nur am Rande.

Zudem scheint es eine feste Regel zu sein, daß die „darstellende“ Theorie der Wirklichkeit immer etwas nachhinkt. In diesem Sinne hat z. B. auch *Carré de Malberg*, der als der maßgebliche Theoretiker der Verfassungsordnung der dritten französischen Republik gilt, eine letzte, erst heute ganz überschaubare neuerliche Veränderung im Gleichgewicht der damaligen Verfassungsordnung noch nicht recht einordnen können: Gedacht ist an die Problematik der sog. „décrets-lois“. Diese Erscheinung wird heute durchaus als ein erstes Anzeichen dafür anerkannt, daß das System der Gewaltgliederung erneut in Bewegung gekommen ist³⁶.

Darauf werden wir jedoch im einzelnen zurückkommen.

³⁵ In seinem Hauptwerk: „Contribution à la Théorie Générale de l'Etat“.

³⁶ Vgl. z. B. *Duverger*, *Institutions*, S. 47, der von den „tentatives de transformation de l'exécutif“ spricht.

Weiten noch zu durchmessen sind, bis die Ergebnisse *Haurious*, *Duguits* und auch *Carré de Malbergs* greifbar werden.

4. Kapitel

Théophile Auguste Gabriel Ducrocq*

In der Geschichtsschreibung des französischen öffentlichen Rechts wird *Ducrocq* zu den Initiatoren der Verwaltungsrechtsdisziplin gezählt. Er bildet zusammen mit *Aucoc* und *E. Laferrière* — Vizepräsidenten des Conseil d'Etat — das Dreigestirn, das noch *Berthélemy* so bewundert hatte, als er in dem Vorwort zur ersten Ausgabe seines „Traité élémentaire de Droit administratif“ schrieb, daß sich zukünftige Juristengenerationen nur an diesen „jurisconsultes“ orientieren müßten, um von wissenschaftlicher Leistung zu wissenschaftlicher Leistung eilen zu können¹. *Waline* ist hingegen wesentlich skeptischer. Er schreibt im Jahre 1930, nachdem er die unwissenschaftliche Behandlung des öffentlichen Rechts um die Mitte des 19. Jahrhunderts bedauert hat: „Une seule exception, dans cet amas de livres sans valeur scientifique: Le Cours de Droit Administratif de Ducrocq. C'est le seul essai de systematisation de ce droit que l'on rencontre avant Hauriou. (Zumindest wäre *Esmein* noch zu erwähnen gewesen!) Mais qu'il nous paraît aujourd'hui lointain! La première édition a paru en 1859; la dernière a été achevée en 1907. Malheureusement, la date de 1859 est celle qui „marque“ l'ouvrage, qui le „date“. En un demi-siècle, l'auteur n'a pas pu dépouiller le viel homme“.

Diesen Ausführungen kann in jeder Hinsicht zugestimmt werden, und dieser Hinweis ist notwendig, damit die hier zugrunde gelegte Auflage des „Cours de Droit administratif“² wegen des Erscheinungsdatums nicht zu Irrtümern führt: In *Ducrocq* haben wir den Vertreter jener Epoche vor uns, die von der Exegetenschule der Zivilrechtler beherrscht wurde. Daher geschieht die kurze Darstellung der Vorstellungen *Ducrocq's* zu unserem Thema nicht zuletzt um aufzuzeigen, welche

* 1829—1913.

¹ 1. Aufl., Paris 1900.

² *Waline*, Les idées maîtresses, L'année pol. 1930, S. 39 f.; ähnlich *Jéze*: RDP 1914 Bd. I, S. 315.

Vor *Ducrocq* behandelten die Darsteller des Verwaltungsrechtes ihre Probleme in alphabetischer Reihenfolge nach entsprechenden Stichworten.

³ Es wurde die 7. Aufl. von 1897 ff. zugrunde gelegt.

I. Der Rechtsbegriff. Eine erste Ausprägung des Rechtspositivismus

Die Frage nach der Natur des Rechts, das in den Gesetzen seinen Niederschlag findet, wird von *Ducrocq* nicht unmittelbar behandelt. Unausgesprochen wird die dem 19. Jahrhundert typische Überzeugung erkennbar, daß das Recht natürlich nirgends anders als im Gesetz selbst anzutreffen ist: Die Maximen des liberalen Staates werden in großer Breite diskutiert. Die Gesetze sind es, die die bürgerlichen Freiheiten „organisent, protègent ou en restreignent la portée, soit par la constitution d'un régime spécial applicable à la propriété de certains biens, soit par l'établissement de servitudes légales d'utilité publique très variées“⁴. Mit unermüdlichem Eifer werden alle möglichen Gesetze hinsichtlich ihrer Bedeutung, Tragweite und zeitlichen Geltung untersucht; ihre Orientierung an einer vorgegebenen Rechts- oder Wertordnung bleibt unerörtert. Die sog. „décrets législatifs“, die in Umsturzeiten regelmäßig ohne Zustimmung eines Parlaments ergehen, werden allein unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung der Gewaltenteilung gewürdigt. Die Überlegung, daß derartige Staatsakte unfähig sein könnten, die „volonté générale“ und mit ihr das Recht zu reproduzieren, tritt demgegenüber ganz in den Hintergrund⁵.

In Wahrheit tritt uns nach unseren bisherigen Erkenntnissen in den Lehrvorstellungen *Ducrocq's* einmal mehr der fortschreitende Zug zur inhaltlichen Entleerung des Rechts- und Gesetzesbegriffs entgegen. Zwar wird die Übereinstimmung mit den dogmatischen Anforderungen der inzwischen zur Geschichte gewordenen Revolution von 1789 betont. Aber Merkmale wie Allgemeinheit und Dauer, die bisher zugleich eine bestimmte Vorstellung vom Recht bedeuteten, werden jetzt zusehends zu formalen rechtstechnischen Begriffen.

Sehr deutlich macht sich der Einfluß der französischen Zivilisten⁶ und ihrer „Ecole de l'Exégèse“⁷ bemerkbar. *Ducrocq's* Methode der Problemstellung und der anschließenden Lösung liegt ganz im Sinne dieser Rechtsschule. Genaueste Beachtung der Texte unter Hintanstellung jeglicher Textkritik mußte dann allerdings hier wie in jeder anderen

⁴ *Ducrocq*, aaO. Bd. III (1898), S. 478.

⁵ Vgl. aaO. Bd. I (1897), S. 15/16.

⁶ Vgl. z. B. *Beudant*: Cours de Droit civil I, 1896, S. 4.

⁷ Vgl. oben 2. Kap. II.

Rechtsdisziplin zu einer ersten Ausprägung des Rechtspositivismus führen.

II. Gesetz und Verordnung. Die Bedeutung der Gewaltgliederung

Es kann daher kaum mehr überraschen, wenn auch für das Verhältnis zwischen Gesetz und Verordnung zunehmend auf formelle Begriffe ausgewichen wird. Merkmale wie Dauer und Allgemeinheit, mit denen man bisher das Wesen des Gesetzes gekennzeichnet hatte, waren in der Praxis seit langem auch bei der Verordnung zu beobachten. So kommt es nicht von ungefähr, wenn Ducrocq nunmehr einen umfangreichen Katalog von übereinstimmenden (!) Merkmalen zwischen Gesetz und Verordnung aufstellt⁸. Demgegenüber anerkennt er nur noch zwei Merkmale, auf Grund derer das Gesetz von der Verordnung geschieden werden kann. In dieser Beziehung nennt er den Umstand, daß die beiden staatlichen Anordnungen von unterschiedlichen Organen erlassen werden, und schließlich die der Verordnung eigentümliche Eigenschaft, vom Gesetz abhängig zu sein⁹.

Die Tendenz dieser Ausführungen erscheint eindeutig: Die Frage nach der Unterscheidung zwischen Gesetz und Verordnung beginnt zusehends eine solche nach der Gewaltgliederung zu werden. Diese Feststellung bedarf allerdings noch einer gewissen Einschränkung. Bei aller Herausstellung der Übereinstimmung zwischen Gesetz und Verordnung unterscheiden sich natürlich die Legislativ- und Exekutivfunktion in der „nature de leur mission“¹⁰! Das kann unmöglich für Akte dieser unterschiedlichen Organe ganz ohne Folgen bleiben.

Gleichwohl meint Ducrocq einmal beiläufig, daß das Gewaltgliederungssystem als solches kein Hindernis dafür zu sein brauche, die Exekutive in gewisser Hinsicht auch unmittelbar am Werk des Gesetzgebers zu beteiligen¹¹. Nur eine Gewaltenvermengung dürfe auf diese Weise natürlich nicht eintreten. Dadurch wird der Exekutive und mit ihr dem Verordnungsgeber zusätzlicher Spielraum eingeräumt. *Montesquieu* hätte dagegen sicherlich nichts einzuwenden gehabt; jedoch bleibt noch

⁸ Er zählt deren acht (aaO. Bd. I, S. 84) und spricht zuweilen von der Verordnungsgebung als einer „*législation secondaire*“ (aaO. Bd. I, S. 83). Vgl. dazu auch *Holstein*, aaO., S. 313.

⁹ aaO. Bd. I, S. 84 heißt es: „Il existe deux différences entre les règlements et la loi: 1° ils émanent d'un autre pouvoir que le pouvoir législatif qui a mission de faire la loi; du pouvoir exécutif ou de ses délégués, chargés de faire exécuter la loi; 2° l'acte réglementaire n'émane pas seulement d'un autre pouvoir que la loi, il participe à la subordination de l'exécutif au législatif, en ce sens qu'il ne doit tendre qu'à procurer l'exécution de la loi.“

¹⁰ aaO. Bd. I, S. 12.

¹¹ aaO. Bd. I, S. 12.

abzuwarten, wieweit derartige Vorstellungen dem Verordnungsgeber in Zukunft nützen werden¹².

III. Kritik

Nach diesen kurzen, für unseren Zweck aber völlig ausreichenden Darlegungen erscheint uns die anfänglich wiedergegebene Feststellung *Walines* durchaus gerechtfertigt. *Ducrocq* gehört trotz seiner ersten Systematisierungsversuche streng vom Boden einer eigenständigen Verwaltungsrechtswissenschaft nicht einmal zu den unmittelbaren Wegbereitern eines *Hauriou*, *Duguit* oder *Carré de Malberg*. Er gehört seiner Ideenwelt nach vielmehr noch größtenteils in den Zusammenhang des ersten Teils der vorliegenden Schrift. Besonders augenfällig wird das dadurch, daß man jede konkrete Stellungnahme zum Begriff des Rechts vermißt, aber gleichwohl auf ein positiv-rechtliches Instrumentarium stößt, das ideengeschichtlich auf das engste mit einem ganz bestimmten Rechtsbegriff, nämlich dem der Revolution von 1789, verbunden ist.

In dieser Beziehung macht es dann freilich einen Unterschied, ob z. B. *Ducrocq* im Zusammenhang mit dem rechtlichen Statut der Verordnung vom Begriff der „*exécution*“ spricht¹³ oder ob von diesem Erfordernis zu Zeiten der französischen Revolution die Rede war. Damals gehorchte man mit einer solchen Begriffsbestimmung einer inneren Notwendigkeit. Der nachrevolutionäre Rechtsbegriff, der alles allgemeine Recht im Sinne von „*principes*“ beim Gesetzgeber konzentrierte, verlangte einfach, daß die allgemeine Verordnung zugleich Ausführungsverordnung war. Zu Zeiten von *Ducrocq* bestand eine solche innere Gesetzlichkeit nicht notwendigerweise. Die Beteiligung der Exekutive

¹² Der auf *Portalis* zurückgehende Begriff der „*exécution*“ (vgl. oben 2. Kap. I.) wird sich vorerst mit großer Beharrlichkeit der Herausbildung einer eigenständigeren Verordnungsgewalt entgegenstellen. Sonderermächtigungen waren daher auch für *Ducrocq* eindeutige Fälle (an sich unzulässiger) gesetzgeberischer Delegation (aaO. Bd. I S. 85 u. 119). Daran wird sich für die Theorie erst mit der Einführung der gesetzesunabhängigen Verordnung durch die Verfassung der 5. französischen Republik etwas ändern (vgl. unten 17. Kap., II.). Es ist interessant festzustellen, daß in dieser Beziehung die klassische deutsche Verordnungstheorie viel realistischer gedacht hat, vgl. die Nachweise bei *Böckenförde* aaO. S. 143 ff., 154 ff., 165 ff. (G. W. E. *Hegel*, L. v. *Stein*, R. v. *Gneist*). Die deutsche Theorie war eben seit ihren Anfängen durchaus bereit, in den staatlichen Anordnungen ohne Ansehung des erlassenden Organs immer auch Herrschaftsakte zu erkennen, wohingegen für die französische Theorie diese Betrachtungsweise nur dann in Betracht kam, wenn Akte der Verwaltung, einschließlich der Verordnung in Frage standen.

Den Verlust dieses ursprünglichen „*Realismus*“ der deutschen Theorie und Praxis in neuester Zeit (Art. 80 GG!) rügt daher mit Recht z. B. H. J. *Wolff*, *VerwR* I, 6. Aufl. § 25 VII a) 1. (S. 107).

¹³ Vgl. aaO. Bd. I, S. 80 ff.: „*statuer sur la mise en œuvre (des principes du législateur)*“ und „*exécution des lois par des prescriptions de détail*“ (S. 83).

am gesetzgeberischen Werk wird durchaus diskutabel¹⁴. Freilich gerät man alsdann leicht in Gefahr, den für eine bestimmte Begriffsbildung vorhandenen ideologischen Hintergrund zu übersehen oder gar bewußt abzulehnen, weil er keine Gültigkeit mehr besitzt, zugleich aber den begrifflichen Apparat unbesehen zu übernehmen.

Unter diesem Gesichtspunkt konnte Ducrocq darum zu Recht an den Anfang des zweiten Teils der vorliegenden Darstellung gerückt werden. Ein ganz bedeutsamer Unterschied zu früheren Vorstellungen wird nämlich in jedem Fall deutlich: Man macht sich nicht mehr über Inhalt und Form in der gleichen Ausführlichkeit wie früher Gedanken. Es interessieren vielmehr nur noch die rechtstechnischen Errungenschaften der Vergangenheit. Das ist eine recht bedeutsame Veränderung.

5. Kapitel

Jean-Paul Hypolyte Emmanuel (gen. Adhémar) Esmein*

Esmein ist in der Reihe der Autoren, die im zweiten Teil der vorliegenden Schrift behandelt werden, derjenige Vorläufer einer Reihe von erlauchten Namen, den man selbst schon in gewisser Weise zu den „klassischen Autoritäten“ zählen kann. Freilich scheint die Bedeutung *Esmeins* nicht so sehr darin zu bestehen, daß er neue Probleme aufgezeigt oder neue Wege gewiesen hätte. Sein Wirken ist vielmehr in der Hinsicht bedeutsam geworden, daß er den alten Bestand an Begriffen auf seine geschichtlichen Quellen hin untersucht hat und auf diese Weise zuweilen neue dogmatische Erkenntnisse gewinnen konnte.

I. Der Rechtsbegriff

Die Orientierung *Esmeins* an herkömmlichen Vorbildern wird schon bei seiner Begründung eines Rechtsbegriffes deutlich. Die Wahrung der „droits individuels“ ist auch hier das vornehmliche Anliegen. Während aber *Ducrocq* und später auch *Moreau* trotz Akzeptierung dieser Prämisse gleichwohl in die Nähe eines ersten sich ausprägenden Positivismus gelangten, weil sie die Verwirklichung dieses Prinzips durch das geltende Recht zu schnell und zu unbesehen annahmen, fühlte sich *Esmein* verpflichtet, der Schutzfunktion des Rechtes nachzugehen. Als Rechtslehrer, der am Anfang seiner Karriere im Fach Rechtsgeschichte debütiert hatte, konnte er mit *Hobbes* die Feststellung machen, daß die Gewährung von Abwehrrechten für den einzelnen gegenüber dem Staat eine Idee ohne wirkliche Vorläufer ist: „Itaque neque Atheniensis neque Romanus quisquam liber sed civitas eorundem“¹. Zwar meint *Esmein* zu erkennen, daß sich im frühen Mittelalter ein erstes Gefühl für Freiheitsrechte herausgebildet habe. Dieses sei jedoch — eine Mitgift der nach Europa einströmenden jungen Völker — auf adelige Kreise beschränkt gewesen und zusammen mit dem Untergang des Feudalismus erloschen.

* 1848—1913.

¹ *Esmein*, aaO. Bd. I, S. 33, 539 ff. — Die hier verwendete Auflage wurde von *Nézard* bearbeitet. Zitiert sind im folgenden jedoch nur solche Passagen, die mit Sicherheit auf *Esmein* zurückgehen.

¹⁴ Vgl. *Ducrocq*, aaO. Bd. I, S. 12.

Wieder habe es eine Periode absoluter Macht des Staates unter dem göttlichen Recht des Monarchen gegeben. Die Begründung des monarchischen Herrschaftsanspruchs im göttlichen Recht ist dann allerdings — wie Esmein richtig hervorgehoben hat — der Ansatzpunkt dafür gewesen, dem absolutistischen Staat seine Macht wieder zu entwenden: Man konnte den Monarchen einer Rechtsordnung unterwerfen, der einzigen zugleich, der er sich unterordnen mochte, nämlich der göttlichen Naturrechtsordnung. Zwar gewann der einzelne aus diesem Vorgang zunächst noch keine eigenen subjektiven Rechte. Trotzdem: „La théorie des droits individuels devait sortir . . . de l'idée du droit naturel, mais autrement compris, détaché du ciel et ramené sur la terre.“

Ein neues Verständnis gegenüber der Theorie vom Gesellschaftsvertrag gibt insoweit das Bindeglied ab: Die absolute Unabhängigkeit des Individuums war der Urzustand. Eine Bindung kam nur in der moralischen Unterwerfung unter das Naturrecht in Betracht. Als der Staat gegründet wurde, mußte man freilich seinem natürlichen Wesen Rechnung tragen; aber das konnte in der Weise geschehen, daß in dem einstimmigen Gesellschaftsvertrag dem Staat gerade die zu seiner Existenz notwendigen Rechte übertragen wurden. Was dem Individuum verblieb, bildete das Residuum der „liberté native, constituait des droits individuels supérieurs à ceux de l'Etat, puisqu'ils lui étaient antérieurs et s'imposaient à son respect“.

Diese Idee nun von der Notwendigkeit der öffentlichen Gewalt und einer Regierung ausschließlich im Interesse der Gesamtheit aller Glieder der Nation ist für Esmein „une idée de bon sens, presque évidente“², die den menschlichen Geist schon lange bewegt hat, so daß sie ohne Bedenken auch heute gültig ist.

Der Übergang, den Esmein vollzieht, ist höchst interessant: Denn erkennt man die Konstruktion des Gesellschaftsvertrages im Sinne *Rousseaus* als pure Fiktion, so bleibt ein Bestehensgrund für den Staat gleichwohl übrig. Er muß sich am Interesse der Gesellschaft orientieren. Zugleich findet sich eine neue Begründung für das Axiom der individuellen Freiheit: „la source de tout droit est dans l'individu parce que lui seul est un être, libre et responsable“.

Zwar anerkennt Esmein, daß der Staat in gewisser Hinsicht eigengesetzlich leben und das Individuum diesen Zustand hinnehmen müsse.

² Hierzu und zum Vorzitat vgl. *Esmein*, aaO. Bd. I, S. 541 ff. Sachlich handelt es sich um die Ersetzung des „pactum societatis“ im Sinne von *Rousseau* durch einen „pactum subjectionis“, wie es schon von *Constant* und *Proudhon* (vgl. oben 2. Kap., III.) vorgeschlagen worden war. Vgl. dazu bes. *Halbecq*, aaO., S. 46, 47.

³ aaO. Bd. I (8. Aufl.), S. 311.

⁴ aaO. Bd. I, S. 311, aber auch schon die 2. Aufl. von 1899, S. 343.

„Mais“ — und das klingt fast wie ein Glaubensbekenntnis — „cela ne fait point que les sociétés politiques soient des êtres réelles et aient des droits propres. Les individus vivants qui les composent sont au contraire des êtres qui ont le sentiment de la responsabilité morale et qui peuvent librement diriger leurs actes . . . En droit et en raison, c'est dans leur seul intérêt que fonctionne la société politique. . . le premier intérêt et le premier droit de l'individu, c'est de pouvoir librement développer ses facultés propres; et le meilleur moyen pour assurer ce développement, c'est de permettre à l'individu de le diriger lui-même, spontanément, à sa guise, et à ses risques et périls, tant qu'il n'entamera pas le droit égal d'autrui. Or assurer ce libre développement, c'est justement le but de diverses libertés qui constituent les droits individuels: en ne les respectant pas, la société politique manquerait à sa mission essentielle, et l'Etat perdrait sa première et principale raison d'être“.

Das Recht findet seinen Ursprung und sein letztes Ziel also im Individuum. Liberales Gedankengut ersten Ranges kommt zum Vorschein, wenn Esmein wie *Constant*⁵ an die Stelle des Gesellschaftsvertrages das Individuum selber rückt. Hier kommt das gesteigerte Selbstbewußtsein des Bürgertums zum Ausdruck. Es macht sich zum Maß aller Dinge; alles andere (selbst der Staat) hat ihm zu dienen⁷.

II. Der Gesetzesbegriff

Für den Gesetzesbegriff gilt in dieser Hinsicht nichts anderes.

Ausgangspunkt ist wieder die Freiheitsmaxime, wodurch sich das zu Esmeins Zeit noch empfundene enge Verhältnis zwischen Gesetz und Recht einmal mehr bewahrt⁸: Es gibt für ein Regime zwei Möglichkeiten, seine Souveränität auszuüben. Einmal kann es willkürlich

⁵ aaO. Bd. I, S. 543. Schon *Sièyes* sagte: „La fin de tout établissement public est la liberté individuelle“ (Rede vom 2. Thermidor des Jahres III, vgl. Neudruck des alten *Moniteur* Bd. XXV S. 295.).

⁶ Vgl. oben 2. Kap. III. 1.

⁷ Insoweit ähnelt *Esmeins* Konzeption vom Recht und seine weitere Vorstellung, daß der Staat allein die Aufgabe haben kann, die Individualrechte des einzelnen zu schützen, den bei *Böckenhörde* (aaO. S. 173 ff.) wiedergegebenen Stellungnahmen der liberalen Rechtsstaatstheorie (v. *Mohl*, *Welcker* u. *Bluntschli*) in Deutschland. Hier wie dort finden wir den typischen Übergang vom Naturrecht zu einer Methode, die konkrete politische Ziele im Auge hat und daher werten muß, aber wohl gerade deswegen ihren apriorischen Charakter nicht aufgibt. Das wird sich erst ändern, sobald die neueren positivistischen Strömungen im Recht (*Carré de Malberg!*) die Oberhand gewinnen.

⁸ Dazu *Esmein*, aaO. Bd. I, S. 22 ff.

handeln, wobei alles von einem einzigen Willen abhängen wird und wobei die Einzelumstände die Richtlinie für die jeweilige Entscheidung abgeben. Es kann aber auch im Gegenteil feststehende allgemeine Normen geben, die jedermann von vornherein bekannt sind und nach denen sich die Regierung im gegebenen Fall richten muß. Wie man sich zu entscheiden hat, kann nicht zweifelhaft sein: „Il n'y a pas de liberté véritable, même avec la souveraineté populaire, si l'assemblée du peuple peut prendre arbitrairement n'importe quelles mesures contre un citoyen déterminé contrairement aux lois générales. Ce qui est la vertu protectrice de la loi, c'est sa conception même.“ Das Gesetz ist demgemäß zu definieren als eine „règle impérative ou prohibitive posée par le souverain, qui statue non dans un intérêt particuliers, mais dans l'intérêt commun, non à l'égard d'un individu isolé, mais à l'égard de tous, pour l'avenir et à toujours“.

Im Ergebnis ist das noch ganz der klassische revolutionäre Gesetzesbegriff. Zwar hat Esmein bereits die ersten Gesetze erlebt, die von vornherein Regeln nur für einen bestimmten Zeitraum festlegen wollten. Das konnte seine Gesetzestheorie jedoch nicht erschüttern: Insoweit handelte es sich für ihn eben nicht um Gesetze. Es handelte sich um bloße Akte der Verwaltung, die der Gesetzgeber in das Gewand des Gesetzes gekleidet hatte. Diese Konsequenz ergibt sich immer für Gesetzesbegriffe, die die Allgemeinheit und Dauer zum Essentielle der Definition erheben: „Dans sa conception normale, la loi se présentant comme une règle de droit, générale et juste, on ne voit pas bien comment ceux qui la font songeraient à en restreindre l'empire à un temps limité.“ Gesetze, die diese Erfordernisse nicht berücksichtigen, sind Ausnahmegesetze, weil in ihnen der Freiheitsgedanke nicht genügend Berücksichtigung findet. So gesehen bestätigt die zeitliche Begrenzung der Ausnahmegesetze noch den aufgefundenen Gesetzesbegriff: Die Zeit-

⁹ aaO. Bd. I, S. 23 und Bd. II, S. 399. Diese Gesetzesdefinitionen können nur bedingt mit den Gesetzesdefinitionen übereinstimmen, die von den Anhängern einer liberalen Rechtsstaattheorie in Deutschland erarbeitet wurden. Ging es in Deutschland noch immer um eine Erweiterung des Mitwirkungsrechtes der Volksvertretung, was z. B. bei v. Mohl (siehe Böckenförde, aaO., S. 181/182) gerade durch die Verwendung des Begriffes der Allgemeinheit und die Behandlung des Verhältnisses Bürger/Staat zum Ausdruck kommt, meint man bei Esmein eher umgekehrte Töne zu hören, zwar weniger in der Weise, daß das Gesetz überall dort nicht einzugreifen habe, wo die Freiheitsrechte des Bürgers im Spiele stehen, sondern weitergehend noch in dem Sinne, daß möglichst wenig Gesetze erlassen werden sollten, weil eine jede Regelung gleichzeitig Einschränkung der Freiheit bedeutet.

Hier macht sich die unterschiedliche verfassungsrechtliche Lage Frankreichs und Deutschlands in der damaligen Zeit bemerkbar: Gesetzgebung im modernen Sinn durch eine Volksvertretung war in Frankreich — wenn auch mit Unterbrechungen — bereits Tradition geworden, ehe sie in Deutschland Eingang in die Theorie zu erlangen vermochte.

grenze sorgt dafür, daß endlich und schließlich zum „droit dans sa plénitude“ zurückgekehrt werden kann¹⁰.

Um dieses Recht, um das die bürgerlichen Freiheiten nach allen Seiten schützende Gesetz geht es Esmein auch, wenn wir einen Blick auf den Gesetzgebungsvorgang in seiner Lehre werfen. In dieser Beziehung kommt es unserem Autor auf eine Richtigstellung, ja ein neues Verständnis für die Repräsentationstheorie an.

Nach unseren Feststellungen¹¹ war der Repräsentationsgedanke nötig gewesen, um die autoritativen Äußerungen des Parlaments gleichwohl als den bloßen Ausdruck der „souveraineté nationale“ erscheinen zu lassen. Diese stellte man sich zudem als unteilbar¹² vor: Entschieden schon nicht das Volk (die Nation) selbst, sollte doch nach Möglichkeit ein einziges Organ zum Sprachrohr des Souveräns werden. Nicht ohne Grund optierte Frankreich daher wiederholt, nämlich 1791 und 1848 für das Ein-Kammern-System. Das Zwei-Kammern-System erschien demgegenüber wie eine Organisation des Absurden. Man konnte sich nicht gut vorstellen, daß die „volonté nationale“ einmal „ja“ und gleichzeitig „nein“ sagen könnte.

Diese Fehlschlüsse sind es nun, die von Esmein richtig gestellt werden: „Sans doute, chez une nation égalitaire et unitaire, il ne peut y avoir d'autre représentation politique que celle de la souveraineté nationale; mais il en résulte seulement que les deux Assemblées devront l'une et l'autre tirer leur origine et leur pouvoir de cette souveraineté“¹³. Die Repräsentation darf also nicht zu Identifizierungen führen. Der Gesetzgeber besitzt nur die Ausübung eines Rechtes, nicht dieses Recht selbst! Und „comme l'exercice de ce droit ... peut entraîner des erreurs et des abus, la nation confie le pouvoir législatif, non pas à une Assemblée unique, mais à deux assemblées dont la volonté concordante sera nécessaire pour faire la loi, et qui, par suite, se contrôleront l'une l'autre. Lorsque se sera établi entre elles l'accord nécessaire mais assez difficile à obtenir, il sera à peu près certain que la loi est juste, utile, conforme à l'opinion moyenne du pays, c'est-à-dire correspond à la volonté nationale“¹⁴.

¹⁰ Esmein, aaO. Bd. I, S. 23 Anm. 48 und Bd. II, S. 399. — Auf ähnliche Vorstellungen werden wir insbes. bei Hauriou stoßen, für den die Rechtsschicht der Verordnungen die Schicht des veränderlichen und noch in der Entwicklung befindlichen Rechtes ist. Siehe unten 8. Kap., III.

¹¹ Siehe oben I. Kap. I, 4., a. A.

¹² Vgl. z. B. Prélôt, aaO., S. 294 und oben I. Kap. II. 2 a, a. E.

¹³ Esmein, aaO. Bd. I, S. 135.

¹⁴ aaO. Ebenso schon die 2. Aufl. 1899, S. 75. — Noch vergleichsweise naturrechtlich ist freilich die Überzeugung, daß bei nur genügend langer und alle möglichen Ansichten berücksichtigender Diskussion das „rechte“ Recht schon

Damit erscheint bei Esmein im Gegensatz zu *Ducrocq* die Trennungslinie zwischen Gesetz und Recht wieder deutlicher. Eine gegenüber den Ergebnissen der *Exegeten* rückläufige Tendenz wird sichtbar: Es spricht nunmehr eine Vermutung für die Konformität des Gesetzes mit dem Recht. Allerdings ist diese Vermutung vergleichsweise stark. Zu viele Vorkehrungen sind getroffen, um dem Gesetzgeber allzeit in die Erinnerung zu rufen, daß er nur der Titular eines Gesetzgebungsrechtes ist¹⁵.

III. Der Verordnungsbegriff

Um die Aufrichtung von Kontrollen, Überwachung und organisatorische Abhängigkeitsverhältnisse geht es Esmein auch, wenn er diejenige Funktion der Verwaltung behandelt, die sich mit dem Erlaß der Verordnungen beschäftigt. Die geschichtliche Denkungsweise und Methodik des Autors führt dazu, daß er in dieser Beziehung alsbald auf den römischen Terminus „*imperium*“ stößt. Aber damit gibt er nur der für französische Denken unvermeidlichen Vorstellung Raum, daß vornehmlich (und womöglich allein) innerhalb der Verwaltung Herrschaft, also Zwangs- und Befehlsgewalt in Betracht kommt. Demzufolge ist ihm vordringlich besonders folgendes: Er muß herausstellen, daß es mit dem bloßen Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung seine Bewandnis nicht haben kann, wenn man mit den bürgerlichen Freiheiten wirklich ernst machen will. Das Gebiet der modernen Verwaltung ist nämlich nach Esmein viel weitergehend, als daß es sich mit den Bereichen decken würde, in denen der Grundsatz der Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung Geltung hat. Es gibt zahlreiche Tätigkeitsgebiete, die nicht von vornherein von den Normen des Gesetzgebers unter Kontrolle gebracht werden können. Abschluß und Auflösung von internationalen Verträgen, Kriegserklärungen, Friedensschlüsse usw. sind nur einige besonders augenfällige Beispiele aus der Zeit Esmeins. Der Dornröschenschlaf der Exekutive, den die Französische Revolution von 1789 zumindest in dogmatischer Sicht verordnet hatte, gilt in keinem Falle mehr. Erscheint aber die Exekutive gegenüber der Legislativen als die eigentliche Gewalt, die „*en permanence*“ tätig ist, und „*ne saurait s'arrêter un seul*

gefunden werde. Jedoch ist die Verwendung des Begriffes der Diskussion bereits Absage an abstraktes Theoretisieren. Die „*opinion moyenne*“ ist Richtschnur. Es leuchtet ein, daß sie recht konkreten Sachvorstellungen Raum geben kann.

¹⁵ Zugleich tritt das Recht immer noch von außen an die organisierte Gesellschaft heran. Nicht der Staat ordnet für das Gesetz den Imperativ an. Dieser wird vielmehr durch die Konformität des Gesetzes mit dem Recht begründet. Zu diesem Problem vgl. auch oben 1. Kap. II 2 c und dort Anm. 46, sowie unten 7. Kap. I.

instant, pas plus que la vie même de la nation¹⁶“, muß nach zusätzlichen Kontrollen der allumfassenden Verwaltung gesucht werden. Denn wo eine aktive und dauernd tätige Verwaltung vorhanden ist, stellt sich fast von selbst die „*pouvoir discrétionnaire*“¹⁷, der unabhängige Entscheidungswille ein. Bei der gesetzesunabhängigen Verwaltung mag er stärker entwickelt sein, aber auch bei der gebundenen Verwaltung ist er vorhanden.

In dieser Beziehung scheint Esmein die Organisation einer allgemeinen Verantwortlichkeit der Regierung angezeigt¹⁸, die er zu seinen Lebzeiten allerdings bereits verwirklicht sieht und die zusammen mit der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung erst die Garantie dafür bietet, daß die bürgerlichen Freiheiten auch wirklich unangetastet bleiben¹⁹.

Dies vorangeschickt, ist mit Esmein die verordnungsgebende Gewalt als die Befähigung der gesetzesabhängigen Verwaltung zu bezeichnen, mittels der sog. „*décrets généraux*“ diejenigen Regelungen zu erlassen, die zur Ausführung der Gesetze notwendig sind. Hierbei erscheinen die Verordnungen wie Gesetze: „... (ils) statuent pour l'avenir à l'égard de tous (et) obligent les citoyens ... Ils forment une partie très importante de notre droit et constituent à côté des lois comme une législation secondaire et dérivée“²⁰.

Zur Unterscheidung von Gesetz und Verordnung dient also wieder der Begriff der „*exécution*“: Kommt in Artikel 5 des „*Code Civil*“²¹ für die richterliche und gesetzgeberische Gewalt das Prinzip der Gewaltengliederung zum Ausdruck, so gilt dieses Prinzip in gleicher Weise für das Verhältnis vom Gesetzgeber zum Ordnungsgeber. Es behält nach Esmein dem Gesetzgeber die Setzung des allgemeinen (prinzipiellen)

¹⁶ Vgl. *Esmein*, aaO. Bd. I, S. 27. Auf diese Befähigung der Exekutive wird sich übrigens die spätere Lehre von den sog. „*matières réglementaires*“ gründen. Denn wer „*en permanence*“ tätig ist, dem kann der Gesetzgeber Kompetenzen zuweisen, die er, aus welchen Gründen auch immer, nicht selbst wahrnehmen kann oder will. Vgl. dazu unten 10. Kap. II. und 15. Kap. II. 2 u. 3.

¹⁷ *Esmein*, aaO. Bd. I, S. 27.

¹⁸ Dieses Prinzip eines richtig verstandenen Parlamentarismus wird auch in neuerer Zeit wieder ins Spiel gebracht, wenn darauf hingewiesen wird, man könne einem Gesetz nicht mehr abverlangen, als man von den Fähigkeiten des Gesetzgebers erwarten dürfe. Besser sei es, den Ordnungsgeber oder schlechthin die Regierung die schwierigen technischen Probleme der Tagespolitik bewältigen zu lassen. Der Gesetzgeber, das Parlament könne sodann seine Kräfte auf eine wirksame Kontrolle beschränken. Vgl. in diesem Sinne etwa *Ballreich*, aaO., S. 345, 346 mit weiteren Nachweisen.

¹⁹ Vgl. dazu *Esmein*, aaO. Bd. I, S. 27.

²⁰ aaO. Bd. II, S. 75.

²¹ Er lautet: „*Il est défendu aux juges de prononcer par voie de dispositions générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.*“

Rechts vor: „Le réglement n'est pas la loi²²! Denn die Verordnung komplementiert das Gesetz nur: „... le droit de faire des règlements ne revient ... pas nécessairement, ni même naturellement, au pouvoir législatif. Il doit être confié naturellement au pouvoir exécutif: car étant chargé d'exécuter les lois, c'est lui qui peut le plus utilement les compléter de cette manière²³“.

Das ist logisch, denn die Exekutive ist nach Esmein dasjenige Organ, das in permanenter Tätigkeit ist und demzufolge diese nun einmal notwendige Aufgabe am besten übernehmen kann. Die „séparation des pouvoirs“ steht niemals im Wege, denn unter zweierlei Gesichtspunkten kann die Verordnung niemals die Stellung des Gesetzes einnehmen: Weder kann der Verordnungsgeber aus eigener Initiative regelnd eingreifen, wie es der Gesetzgeber gemeinhin tut: Ist kein Gesetz vorhanden, kann der Verordnungsgeber nicht in Funktion treten, weil es nichts auszuführen gibt. Ist aber ein Gesetz vorhanden, so sind die Prinzipien festgelegt! Daran könnte sich nur etwas ändern, wenn die Möglichkeit der Delegation bestünde. Aber eine solche verbietet sich einerseits aus Gründen der „séparation des pouvoirs“, andererseits kann der Gesetzgeber sein Gesetzgebungsrecht erst gar nicht weitergeben, denn er besitzt sein Recht bereits zur Ausübung²⁴.

So finden wir am Ende auch bei Esmein für die Verordnung eine Definition, die schon einige Tradition hat: Die Verordnung „débarasse les lois des détails minutieux et inutiles ... (et) remet le soin de fixer les détails ... à l'autorité qui a le plus de compétence ...“²⁵.

An dieser Begriffsbestimmung kann sich — wie Esmein sehr richtig sieht — erst etwas ändern, wenn dem Verordnungsgeber von Verfassungen wegen²⁶ ein eigenes Gebiet zuerkannt würde und dort das volle Initiativrecht besäße. Allerdings wäre eine derartige Verordnungsgewalt für Esmein eine echte Gesetzgebungsbefugnis. Man würde zu der Anerkennung zweier Legislativkörper gelangen. Folgerichtig weist Esmein in diesem Zusammenhang auf die Bedeutung des jeweils gültigen Gewaltengliederungsschemas hin; und es wird unsere Aufgabe sein nach-

²² Esmein, aaO. Bd. I, S. 537; Bd. II, S. 75.

²³ aaO. Bd. I, S. 537.

²⁴ „... une loi ne saurait conférer, même pour un objet déterminé, au pouvoir exécutif l'exercice d'aucun droit qui rentre dans les attributions du pouvoir législatif“ (aaO. Bd. II, S. 82), denn „la délégation du pouvoir législatif est juridiquement impossible“ (aaO. Bd. II, S. 81). Wäre es anders, könnten derartige Akte der Verwaltung nicht mit dem „recours pour excès de pouvoir“ angegriffen werden.

²⁵ aaO. Bd. II, S. 78.

²⁶ Vgl. aaO. Bd. II, S. 81. — Genau diesen Weg ist die Verfassung der heutigen 5. französischen Republik gegangen, vgl. unten das 17. Kap.

zuweisen, daß erst eine Neuregelung der aus dem Gedankengut der französischen Revolution wieder und wieder aufgegriffenen Gewaltenteilung die Verordnungstheorie aus ihrer Abhängigkeit vom Gesetzesbegriff führen wird.

IV. Kritik

Das Beispiel *Esmeins* zeigt deutlich, von welcher Beschaffenheit die politischen Vorstellungen in Frankreich um das Jahr 1880 gewesen sind: Die „Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen“ steht noch immer im Mittelpunkt des Interesses. Aber die Akzente sind verschoben. „L'Homme y apparaît au premier rang: individu d'abord, citoyen ensuite seulement“²⁷.

Demgemäß hat sich die zur Zeit *Esmeins* herrschende Klasse ihren Rechts- und Gesetzesbegriff ganz nach ihren Bedürfnissen zurechtgelegt. Der Mensch tritt in die Gesellschaft ein, um sich innerhalb seines Lebensbereichs die natürliche Freiheit schützen zu lassen. Bürger, Staatsunterworfener ist er erst, sobald das Gesetz an ihn herantritt, das die Lebensbereiche der Bürger untereinander abgrenzt²⁸. Die von G. *Burdeau* bereits für den revolutionären Gesetzesbegriff herausgearbeitete „conception restrictive“²⁹ tritt klar in den Vordergrund. Wir sahen das nicht zuletzt daran, daß Esmein für das Erfordernis der Allgemeinheit im Gesetz eine neue selbständige Begründung suchen mußte. Dadurch gehört aber auch dieser Autor in die Reihe derjenigen Staatsrechtslehrer, die dazu beigetragen haben, daß der klassische Gesetzesbegriff immer mehr in seine Einzelteile zerfallen konnte, deren ideologische Hintergründe am Ende völlig unwichtig sein werden.

Bei der Definition des Verordnungsbegriffes ist diese Tendenz vielleicht noch nicht so deutlich. Esmein bleibt nicht nur bei dem Begriff der „exécution“ stehen, er rührt auch die diesbezügliche überkommene Begründung nicht an. Jedoch wird diese herkömmliche Theorie für eine klare dogmatische Scheidung der verordnunggebenden Gewalt von den übrigen Staatsfunktionen in Zukunft immer weniger ausreichen. Auch Esmein hat keine sicheren Kriterien an die Hand geben können, mit deren Hilfe sich die Grenze zwischen einem Prinzip und dem davon abgeleiteten Detail zweifelsfrei bestimmen ließe. *Néard*, der das hier zugrunde gelegte Werk *Esmeins*, die „*Eléments de droit constitutionnel*“

²⁷ Vgl. *Halbecq*, aaO., S. 45.

²⁸ Vgl. *Esmein*, aaO. Bd. I, S. 583 einerseits und S. 600 andererseits (8. Aufl.). Gleichlautend die Würdigung bei *Halbecq*, aaO., S. 46 und *Dabin*, aaO., S. 357, 358 und dort Anm. 1.

²⁹ Vgl. oben 1. Kap. II. 2 b.

français et comparé“, nach dessen Tod fortgeführt hat, macht hierauf — möglicherweise ganz unbewußt — mit den folgenden Ausführungen aufmerksam: „La compétence du Chef de l'Etat, exercée en execution d'une loi spéciale, limitée dans le temps et dans son objet . . ., sanctionnée par des peines fixées par le législateur, s'exerçant sous le contrôle du Parlement, appelé fréquemment à convertir en loi le règlement pris, et sous celui des tribunaux (es handelt sich also um gesetzvertretende Verordnungen, sog. „décrets-lois“), demeure dans les limites de la Constitution³⁰: La souplesse de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, qui charge le Président d'assurer l'exécution des lois, autorise (ce genre de règlements), sans qu'il soit porté atteinte à l'article 1^{er} de la même loi qui remet le pouvoir législatif aux mains du Parlement.“ Sodann fährt Nézard fort: „... aucune disposition constitutionnelle ne s'oppose en France à une extension limitée du pouvoir réglementaire . . . par voie législative... En effet, l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 ne restreint pas le champs d'intervention à un ordre de matières déterminées . . . Il ne faut pas voir dans (une) renonciation du Parlement à régler un objet déterminé une délégation du pouvoir législatif, car elle ne confère pas un pouvoir nouveau à l'autorité réglementaire, elle lui soumet un objet nouveau³¹“.

Hier wird der „Überdehnung“, ja der völligen Aushöhlung des Begriffs der „exécution“ Tür und Tor geöffnet. Freilich liegt auch das noch durchaus im Konzept von *Esmein*: Wir müssen uns nur daran erinnern, daß dieser Autor die „fonction exécutive“ u. a. auch als die Gewalt bezeichnet hatte, die „en permanence“ tätig ist und die „pouvoir discrétionnaire“ besitzt³². Es liegt auf der Hand, daß sich diese Anschauung nicht, wie *Esmein* es offensichtlich wollte, auf die gesetzesunabhängige Verwaltung beschränken lassen wird. Anerkennt man nämlich oder zwingen die Umstände dazu zuzugeben, daß die Exekutive kraft ihrer eigentümlichen Organisation dem Gesetzgeber gegenüber die natürliche Überlegenheit besitzt, plötzlich auftretende, wichtige Probleme schneller als dieser lösen zu können, muß man schließlich auch der gesetzesabhängigen, d. h. der normensetzenden Verwaltung eine eigene Initiativgewalt zubilligen.

³⁰ Hervorhebung durch den Verfasser.

³¹ Vgl. *Esmein*, aaO. Bd. II, S. 102. Diese Ausführungen fehlen in noch von *Esmein* allein redigierten Auflagen.

³² Vgl. *Esmein*, aaO. Bd. I, S. 27.

6. Kapitel

Félix Pierre Louis Moreau*

Das eigentliche Werk *Moreaus* ist auf die Untersuchung der verordnungsgebenden Gewalt beschränkt gewesen. Deshalb war die Versuchung groß, in dem auf die Darstellung von persönlichen Lehräußerungen beschränkten zweiten Teil der vorliegenden Schrift diesen Autor zu übergehen. Denn ausdrückliche Stellungnahmen zum Rechts- und Gesetzesbegriff fehlen. Für eine gesonderte Behandlung der Lehren *Moreaus* sprach dann aber der Umstand, daß dieser Autor nach *Ducrocq* ein weiteres exzellentes Beispiel für den Versuch abgibt, aus einer rechtspositivistischen Grundhaltung die begriffliche Verwandtschaft zwischen Gesetz und Verordnung unter Ablehnung aller denkbaren materiellen Unterscheidungsmöglichkeiten nachzuweisen. Hinzu kam, daß bei der Art der Erörterungen durch *Moreau* Stellungnahmen zum Gesetzesbegriff aus sich heraus entstehen mußten.

Unter diesen Einschränkungen ist die Beschäftigung mit den Lehren *Moreaus* freilich von besonderem Interesse. Denn bis zum Erscheinen seines Hauptwerkes „Le règlement administratif“ im Jahre 1902 war, soweit ersichtlich, kaum jemand so weit gegangen, nicht nur auf die offensichtliche äußere Verwandtschaft zwischen Gesetz und Verordnung hinzuweisen, sondern darüber hinaus zu behaupten, die Verordnung könne auch *inhaltlich* dasselbe anordnen wie das Gesetz. Erhalten könne auch *inhaltlich* dasselbe anordnen wie das Gesetz. Erhalten bleibt nur die Vorstellung von dem unterschiedlichen Rangwert der Organe, da insoweit die Vorstellung vom Gesetzgeber als dem Repräsentanten der „volonté générale“ fortwirkt.

I. Die Lehre von der Verordnung und das Gesetz

In diesem Sinne definiert *Moreau* die Verordnung als die allgemeine verbindliche Regel, die sich in dieser Eigenschaft in nichts vom Gesetz unterscheidet. Eine Unterscheidung kann allein hinsichtlich der erlassenden Organe getroffen werden: Das Gesetz ist das Werk des Parlaments, die Verordnung das der Verwaltungsbehörden, die als solche

dem Parlament hierarchisch nachgeordnet sind¹. Die Unterordnung der Exekutive unter die Legislative erklärt der Umstand, daß das Parlament das souveräne Organ im Staat ist. Daraus folgt allerdings, daß gewisse Dinge in der rechtlichen Behandlung von Gesetz und Verordnung unterschiedlich ausfallen müssen: Die Verordnung darf dem Gesetz nicht widersprechen; die Verordnung kann wegen des Artikel 4 des Code pénal² und des Schlußartikels eines jeden Finanzgesetzes auch nicht auf dem Gebiet des Straf- und Steuerrechtes ergehen. Schließlich ist gegen Beeinträchtigungen durch die Verordnung der Rechtsweg gegeben, was für Belastungen durch das Gesetz nicht zutrifft.

Das sind in Kürze die Leitsätze der Moreauschen Verordnungslehre. Es ist unschwer zu erkennen, daß sich hier erhebliches in bezug auf die klassische revolutionäre Doktrin geändert hat. Doch ehe hierauf näher eingegangen werden kann, ist es erforderlich, den Gedankengang etwas näher zu verfolgen, der Moreau zu seiner These von der fast völligen Identität zwischen Gesetz und Verordnung geführt hat.

1. Die Ähnlichkeit zwischen dem Gesetz und der Verordnung

Moreau beginnt den konstruktiven Teil seiner Beweisführung damit, daß er behauptet, auch in Frankreich sei die Verordnungsgewalt des Königs gemäß der Verfassung vom Jahre 1791 nichts anderes als das „résidu de son omnipotence (antérieure) limitée par les droits législatifs de l'Assemblée“ gewesen³. Von der Gesamtheit der königlichen Gewalt habe die verfassungsgebende Versammlung Teile abgezweigt und dem Gesetzgeber zur ausschließlichen Zuständigkeit übertragen. Dadurch sei zusammen mit dem Gesetzgeber das Gesetz entstanden, hingegen die verordnungsgebende Gewalt beim König verblieben.

Dieses erste Argument Moreaus ist freilich zugleich sein schwächstes. Richtig für Deutschlands besondere verfassungsrechtliche Situation⁴, verfällt eine solche Auffassung in den Fehler, eine typisch deutsche Sondererscheinung zum Modellfall zu machen. Die Französische Revolution verstand sich keinesfalls als Fortsetzung des vorgefundenen politischen Systems. Sie ist vielmehr nach anfänglichen Unschlüssigkeiten zu einer wirklichen Zäsur vorgestoßen. Die Gesetze der französischen

¹ Moreau, aaO., S. 50.

² Er lautet: „Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis.“

³ Moreau, aaO., S. 71. Die Kenntnis der Resultate der klassischen deutschen Staatsrechtslehre dürfen wir unterstellen.

⁴ Vgl. dazu die Nachweise bei Böckenförde, aaO., S. 220.

Revolution waren etwas grundsätzlich anderes als die „lois fondamentales du royaume“ oder die „lois du roi“⁵. Darauf braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden.

Gewichtiger ist demgegenüber die Vorstellung Moreaus, daß Gesetz wie Verordnung in gleicher Weise am „Ansehen“ der Regel teilnehmen müssen, wenn es richtig ist, daß diese beiden staatlichen Anordnungen wegen des gemeinsamen Merkmals der Allgemeinheit überhaupt Regeln sind. In der Tat trifft es zu, daß Gesetze und Verordnungen — beide als Regeln — „(s'appliquent) à toutes les personnes qui se trouvent placées dans les conditions qu'elles prévoient.“ Sowohl Gesetz wie auch Verordnung „(réagissent) des personnes et des situations au sujet desquelles toute prévision précise serait téméraire“⁶. Unter dieser Prämisse kann nämlich die verfassungsrechtliche Doktrin der Revolutionszeit, die einwendet, daß die Schutzfunktion der „Rechtsregel“ eben auch davon abhängt, ob sie von den Repräsentanten der Nation oder einem dieser Legitimationsquelle ferner stehenden Organ festgelegt wird, ohne große Schwierigkeiten zurückgewiesen werden. Moreau braucht nur mit einem Hinweis auf die Praxis zu erwidern: Zwar muß er zugeben, daß das Mißtrauen gegenüber der Exekutive in der öffentlichen Meinung und der Lehre weit verbreitet ist. Dieses Mißtrauen gehört jedoch zum „guten Ton“ in einer Theorie vom liberalen Staat. In der Praxis läßt sich jedenfalls nicht übersehen, daß die Verordnung in gleicher Weise wie das Gesetz die Verhältnisse der Bürger ordnet⁷. Soweit Moreaus konstruktive Begründung.

Negativ muß er sich jetzt freilich zunächst mit denjenigen Theorien auseinandersetzen, die den Begriff der „exécution“ nicht nur zur Umschreibung der Exekutivfunktion schlechthin benutzten, sondern gerade im Verhältnis der Verordnung zum Gesetz lehrten, daß auch hier nichts weiter geschehe als Ausführung des Gesetzes durch einen Sonderotyp des Verwaltungsaktes, nämlich die Verordnung⁸. Seit durch das Gegensatzpaar „Prinzip—Detail“ der allgemeine Verwaltungsakt, die Verordnung, überhaupt möglich geworden war⁹ und durch die Autorität

⁵ Dazu näher *Quermone*, aaO., S. 11 ff.

⁶ *Moreau*, aaO., S. 4.

⁷ Ja, als Regel ist die Verordnung sogar „un facteur de stabilité, une garantie de liberté“. Vgl. aaO., S. 5.

⁸ Zu Vertretern dieser Richtung gehören außer den beiden bereits behandelten Autoren *Ducrocq* und *Esmelin* z. B.: *Aucoc*, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 3. Aufl. 1885, Bd. I S. 123; *Batbie*, *Traité théorique et pratique de droit administratif*, 2. Auflage 1885, Bd. III S. 67; *Beudant*, *Cours de droit civil français*, 1896, Bd. I S. 49 ff.; *Planiol*, *Traité élémentaire de droit civil*, 1900, Bd. I S. 58.

⁹ Siehe dazu oben I. Kap. II. 3., a. E. und 2. Kap. V.

von Portalis¹⁰ seine Verbreitung gefunden hatte, hat kaum eine andere Theorie in Frankreich ungeteilte Gefolgschaft mehr gefunden. Aber läßt das Begriffspaar „Prinzip—Detail“ wirklich zu, Gesetz und Verordnung befriedigend voneinander abzugrenzen? Moreau ist der Ansicht, daß eine äußerst unglückliche Begriffsbildung vorliegt, die den Anforderungen der Praxis immer wieder nicht gewachsen ist. Es ist ihm ein leichtes, an Hand von mehreren Beispielen nachzuweisen, daß es schon um die Jahrhundertwende zahlreiche „décrets généraux“ gegeben hat, die allerwichtigste und prinzipielle Dinge regelten¹¹. Überhaupt ist ihm der Verwendung des Begriffes der Gesetzesausführung schon vorderhand suspekt, da, wie er meint, je nach dem bezogenen Standpunkt eine Regelung bald als prinzipiell, bald als Ausführung eines Grundsatzes erscheint¹². Dem wird man zustimmen können. Häufig hängt die Auffindung des umfassenden Obersatzes allein von der spekulativen Begabung ab. Diese kann ausgeprägter oder weniger entwickelt sein. Entsprechend würde der eine bereits von einem Prinzip ausgehen, während der andere noch zu weiteren Abstraktionen fähig ist.

Kann somit in dem Begriff der „exécution“ kein geeignetes Unterscheidungsmerkmal gefunden werden, um mit seiner Hilfe Gesetz und Verordnung verläßlich zu trennen, bleibt für Moreau nur noch die Auseinandersetzung mit denjenigen materiellen Theorien übrig, die (seit der Wende zum 20. Jahrhundert) ähnlich entsprechenden deutschen Vorstellungen das Verhältnis zwischen Gesetz und Verordnung mit der Zugehörigkeit zu unterschiedlichen (Rechts)Schichten in Verbindung bringen wollten.

Moreau lehnt auch diese Theorien ab¹³.

Auf diese Feststellung können wir uns hier beschränken, denn leider sind seine umfangreichen Darlegungen in dieser Beziehung nicht immer frei von Unklarheiten, so daß ihm verschiedentlich sogar der Vorwurf gemacht worden ist, er huldige möglicherweise und unbewußt am Ende doch einer latenten materiellen Theorie¹⁴.

In dieser Überspitzung ist der Vorwurf allerdings keinesfalls zutreffend. Moreau verweist z. B. die Ansatzpunkte für die *Hauriousche* Zweiteilung des Rechtes¹⁵ ausdrücklich ins Faktische¹⁶. Auch zieht der

¹⁰ Vgl. oben 2. Kap. I.

¹¹ Vgl. Moreau, aaO., S. 41 ff., 132 ff., 142 f., usw.

¹² „On ne sait où poser la frontière, indispensable cependant, du principe et du détail.“ Vgl. aaO., S. 41.

¹³ aaO., S. 44 ff.

¹⁴ Vgl. dazu *Mestre*, aaO., S. 626, 642 ff.

¹⁵ Vgl. unten 8. Kap. II. 2 u. III. 2.

¹⁶ aaO., S. 45 ff.

Autor aus der Häufigkeit der Verordnung auf den Gebieten der sog. „services publics“ und des Polizeiwesens gerade keine Schlüsse. Und immer wirft er den an deutschen Vorbildern orientierten materiellen Lehren vor, daß sie sich zu Unrecht auf eine bestimmte verfassungsmäßige Situation des Nachbarlandes Deutschland bezögen¹⁷. Unterschiedliche Rechtsschichten, bzw. eine strikte Trennung von Staat und Gesellschaft gibt es danach für Moreau nicht. Entweder ist ein Vorgang in der Gesellschaft oder im Staat rein tatsächlicher Art oder er wird mittels der staatlichen Normen, ohne daß es auf das erlassende Organ ankäme, zu einer Materie eines in jeder Hinsicht funktionalgleichwertigen Rechtes, das die sozialen Fakten feststellt und unter eine bestimmte Ordnung bringt¹⁸.

Damit ist Moreau zu seiner These durchgestoßen. Gesetz und Verordnung sind beide — wenn nicht gleichberechtigte — so doch *in gleicher Weise* die staatliche Ordnung konstituierende Anordnungen.

2. Das Verhältnis zwischen Gesetz und Verordnung

Wir müssen die Konsequenzen dieser Erkenntnis für die weitere Lehre Moreaus prüfen:

a) Die „inégalité hiérarchique“ der Organe

Die Hierarchie zwischen Gesetz und Verordnung kann Moreau nur noch durch die „inégalité hiérarchique“ der Organe erklären: Weil die Organe, die die Verordnung erlassen, dem Legislativorgan nachgeordnet sind, müssen auch die Akte untereinander rangverschieden sein¹⁹.

¹⁷ „Que les définitions (dieser materiellen Theorien) soient faites abstraitement et sans rapport avec le droit français actuel, cela est, je crois, évident.“ Vgl. aaO., S. 45.

¹⁸ Vgl. aaO., S. 47: „... le rapport légiféré passe de l'état de fait à l'état de droit (un rapport social déjà existant), c'est à dire qu'il est désormais muni d'effets et de sanctions juridiques. N'est-ce pas ce que fait le règlement en bien des circonstances...?“

Damit bekennt sich Moreau übrigens auch zu einer Theorie der realen Staatspersönlichkeit, aus deren Souveränitätsbegriff (vgl. dazu Moreau, aaO., S. 92 ff.) die Verbindlichkeit der Regel folgt.

¹⁹ „Toutes les restrictions (für die verordnunggebende Gewalt) tenant à l'ordre législatif se rattachent à l'inégalité hiérarchique que le régime... contemporain implique... entre le parlement et le chef de l'Etat.“ Vgl., aaO., S. 208.

Das ist typisch formale Betrachtungsweise. Ein Anhänger materieller Unterscheidungen zwischen Gesetz und Verordnung würde demgegenüber eine zweite anschließende Frage stellen. Er würde zu klären versuchen, *warum* der Gesetzgeber der Verwaltung überlegen ist, und er würde antworten, daß sich dies nicht zuletzt aus der Natur der staatlichen Anordnungen ergebe: Weil das Gesetz dazu diene, die bürgerlichen Freiheitsrechte im Verhältnis zum Staat

Irgendwelche qualitativen Unterscheidungsmerkmale können hingegen nicht ins Feld geführt werden, denn im übrigen sind Gesetz und Verordnung gleichwertig.

b) Die Verordnungsgebung als subsidiäre Gesetzgebung

Zur Ausfüllung dieses zwischen Gesetz und Verordnung bestehenden Rangverhältnisses führt Moreau aus: „Lorsque sur une matière donnée une loi est en vigueur, le règlement autonome (= gesetzesunabhängige, ermächtigungslose Verordnung) est impossible. En conséquence, il ne peut déroger une loi existante et toute disposition contraire est sans force...“²⁰. Fehlt dagegen auf einem bestimmten Gebiet ein Gesetz, ist ein sog. „règlement autonome“ ohne weiteres möglich! In einem solchen Falle würde der Verordnungsgeber nicht nur über das „Wie“ einer Regelung zu entscheiden haben; er bestimmt vielmehr auch, ob er überhaupt tätig werden will. Damit wird er im echten Sinn schöpferisch und wie der Gesetzgeber tätig, da von bloßer Ausführung natürlich nicht die Rede sein kann.

Allerdings taucht hier eine Schwierigkeit auf: Was ist unter einem legislatorisch behandelten Gebiet zu verstehen? Wann hat sich der Gesetzgeber ausreichend mit einer bestimmten Materie befaßt und wann bleibt noch Raum für eine autonome Regelungsbefugnis des Verordnungsgebers? Moreau weicht dieser letztlich wohl unlösbaren Frage folgendermaßen aus: er hält eine Vermutung bereit: Ein etwa bestehender Zweifel „doit tourner au profit de la loi... Cet avantage est dû au Parlement, à la loi, à leur suprématie dans le régime constitutionnel moderne“²¹. Moreau scheint damit auf die revolutionäre Vorstellung der „suprématie de la loi“ zurückzukommen. Aber er nennt im gleichen Atemzug die „suprématie du Parlement“, und das ist nach unseren bisherigen Erkenntnissen²² nunmehr das entscheidende.

c) Der Spezialvorbehalt

Nicht so leicht löst sich indessen das Problem des speziellen Gesetzesvorbehalts. Wie wir in dem einleitenden 3. Kapitel des zweiten Teils unserer Untersuchungen feststellen konnten, war zwar nirgends in den Verfassungsgesetzen der dritten Französischen Republik niedergelegt,

abzusichern, und weil es aus diesem Grunde die „règle du droit“ par excellence repräsentiere, müsse auch die Rangstufe der erlassenden Organe unterschiedlich sein, denn z. B. der Verordnungsgeber halte ja nur die Ordnung im übrigen („l'ordre“) aufrecht.

²⁰ Vgl. aaO., S. 216.

²¹ aaO., S. 218.

²² Vgl. oben 1. Kap. III; 2. Kap. II; 3. Kap. II.

daß dem Gesetzgeber bestimmte Gebiete zur ausschließlichen Regelung vorbehalten sein sollten. Gleichwohl hatte sich sehr bald eine ganz herrschende Meinung gebildet, daß wegen des Bezugs auf die „Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen“ für den Gesetzesvorbehalt kein Rückschritt gegenüber früheren Regelungen anzunehmen sei²³. Demgemäß konnte auch Moreau das Vorbehaltsproblem natürlich nicht übergehen.

Moreau sieht die Gefahren für den Bestand seiner Theorie. Interessanterweise löst er aber das Problem auf ganz andere Weise, als man vielleicht erwartet hätte. Aus der für französische Verhältnisse ungewöhnlichen Erscheinung, die Entscheidung über die Geltung wichtigster verfassungsrechtlicher Fragen letztlich einer herrschenden Meinung oder gar einem Gewohnheitsrecht anheimzugeben, folgert Moreau gerade nichts. Er übernimmt vielmehr unbedenken das Ergebnis der h. M. und bemüht sich, nur insoweit der rechtspositivistischen Methode folgend, allein um eine Begründung für die Existenz eines speziellen Gesetzesvorbehalts²⁴ aus den Texten. Hier stößt er endlich auf den Artikel 4 des Code pénal, der dem deutschen § 2 Abs. I StGB entspricht, und entnimmt ihm die Anordnung des Gesetzesvorbehalts für alle Eingriffe in die bürgerlichen Freiheiten²⁵.

Man mag zu einem derartigen Vorgehen stehen wie man will. In einer Hinsicht ist sie symptomatisch. Moreau sieht in der Errichtung spezieller Gesetzesvorbehalte offenbar nur noch die Schaffung besonderer Kompetenzen, hinter der weniger grundsätzliche als praktische Erwägungen stehen. Diese Kompetenzverteilung muß dann aber überwindbar sein.

d) Die Möglichkeit der Delegation

Der Möglichkeit einer Kompetenzverschiebung zwischen dem Gesetzgeber und dem Verordnungsgeber redet daher Moreau auch das Wort. Er erörtert dieses Problem im Zusammenhang mit denjenigen „règlements d'administration publique“²⁶, die die Fähigkeit besitzen, Gesetze abzuändern²⁷. Hier muß Moreau darlegen, wie es der Verordnung möglich wird, die Bestandskraft des Gesetzes, den allgemeinen Gesetzesvor-

²³ Carré de Malberg z. B. gibt diese Auffassung als seit langem h. M. an. Vgl. Contribution Bd. I, S. 359.

²⁴ Sog. „textes législatifs qui réservent à la loi des matières déterminées“, vgl. aaO., S. 209.

²⁵ aaO., S. 213.

²⁶ Vgl. aaO., S. 183 ff., bes. S. 186 ff.

²⁷ Vgl. das bei Moreau, aaO., S. 187 zitierte Gesetz vom 2. Nov. 1892, das in seinem Artikel 4 Abs. 5 und 6 ausdrücklich erwähnte, daß die nach diesem Gesetz zu erlassenden Verordnungen auch Gesetzestexte ändern könnten.

behalt zu durchbrechen. Er löst das Problem dahingehend, daß er den Verordnungsgeber an die Stelle des ranghöheren Gesetzgebers rücken läßt und bejaht damit für das französische Recht die Möglichkeit der Delegation in der Form der Kompetenzverschiebung nach unten: „Si, en prescrivant un règlement d'administration publique, le législateur délègue son pouvoir législatif au Président de la République, celui-ci a le droit de faire tout ce que la loi même aurait pu faire...“²⁸ Moreau setzt sich damit über die Bedenken z. B. von *Esmein* hinweg, der — wie wir gesehen hatten²⁹ — aus allgemeinen Erwägungen die Delegationsmöglichkeit generell verneinte. Als Rechtspositivist fällt Moreau das um so leichter, als nirgends im geschriebenen Recht ein Delegationsverbot niedergelegt ist³⁰.

II. Kritik

Die Auffassungen *Moreaus* enthalten im Kern die richtige Erkenntnis, daß die verfassungsrechtliche Lage der 3. Französischen Republik auch in ihren Anfängen schon weit von dem Modell der Revolution von 1789 abgerückt war. Das mußte den Autor dazu führen, nicht nur dem Gesetz seine Monopolstellung bei der Erarbeitung der Rechtsregel zu bestreiten, sondern auch jegliche materielle Unterscheidungsmöglichkeit zwischen Gesetz und Verordnung zu leugnen. Von der „suprématie de la loi“ konnte nur die hierarchisch höhere Stellung des Gesetzgebers übrigbleiben. Doch auch diese ist gefährdet, wenn dem Gesetzgeber das Recht zuerkannt wird, auf seine Vorrangstellung von Fall zu Fall zu verzichten. Moreau erkennt die möglichen Folgen: „On avouera que l'usage fréquent de la délégation risque, sinon d'oblitérer du moins d'atténuer la distinction pratique de la loi et du règlement“³¹. Allerdings ist er der Meinung, daß auch dann noch insoweit beträchtliche Unterschiede zwischen Gesetz und Verordnung bestehen bleiben, als das Gesetz jede einzelne Delegation ausdrücklich anzuordnen habe. Auch will Moreau keine unbestimmten Delegationen zulassen, um zu verhindern, daß u. U. der gesamte „bloc légal“ übertragen werden könnte³².

Allein diese einschränkende Argumentation ist allenfalls als eine Reverenz an die überkommene Lehre zu begreifen, für die nicht nur die Unterordnung der Exekutive unter die Legislative entscheidend war,

²⁸ aaO., S. 186.

²⁹ Vgl. oben 5. Kap. III und dort Anm. 24.

³⁰ Bezeichnend die Zusammenfassung aaO., S. 195: „Les principes de notre droit public ne sont pas plus prohibitifs que les textes.“

³¹ aaO., S. 193 Anm. 4.

³² Generalermächtigungen scheiden daher aus: Der Staatschef kann nur „pour une mission définie, dans un domaine déterminé“ ermächtigt werden.

sondern auch die konsequente Nachordnung der diesen Funktionen entsprechenden Akte. Wozu sonst hätte Moreau seine Lehre von der Übereinstimmung zwischen Gesetz und Verordnung im materiellen Sinne mit derartigem Aufwand vortragen sollen, wenn er jetzt wieder die Verordnung als bloßen Akt der Verwaltung verstehen wollte, der seine Existenz und die auslösende Initiative dem Gesetz verdankt? Muß man nicht Moreau in jedem Fall als einen direkten Wegbereiter für eine freiere Stellung des Verordnungsgebers in Frankreich ansehen?

Meines Erachtens muß Moreau als ein unmittelbarer Vorläufer von *Carré de Malberg* betrachtet werden. Der moderne Parlamentarismus kündigt sich an, der einmal die Regelung eines Einzelbereiches bis in die letzten Verästelungen selbst übernimmt, das andere Mal mangels wirklicher Übereinkunft im Parlament die Erledigung der anstehenden Aufgaben auf die Exekutive abschiebt. Genau diese Fluktuation zwischen Gesetzgeber und Verordnungsgeber, deren Theoretiker *Carré de Malberg* geworden ist, wird aber schon bei Moreau fühlbar. Der von Moreau bejahte Rechtspositivismus hat in dieser Beziehung seinen nicht zu übersehenden Beitrag geleistet.

7. Kapitel

Léon Duguit*

Duguit ist mit Hauriou und dem etwas später seine Lehren entfaltenden Carré de Malberg einer der überragenden Staatsrechtslehrer gewesen, die Frankreich seit dem Beginn des 20. Jahrhunderts gehabt hat. Wie Hauriou und Carré de Malberg ist er ein genauer Kenner der Theorien der klassischen deutschen Staatswissenschaften gewesen¹. In ähnlicher Weise wie bei Hauriou und später Carré de Malberg sind daher zuweilen Beeinflussungen durch die deutsche Rechtslehre festzustellen.

In unserem Zusammenhang trifft das als erstes für das von Jhering propagierte Zweckdenken im Recht zu, denn auch Duguit legt auf die Qualifizierung der Handlungen durch ein Ziel („but“) sein Augenmerk. Andererseits gerät er durch eine starke Betonung der überragenden Bedeutung des Individuums sogleich in einen ausgeprägten Gegensatz zum überwiegenden Teil der klassischen deutschen Staatstheorie. Die Vorstellung von einem souveränen Staat ist Duguit derart zuwider, daß er den Souveränitätsbegriff von vornherein leugnet. In logischer Konsequenz mußte er darum nacheinander den Begriff der juristischen Person ablehnen wie auch die Vorstellung von der freiwilligen Selbstbeschränkung des Staates, gleichgültig ob das auf ein wohlverstandenes Eigeninteresse des Staates (*Jhering*), auf ein Gefühl der Bindung dem Recht gegenüber aus rechtsstaatlichen Erwägungen (G. Jellinek und Laband) oder auf die Vorstellung einer geschichtlich gewachsenen gegenseitigen Beschränkung zwischen Staat und Recht (*Gierke*) begründet wurde².

Die wirksame Beschränkung der Macht im Staat, den Duguit nur als ein tatsächliches Phänomen anerkennt, erscheint ihm allerdings gleichfalls als die wesentliche Aufgabe. Er sucht deshalb nach einem Weg, dem Staat die Verfügung über das Recht zu entziehen. Seiner Meinung nach geschieht das am besten dadurch, daß er überall dem Recht konse-

* 1859—1928.

¹ Der deutschen Rechtslehre wird um die Jahrhundertwende sogar „une avance considérable“ zugebilligt, vgl. Hauriou und Mestre in RDP 1902 Bd. I, S. 347.

² Einzelheiten bei Duguit, L'Etat, S. 107 ff., 110 ff., 130 ff. und Traité Bd. I (2. Aufl. 1921), S. 386 ff. Vgl. dazu auch H. J. Wolff, Staatsperson, S. 77—79.

quent untergeordnet wird, was auf eine systematische Trennung von Staat und Recht hinauslaufen muß. Zu diesem Zweck hat Duguit seine Lehre von der „règle de droit“ entwickelt.

Er wird nicht müde zu schreiben: „Nous voulons avant tout faire une œuvre négative, montrer que l'Etat n'est point cette personne collective investie d'un pouvoir souverain imaginé par l'esprit inventif des publicistes, que le droit n'est point cette construction édiflée de toutes pièces par les juristes sur le fondement peu stable du droit individuel (so die herrschende Ansicht in Frankreich) ou de l'omnipotence de l'Etat (womit die deutsche Lehre gemeint ist). Le néant et le danger de ces divers conceptions“ gilt es zu beweisen³, und hier beginnt der konstruktive Teil im Werk Duguits.

Im Ergebnis wird allerdings auch Duguit alter Tradition stärker verhaftet bleiben als man vielleicht annehmen möchte. Er wird sich zwar der im Aufblühen begriffenen soziologischen Wissenschaften bedienen und hat das feste Ziel, in jedem Fall eine objektive Theorie zu begründen. Gleichwohl wird sich nachweisen lassen, daß er nicht in der Lage ist, individualistisch-idealistische Strömungen aus seinem System zu verbannen, von denen man gerne wissen würde, wie sie einer betont realistischen Betrachtungsweise plötzlich förderlicher sein können als bisher.

Etwas ganz Ähnliches wird sich beim Gesetzesbegriff feststellen lassen. Duguit bleibt überzeugter Vertreter des Allgemeinheitsbegriffes. Allerdings begründet er diese Vorstellung z. T. auf neue Weise, wobei sich nachweisen läßt, wie das Allgemeinheitserfordernis vom Dauercharakter des Gesetzes gelöst werden kann. Damit wird dann ein weiteres traditionelles Gesetzesmerkmal verlorengehen.

Als wichtigste Erscheinung werden wir aber eine völlige Trennung von Gesetz und Recht feststellen: Das Gesetz kann in praxi jetzt dem Recht zuwiderlaufen (was allerdings zu seiner Nichtverbindlichkeit führt).

Schließlich und nicht zuletzt werden wir in Duguit einen eigenartigen Initiator des sich in Frankreich um die Jahrhundertwende ausbildenden Rechtspositivismus kennenlernen. Immer wieder hat er sich geschmeichelt, nichts, aber auch nichts als Tatsachen zu erachten, wenn er rechtliche Deduktionen vornehme⁴. Seine Auffassung vom positiven Recht ist jedoch ziemlich weitgehend, denn Beobachtung von Tatsachen bedeu-

³ L'Etat, S. 613.

⁴ So z. B. Traité Bd. I (3. Aufl. 1927) S. 211: „La notion d'un droit idéal, absolu, est antiscientifique. Le droit est un produit de l'évolution humaine, un phénomène social.“

tet bei Duguit mehr als die Feststellung, daß mit Norm zu bezeichnen ist, was von dem berufenen Organ als Norm in das positive Recht eingeordnet wird. Beobachtung von Tatsachen heißt bei Duguit immer auch Auffindung von transzendenten Regeln. Diese Anerkennung von übergeordneten Regeln wird an sich von kaum jemandem bestritten. Das Problem ist nur jedesmal, ob und ggf. von welchem Zeitpunkt an obere Rechtssätze positiv-rechtlichen Wert haben. Besitzen sie diesen von Natur aus oder erwerben sie ihn erst, sobald sie durch einen Text anerkannt sind? Das ist m. a. W. die Frage, wo das Recht beginnt. Bei Duguit liegt der Beginn des Rechtes vor dessen Feststellung durch den Gesetzgeber. Prinzipien, die sich in der Gesellschaft bilden, können schon verbindliches Recht sein, ehe sich der Gesetzgeber mit den entsprechenden Fragen auseinandergesetzt hat. Duguit hält eine solche Betrachtungsweise für positivistisch, weil sie von den Fakten der Gesellschaft ausgehe, den „fait social“ studiere und daraus die Erkenntnisse gewinne. Das ist an sich positivistische Methode, zugleich aber auch Versuch, den Rechtspositivismus zu überwinden.

I. Der Rechtsbegriff

Der Mensch handelt in Hinblick auf ein Ziel, das er, wenn nicht frei, so doch mehr oder weniger bewußt auswählt. In sich bedeutet eine Handlung also nichts⁵, weswegen sich die Frage stellt: „Quand le but ... est-il de nature à donner une certaine valeur à l'acte?“ Die Antwort ist: „un acte de volonté individuelle aura une valeur sociale quand il sera déterminé par un but correspondant à la solidarité sociale, solidarité par similitude ou solidarité par division de travail“⁶. Und warum das? Weil der Mensch nur Mensch durch die Solidarität sein kann: „l'homme ne peut arriver à diminuer la somme des souffrances qui l'oppressent que par cette solidarité“⁷.

Ausgangspunkt ist also der Mensch in einer doppelten Sicht: Einmal ist er das Wesen, das laut *Descartes* zu sich sagt: „cogito, ergo sum“; dann aber ist der Mensch nur durch die Gemeinschaft Mensch. Beides sind für Duguit die Realitäten, mit denen man rechnen muß. Aber er verteuert Akzente, wenn er sagt, „(que) ce que la science sociale doit préciser, c'est moins le fait lui-même du groupement social que la forme en laquelle ce fait se reflète dans la conscience humaine“⁸. Die

⁵ L'Etat, S. 83.

⁶ Dito, S. 83, 84.

⁷ Solidaritätsdenken dürfte auch den Spekulationen über einen Gesellschaftsvertrag zugrunde gelegen haben.

⁸ L'Etat, S. 32 u. 34.

„conscience humaine“ erscheint also als eine besonders wichtige „Realitätskategorie“⁹.

Das Wissen um die „solidarité sociale“ durch Bewußtwerdung ist nach Meinung Duguits seit den Anfängen der Menschheit bekannt: Weil der Mensch von Natur aus Einzelwesen ist, zugleich aber in der Gesellschaft lebt, habe er aus dieser Wechselwirkung frühzeitig verstehen gelernt, daß all das Macht über ihn haben müsse, was die Solidarität aufrechtzuerhalten und zu fördern geeignet sei.

Dieser Gedanke ist der Umkehrung fähig: In dem Maße wie ein Verhalten, das der gesellschaftlichen Solidarität entspricht, beachtet werden muß, hat sich jeder solcher Akte zu enthalten, die der Solidarität widersprechen können¹⁰. Dazu kommt als Drittes die Verpflichtung zur gesellschaftlichen Zusammenarbeit. Nach Duguit ist das die notwendige und normale Konsequenz des Gebotes, der Solidarität nicht entgegenzuarbeiten.

Vorläufig können wir also folgendes festhalten: „... de ce fait que l'homme est un individu solidaire d'autres individus, naît pour lui une règle de conduite, qui se résume en cette formule générale: Ne rien faire qui diminue la solidarité sociale ...; faire tout ce qui est matériellement au pouvoir de l'individu pour accroître la solidarité sociale ...“¹¹. Damit ist die erste Stufe von der „solidarité sociale“ zur „règle de conduite“ zurückgelegt. Diese ist für Duguit nicht mehr auf Rechte und Pflichten des Individuums gegründet, „appartenant à l'homme parce qu'il est homme“. Vielmehr soll die „règle de conduite“ in gewisser Hinsicht ein Abbild der Gesellschaft sein, und zwar „en ce sens que l'existence de la société implique l'existence d'une règle de conduite“¹². Aber stand nicht die „conscience individuelle“ mit ihrem kartesischen „cogito, ergo sum“ dazwischen; war nicht der (idealistische) Bezug auf den Menschen als Einzelwesen doch wieder nötig, um die „règle de conduite“ überhaupt wirksam werden zu lassen? An dieser Frage wird man sich allerdings immer wieder bei Duguit stoßen, wenn er gleichzeitig behauptet, den Grundsätzen des wissenschaftlichen Positivismus zu folgen¹³.

⁹ Mißverständlich heißt es sogar einmal: „La conscience individuelle est la seule réalité“ (L'Etat, S. 23). Vgl. dazu aber noch den fortl. Text.

¹⁰ L'Etat, S. 87.

¹¹ Dito, S. 91.

¹² Dito, S. 92 und 100.

¹³ Piot (aaO., S. 35) weist darauf hin, daß die „consciences individuelles“ bei Duguit zugleich als Reaktion auf die „consciences collectives“ bei *Durkheim* zu verstehen sind. Das ist richtig, denn Kollektivpersonen lehnt Duguit als eine rechtlich zu beachtende Erscheinung ab.

Wie dem jedoch sei, die vorgefundene „règle de conduite“ weist nun nach Duguit verschiedene Charaktermerkmale auf:

Zunächst ist sie eine „règle sociale“. Das erklärt sich aus ihrer Verbindung zur Gesellschaft. Sie ist aber zugleich individuell¹⁴, weil sie sich nämlich an Einzelwesen wendet. Schließlich ist die „règle de conduite“ allgemein. Das liegt daran, daß die „solidarité sociale“ alle Individuen der Gemeinschaft angeht und demgemäß auch alle betrifft, allerdings nicht notwendig in gleichem Maße, sondern „proportionnellement à leur capacité d'agir“¹⁵. Jedoch braucht die Regel nicht notwendig von Dauer zu sein. Sie ist es zwar sehr häufig, weil sie Ausdruck der Gesellschaft ist, deren Dauerziel sich auf die Stärkung der „rapports de similitude“ und die Pflege der „division de travail“ richtet. Die Formen jedoch, mit denen diese Zusammenarbeit zu erzielen ist, können und müssen austauschbar, veränderlich sein¹⁶.

Mit diesen Charakterisierungen der „règle de conduite“ ist auch bereits die „règle de droit“ gekennzeichnet. Der Umstand, der die „règle de droit“ von der „règle de conduite“ unterscheidet, liegt nur in dem steigenden Grad der Intensität, mit der die Gesellschaft die Verletzung einer solchen Regel ahndet: Die Verhaltensregel pflegt zunächst eine Regel der Moral zu sein, ehe sie als Rechtsregel anerkannt wird. Bloße „règles morales“ sind für Duguit solche Regeln, die noch nicht genügend in das Bewußtsein der „consciences individuelles“ eingedrungen sind und daher allenfalls von einer sittlich hoch stehenden Minderheit befolgt werden. Gelangt aber die „règle de conduite“ über dieses Sta-

¹⁴ Duguit ist vorgeworfen worden (so Duverger, aaO., S. 14), daß er die Gesellschaft als Endzweck betrachtet und das Individuum vernachlässigt habe. In dieser Hinsicht hatte er tatsächlich einmal geschrieben: „L'objet de la norme sociale est sans doute le respect de l'autonomie individuelle, mais seulement en tant, qu'elle est un élément de la vie sociale.“ *Traité* Bd. I (3. Aufl. 1927), S. 84. Man weiß aber auch, daß Duguit vom Einzelwillen ausgeht und gegen die Möglichkeit eines Kollektivwillens polemisiert hat. (Vgl. vorstehende Anmerkung.) Unter diesem Gesichtspunkt sind also gerade bei Duguit am allerwenigsten antiindividuelle Strömungen festzustellen. So auch *Waline*, *L'individualisme*, S. 51. Schwerwiegender ist schon *Walines* Vorwurf (Les idées maîtresses. L'année pol. 1930, S. 44), daß durch Duguits Rechtsnorm die Minderheiten nicht genügend geschützt würden. In der Tat macht die Konformität der „règle de droit“ mit der „règle de conduite“ erstere zum Nachteil von Dissidenten unangreifbar. Von hier aus erscheint der Einbruch des Totalitarismus (wie bei *Rousseau*) möglich. Vgl. aber auch weiter unten im Text die Anm. 39.

¹⁵ L'Etat, S. 97, auch 95, 96.

¹⁶ L'Etat, S. 97: „La règle de conduite... n'est point un principe absolu à la réalisation duquel tout effort humain doit tendre continuellement. Cet idéal social, personne ne le connaît... Le contenu de la règle objective est un contenu de fait, toujours en voie de transformation; variant avec le temps et les pays.“

dium hinaus, „si elle est plus nettement comprise par un plus grand nombre d'individus“, dann wird sie zum Rechtssatz¹⁷.

Die Rechtsnorm zieht ihre Eigenart also nicht aus dem Umstand, daß sie vom Staat sanktioniert worden ist. Sie ist vielmehr zeitlich und inhaltlich jedem Staat vorgegeben, so daß die „règle de droit“ diesem in gleicher Weise übergeordnet ist wie dem Individuum. Ihre Verbindlichkeit trägt die Rechtsregel also in sich selbst.

Die Begründung des Imperativs der „règle de droit“ ist der schwache Punkt in der Lehre Duguits. Vor diesem Problem steht jede Theorie, die Recht und Willen (Macht) voneinander trennt¹⁸. In dieser Hinsicht wird überdies — worauf wir schon bei der Darstellung der „règle de conduite“ gestoßen waren¹⁹ — nie recht klar, ob es im Ergebnis die „consciences individuelles“ oder der „fait social“ sind, die die Rechtsnorm hervorbringen. Aber selbst wenn in dieser Beziehung Duguit nicht selbst einmal ein klärendes Wort gesprochen hätte²⁰, müßten wir im folgenden von der Arbeitshypothese ausgehen, daß es zumindest auch der „fait social“ ist, aus dem die Rechtsregel schließlich hervorgeht. Wäre es anders, würde er nur eine psychologische Begründung für die Existenz und Verbindlichkeit seiner Rechtsregel gegeben haben²¹. Die Wertlosigkeit einer derartigen Begründung läge auf der Hand, da sie nur etwas über die Art des Zustandekommens der Regel aussagen könnte, hingegen nichts über ihren Inhalt.

Die Kontroversen über die Theorie Duguits haben sich denn auch mehr daran entzündet, daß er überhaupt die „règle de droit“ und ihre Verbindlichkeit auf einen „fait social“, die „solidarité sociale“ begründet hat. In dieser Beziehung ist der Vorwurf erhoben worden, daß Duguit den Imperativ seiner „règle de droit“ unmittelbar aus einem bloßen Indikativ, nämlich den gesellschaftlichen Fakten gewonnen habe²².

¹⁷ L'Etat, S. 102.

¹⁸ Hinzu kommt die Schwierigkeit, ein solches Modell in der Praxis wirksam werden zu lassen. Sehr deutlich haben *Barthélémy* und *Duez* (aaO., S. 52) dies herausgestellt, wenn sie schreiben: „... les tentatives en vue d'une limitation juridique de l'Etat sont vaines puisque, en cas de contestation, c'est l'Etat qui tranche.“

¹⁹ Vgl. weiter oben im Text.

²⁰ Vgl. *Traité* Bd. I (3. Aufl. 1927), S. 81: „Je n'ai pas dit que la masse des consciences individuelles crée la norme juridique; j'ai dit, ce qui est encore tout différent, que la norme juridique, comme toute norme sociale, est le produit du fait social, mais que nous ne pouvons la saisir qu'en apercevant la réaction sociale qu'entraîne sa violation; j'ai dit qu'une norme sociale peut être qualifiée de norme juridique, lorsque la masse des esprits admet que la réaction sociale qu'entraîne sa violation peut être socialement organisée par l'emploi de la contrainte.“

²¹ Das kritisiert auch H. J. Wolff, Staatsperson, Anm. 4 auf S. 96, 97.

²² *Gény*, La science Bd. II, S. 271.

Diese Bedenken erscheinen schwerwiegend. Sie sind aber m. E. nicht in dem Maße geeignet, dem System Duguits Abbruch zu tun, wie es vielfach behauptet worden ist.

Man muß nämlich mit *Piot*, einer positiven Kritikerin Duguits, auf das „Zweckdenken“ in dessen System abstellen²². Duguit hat, worauf auch hier²³ schon hingewiesen worden ist, die „solidarité sociale“ keineswegs für „blind“ erachtet. Der gesellschaftlichen Solidarität liegt vielmehr immer eine bestimmte Notwendigkeit zugrunde, und wenn es allein die ist, mit ihrer Hilfe die menschliche Existenz zu sichern. Folgerichtig hat Duguit in seinem „loi de but“ immer die Richtschnur für das menschliche Handeln gesehen. Das „loi sociale“ ist ihm keineswegs ein Gesetz im Sinne der Naturwissenschaften²⁴. Die gesellschaftlichen Fakten der „solidarité sociale“ sind zielgerichtet. Im Hinblick auf dieses Ziel kann sich aber sehr wohl der Imperativ ergeben²⁵.

A. *Piot* hat daher Recht, wenn sie darauf verweist, daß den Tatsachen, aus denen sich bei Duguit die „règle de Droit“ ergibt, bereits die Zielgerichtetheit anhaftet. Dann aber ist der Übergang vom Tatsächlichen zum Normativen, wie ihn Duguit vollzieht, philosophisch erlaubt. Dem Objektivismus und erklärten Realismus seiner Lehren muß das allerdings einen weiteren Stoß versetzen.

In einem späteren Stadium des Werkes von Duguit ist dieser Zug seiner Lehre, weit weniger positivistisch-objektiv als idealistisch aufgebaut zu sein, noch dadurch gefördert worden, daß er die Begründung seiner „règle de droit“ nur auf die allgemeine Erkenntnis der gesellschaftlichen Solidarität aufgegeben hat. Neben das „sentiment de la solidarité sociale“ hat er das „sentiment de la justice“ gestellt²⁷. Offensichtlich hat er befürchtet, daß die Begründung seines Systems auf den „pierre de touche“ des Gesellschaftlichen, wie sich *Waline* ausgedrückt hat, als zu einseitig empfunden werden könnte²⁸. Vielleicht war

²² *Piot*, aaO., S. 42/43: „Il s'agit de passer de ce fait: l'homme vit socialement, à cette loi: l'homme doit vivre socialement. Or, la question étant posée sur ce terrain très précis, je crois que le passage est légitime. Car le fait constaté à partir duquel il faut passer au droit n'est pas un simple fait ordinaire, il est une *tendance*, et une *tendance* essentielle d'une nature. Autant le passage de la loi de fait à la loi de droit est illégitime lorsqu'il s'agit d'une loi qui n'est qu'une collection de faits, telle une loi de statistique, autant il est légitime lorsque cette loi de fait est la *constatation d'une tendance essentielle d'une nature*. On ne dit plus: fais cela parce que cela est; on dit: fais cela parce que ta nature profonde *comporte* cet acte. On ne transforme plus un fait quelconque en droit, on *légitime une tendance*.“ (Hervorhebungen vom Verfasser.)

²³ Vgl. oben im Text.

²⁴ *Duguit*, L'Etat, S. 82.

²⁵ So wird später auch ausdrücklich *Bonnard* vorgehen, vgl. unten 10. Kap. I.

²⁶ *Traité*, Bd. I (3. Aufl. 1927), S. 124 ff.

²⁷ *Traité*, Bd. I (3. Aufl. 1927), S. 124 ff.

²⁸ Es ist zuzugeben, daß die „solidarité sociale“ als einzige Begründung für die „règle de droit“ kaum eine Aussage darüber machen kann, warum das,

ihm auch bewußt geworden, wie fragil ein Lehrgebäude letztlich ist, wenn es unnötigerweise mit soziologischen Vorstellungen eine so enge Verbindung eingeht wie das bei Duguit der Fall gewesen ist. Das geht aus den längeren Ausführungen hervor, die der Aufnahme des „sentiment de la justice“ in den Rechtsbegriff vorangestellt sind²⁹. Tatsächlich muß man auf Grund neuerer Erkenntnisse bezweifeln, daß die Soziologie den komplexen Erscheinungen der gesellschaftlichen Wirklichkeit wirklich so nahe kommen kann wie das in der halbmathematischen Formel der Solidarität zum Ausdruck gebracht worden ist. Zudem sind uns heute z. B. *Durkheims* Versuche als Unternehmungen bekannt, unter Nachahmung der verführerischen Methode der naturwissenschaftlichen Gebiete zu durchdringen, die nicht rein naturwissenschaftlich durchforscht werden können.

Duguit ist diesen Strömungen offenbar noch zu einem beträchtlichen Teil verfangen gewesen. Allerdings muß eine Einschränkung gemacht werden: Soweit er später das Gefühl für die Gerechtigkeit in sein System aufgenommen hat, ist ein Abgehen vom Monismus feststellbar: Es ist nicht mehr ein Prinzip, die Bewußtwerdung zielgerichteter gesellschaftlicher Fakten, die Erkenntnis des gesellschaftlich Notwendigen, welche diesen oder jenen Rechtssatz hervorbringt. Jetzt wirkt vielmehr zu gleicher Zeit ein eminent subjektives Element bei der Genesis des Rechtes mit.

Außerdem wird deutlich wie wenig Duguit im Grunde Positivist ist³⁰. Er hat seine Rechtsregel nunmehr vom notwendigerweise schwankenden Rechtsgefühl der breiten Masse abhängig gemacht. Das leidenschaftliche Ringen um die Gerechtigkeit hat Duguit am Ende in das Lager der „Nichtpositivisten“ zurückgeführt.

was zu gegebener Zeit von der Mehrheit eines gegebenen Volkes an einem gegebenen Ort für gesellschaftlich notwendig erkannt wird, diesen Status erreicht hat. In dieser Beziehung bringt die Solidarität m. E. die Unterwerfung unter ein bloßes „fatum“ zum Ausdruck und erscheint an sich wertfrei. Wenn man bedenkt, welche eigenartigen Solidaritätsbezeugungen in Kriegs- oder Krisenzeiten oder innerhalb bestimmter Volksgruppen und abgeschlossener Gesellschaftskreise entstehen können, wird man das ohne weiteres zugeben.

²⁹ *Traité* Bd. I (3. Aufl. 1927), S. 116. *Duguit* spricht vom „grand tort“ das in seiner bisherigen Lehre gelegen habe und fährt dann fort: „J'ai dit: une règle économique ou morale devient règle de droit au moment où c'est le sentiment unanime ou quasi-unanime des individus composant le groupe social considéré... J'ajoute maintenant que, pour qu'il y ait règle de droit, il faut que la sanction d'une règle sociale par l'emploi de la force collective soit conforme au sentiment que l'on a de la justice commutative ou de la justice distributive au moment considéré...“ Es gilt also: „La conscience chez la masse des individus d'un groupe que telle règle morale ou économique est essentielle pour le maintien de la solidarité sociale, la conscience qu'il est juste de la sanctionner, voilà les deux éléments essentiels de la formation et de la transformation de la règle de droit.“

³⁰ Ebenso *Héraud*, aaO., S. 538; *Piot*, aaO., S. 32 u. 36; *Balachowsky-Petit*, aaO., S. 59; H. J. *Wolff*, Staatsperson, Anm. 4 auf S. 96, 97.

II. Der Gesetzesbegriff

Nach dieser Darstellung der Entstehung des Rechtes, interessiert das Verhältnis zwischen Recht und Gesetz:

Duguit bezeichnet das Gesetz als die „constatation par les gouvernants d'une règle de droit objectif“. Auf zwei Punkte stoßen wir, die schon angetroffen worden sind: Einerseits ist das Gesetz nur Feststellung dessen, was schon rechtens ist. Das Gesetz schafft das Recht nicht! Andererseits bedeutet die Verbindung des Gesetzes mit der „règle de droit“, daß das Gesetz notwendigerweise allgemein sein muß³¹.

Die mangelnde Konstruktivität des Gesetzes ergibt sich daraus, daß es für *Duguit* keine „volonté gouvernementale“ geben kann³². Für ihn zählen allein die „volontés individuelles“. Die Regierenden müssen daher die „règle de droit“ ebenso beachten wie die „simples particuliers“³³. Sie sind sogar in einem größeren Umfang dazu verpflichtet, weil

³¹ Vgl. L'Etat, S. 54.

³² Interessanterweise anerkennt *Duguit* gleichwohl, daß das geschriebene Gesetz zuweilen einen Befehl enthalten könne: „Le gouvernement non seulement constate le droit objectif, mais (il) veut qu'il soit appliqué.“ (L'Etat, S. 543/544.) Allerdings handelt es sich dann nicht mehr um Gesetze, die einen Rechtssatz enthalten, denn bei diesen Gesetzen ergibt sich die Verbindlichkeit bereits aus der Übereinstimmung mit der „règle de droit“. In Wahrheit handelt es sich bei dieser Gruppe von Gesetzen um sog. „lois constructives“ im Gegensatz zu den gewöhnlichen „lois normatives“. Sie enthalten keine Feststellung des Rechtes, sondern nur Anweisungen zum Zwecke der Sicherung (!) des Rechtes. Die Adressaten sind die Beamten des Staates (L'Etat, S. 560, 564), nicht die einzelnen Individuen.

Diese Gedankengänge erinnern stark an die Vorstellung, die man in *Deutschland* zur Zeit des staatsrechtlichen Positivismus entwickelt hat (*Laband*, *G. Jellinek*, *Anschütz*). Das Gebiet der sog. Verwaltungsverordnungen war das Gebiet der Nichtrechtssätze. Sie erzeugten keine Rechte und Pflichten zwischen dem Staat und dem seinem allgemeinen Gewaltenverhältnis Unterworfenen. Sie regierten vielmehr angeblich allein das Verhältnis des Staates zu den ihm in einem besonderen Gewaltenverhältnis Unterworfenen (z. B. Beamten).

Hier wie dort ist die Vorstellung vorhanden, daß es sich bei den sog. Verwaltungsverordnungen bzw. den sog. „lois constructives“ (von denen *Duguit* sogar einige im Code civil findet: L'Etat, S. 567) um eine Art von staatlichen Anordnungen handelt, denen eine Hilfsfunktion zukommt, bei *Duguit* zur Absicherung der „lois normatives“, der Rechtsgesetze, bei den *deutschen* Autoren zur Aufrechterhaltung der Staatsperson.

Dadurch kommt allerdings zugleich die grundsätzlich verschiedene Betrachtungsweise zum Ausdruck: War in *Deutschland* um die Jahrhundertwende der Souveränitätsbegriff und die Staatsperson der bevorzugte Ausgangspunkt, ging es in *Frankreich* um die Begründung eines dem Staat vorgegebenen Rechtes.

³³ L'Etat, S. 255: „L'Etat est, dit-on, la société politiquement organisée. Sans doute, mais qu'y-at-il derrière cette vague formule? Toujours et tout simplement une distinction entre les forts et les faibles, une différenciation entre gouvernants et gouvernés. Volonté une et collective, souveraineté politique de l'Etat, mots sans valeur, qui ne servent qu'à voiler la brutalité des faits et l'arbitraire de la force.“ Ähnlich noch *Traité* Bd. II (3. Aufl. 1928), S. 1—4.

sie um ihrer gesteigerten Macht willen gegenüber den Regierten in einem höheren Maße an der Verwirklichung der „solidarité sociale“ mitarbeiten können³⁴.

Das Erfordernis der Allgemeinheit des Gesetzes ergibt sich fast von selbst. Da schon die Solidarität verlangt, daß es nur allgemeine Rechtsregeln gibt, muß das Gesetz als sinnfälliger Ausdruck dieser Rechtsregel den Begriff der Allgemeinheit in sich aufnehmen. Gleichwohl gibt *Duguit* für die Notwendigkeit der Allgemeinheit des Gesetzes eine zusätzliche soziologisch-historische Begründung: Am Anfang, so meint er³⁵, gab es nur Akte der Verwaltung. In ihnen manifestierte sich der Machtwille des oder der Herrscher. Erst allmählich habe sich die Überzeugung herausgebildet, daß den Regierungsakten nur dann Gehorsam gebühre, wenn diese Akte nicht Ausdruck willkürlicher Willensäußerungen seien. Deswegen wurde es für notwendig erachtet, daß sich die Akte der Regierung an einer höheren allgemeinen Norm orientieren sollten. Jedoch: „Cette règle générale restera longtemps plutôt sentie que comprise. Mais cette règle existe, et la conscience en apparaît du moment où on affirme que les actes individuels des chefs ne sont pas les décisions arbitraires de leur volonté, mais sont inspirées par une règle supérieure“³⁶. „Jedesmal, wenn sich die sozial Schwächeren dem Willen der Stärkeren unterwerfen, geschieht das auch deswegen, weil angenommen wird, Regierende und Regierte inspirierten sich gleichermaßen an einem höheren, für beide Teile gleichen Rechtssystem. Mit der Verdichtung dieser Vorstellung „naît chez tous, ou du moins chez la majorité, la pensée de demander au gouvernants de formuler par avance la règle générale, en laquelle il prend des décisions particulières“³⁷. Das ist also wieder der entscheidende Umschlag. Zu erklären bleibt nur noch, wie es dazu kommt, daß die Regierenden diesem Verlangen nachgeben. Die Gründe sind dieselben, aus denen den Regierten das Verlangen nach im voraus formulierten Regeln gekommen ist: Bei den Regierenden wird das Bewußtsein dominant, daß eine Identität der Regierungsakte mit dem Recht notwendig ist, und dieses „Gefühl“ verdichtet sich schließlich, wie bei jeder Rechtsregel, zur Rechtspflicht. Eine Selbstbindung des Staates im Wege des organschaftlichen Beschlusses lehnt *Duguit* also ab³⁸. Erklärt sich dann aber ein Staat bereit, die Regeln, nach denen er verfahren will, im voraus zu formulieren, so müssen sie notwendig allgemein sein. Das braucht nicht näher ausgeführt zu werden.

³⁴ L'Etat, S. 98.

³⁵ Dito, S. 471 ff.

³⁶ Dito, S. 471/472.

³⁷ L'Etat, S. 473.

³⁸ Wie z. B. *Jhering*, *Der Zweck im Recht*, 1877, Bd. I S. 366.

Interessant ist, daß Duguit in diesem Zusammenhang einmal die Frage stellt, welches Bedürfnis die moderne Gesellschaft an einem so formulierten und geschichtlich zu begründenden Gesetzesbegriff haben kann. Hier wird Duguit nicht müde, auf die Schutzfunktion seines Gesetzesbegriffes zu verweisen: Die Regierenden sollen nie wieder in die Lage kommen können, den Regierten ihren Willen aufzuzwingen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Regierungsgewalt von einer Einzelperson oder einer Mehrheit von Personen ausgeübt wird oder gar von der Mehrheit des Volkes. Gerade auch die Volksmehrheit fürchtet Duguit³⁹. Die Vorstellung, daß die Volksmehrheit (*Rousseau*) oder die Mehrheit der Repräsentanten der Nation (*Sieyès*) das (gerechte) Recht finden könnte, ist also ebenso geschwunden wie bei fast allen Autoren, die wir vor Duguit behandelt haben. Auch für Duguit gilt der Satz, daß es immer Regierende und Regierte geben wird. Nur meint er, diese Tatsache dadurch abschwächen zu können, daß er Normen schafft, die der Verfügungsgewalt des Staates entzogen sind.

Der Begriff des Gesetzes scheint damit nach allen Seiten begründet zu sein. Sogar eine soziologisch-geschichtliche Begründung hat Duguit vorgebracht. Bei all diesen Erwägungen vermißt man fast gar nicht, daß unser Autor bislang mit keinem Wort zum Gesetzesbegriff der zu seiner Zeit geltenden Verfassung von 1875 Stellung genommen hat. Erinnert man sich der Forderung Duguits, daß er seinem Leser vor allem eine objektive, ja positivistische Theorie entwickeln wolle, ist es nicht uninteressant festzustellen, daß Duguit sich bei der Entwicklung seines Gesetzesbegriffes zuallerletzt mit dem geschriebenen Verfassungsrecht auseinandersetzt.

Zwar ist es richtig, daß sich die Verfassung der 3. französischen Republik durch ihre apodiktische Kürze ausgezeichnet hat⁴⁰. Gleichwohl

³⁹ L'Etat, S. 505: „... l'homme moderne a non moins besoin... d'être protégé contre la dictature, qu'elle soit celle d'un roi, d'un empereur, d'une noblesse ou même et surtout peut-être d'une majorité populaire.“

Duguit trifft sich hier mit *Rousseau* und schon verläßt er ihn wieder. Zwar sagt er noch (aaO.): „la généralité de loi est la sauvegarde par excellence de l'individu contre la tyrannie gouvernante...“, andererseits sind aber Allgemeinheit und Recht im Gesetz zwei voneinander unabhängige Kriterien, wohingegen für *Rousseau* beides noch zusammenfiel, vgl. oben 1. Kap. I. 2 und 2. Kap. I—III. Es gibt für Duguit also Gesetze, die dem Recht widersprechen. Nach dem hier angeführten Zitat muß das auch möglich sein, wenn diese Gesetze von einer Volksmehrheit erlassen worden sind. Daß darin ein Widerspruch zur Allgemeinheitsidee, wie *Waline* sie behauptet (*Les idées maîtresses* in *L'année pol.* 1929, S. 397), liegen soll, kann nicht eingesehen werden. Für Duguit bedeutet eben Allgemeinheit, wie schon bei anderen Autoren vor ihm, nicht auch gleichzeitig Identität mit dem Recht. Übrig bleibt allerdings, daß die „masse des consciences individuelles“ zur Oppression führen kann, denn es wird ja immer solche „consciences individuelles“ geben, die noch nicht die Vorstellung von der Geltungskraft einer bestimmten Rechtsregel besitzen, vgl. auch oben im Text Anm. 14.

⁴⁰ Vgl. oben bes. das 3. Kap.

hat sie einem Staatsrechtslehrer wie *Carré de Malberg* den Stoff geliefert, darauf seine Theorie aufzubauen. In Wahrheit ist die Behandlung des geschriebenen Rechtes durch Duguit wieder einmal symptomatisch. Duguit ist eben nicht Positivist im Wortsinne. Dementsprechend fällt seine Behandlung der Verfassung von 1875 in unserem Zusammenhang außerordentlich kursorisch aus. Er stellt lediglich fest, daß seit den Verfassungsurkunden von 1814/1830 keine Gesetzesdefinition mehr gegeben worden ist. Deswegen fühlt er sich hinsichtlich des von ihm vertretenen Gesetzesbegriffes durch keine positiv-rechtliche Regelung gebunden⁴¹. Offen bekennt er also, daß sein Gesetzesbegriff a priori gelten soll.

In dieser Beziehung ist sein Gesetzesbegriff ein vorwiegend materielles. Er wird gekennzeichnet durch das Erfordernis der Allgemeinheit, und diese Allgemeinheit ist die Folge des Umstandes, daß das Gesetz eine von der Gesellschaft aufgegebenen Verhaltensregel ist. Daraus ergibt sich schließlich die Verbindlichkeit des Rechtsgesetzes. Umgekehrt braucht aber keinem Gesetz gehorcht zu werden, das der „règle de droit“ zuwiderliefe. Daß zu Zeiten Duguits keine ausdrückliche Rechtskontrolle des formellen Gesetzes vorgesehen war, steht dieser Folgerung nicht entgegen. Die Organisation der inhaltlichen Überprüfung des Gesetzes stellt allein eine rechtstechnische Frage dar. Etwas Grundsätzliches darf man daraus nicht folgern⁴². Ganz deutlich wird das, wenn Duguit lehrt: „La loi positive est un document pour le juriste, elle est une limite pour le juge et l'administrateur. Cela veut dire, d'abord, que les droits de libre critique du juriste demeurent intangibles, qu'il ne doit pas voir dans un texte de loi une règle de droit parce que ce texte est la loi, qu'il doit rechercher par tous les procédés d'une bonne méthode critique quelle est la véritable règle de droit et dire nettement, avec une entière indépendance, si le texte promulgué exprime une norme juridique existant réellement, s'il édicte des règles constructives en harmonie avec ce qu'est le droit“⁴³.

Damit ist *Duguit* den langen Weg, der zur Identifikation des Gesetzes mit dem Recht geführt hatte, in umgekehrter Richtung und ebenso konsequent zurückgegangen. Gesetz und Recht sind jetzt wieder selbständige Begriffe. Und noch etwas können wir festhalten: Für Duguit ist die formelle Seite des Gesetzes ganz nebensächlich. Sicherlich heißt man Gesetze nur diejenigen Akte, die das gesetzgeberische Verfahren durchlaufen haben. Jedoch macht das nicht das Wesen des Staatsaktes aus⁴⁴!

⁴¹ Das sagt *Duguit* ausdrücklich etwa im *Traité* Bd. II (3. Aufl. 1928), S. 163.

⁴² L'Etat, S. 425, 520/521 (als echter Rechtspositivist hätte er eher die entgegengesetzte Folgerung ziehen müssen!).

⁴³ *Traité* Bd. I (3. Aufl. 1927), S. 174/175. (Hervorhebungen durch den Verf.)

⁴⁴ Daß bei Duguit die formelle Seite des Gesetzesbegriffes überhaupt keine Rolle spielt, wird auch von *Sirat* (aaO., S. 473) betont.

III. Der Verordnungsbegriff

Auch am Verordnungsbegriff interessiert Duguit zunächst die materielle Seite. Er stellt hier volle Übereinstimmung zwischen Gesetz und Verordnung fest⁴⁵ und gewinnt so den Begriff des materiellen Gesetzes. Seit das Gesetz seine hervorstechendste Eigenschaft verloren hat, mit dem Recht *ex definitione* übereinzustimmen, und seitdem nicht einmal mehr eine Vermutung für die Identität zwischen Gesetz und Recht besteht, ist es für Gesetz und Verordnung in gleicher Weise notwendig, sich am Recht zu orientieren.

Unterscheidungen zwischen den beiden staatlichen Anordnungen kommen nur noch von der formellen Seite her in Betracht. Daraus müssen sich allerdings (das muß Duguit ebenso wie *Moreau* zugeben) weiterreichende Konsequenzen ergeben: Ein Rechtssystem, welches das Parlament der Exekutiven überordnet, kann nicht zulassen, daß dieses Organ die Anordnungen des anderen abändert. Auch kann es von Verfassungen wegen Sachgebiete geben, die der Verordnung überhaupt verschlossen sind (Spezialvorbehalte). Je nach dem positiven Recht eines Landes können schließlich Unterschiede bei der richterlichen Kontrolle dieser beiden Akte bestehen. So kann z. B. für Frankreich die Verordnung einer unmittelbaren Kontrolle zugänglich sein, während sie für das Gesetz ausgeschlossen ist⁴⁶. Jedoch ändert das alles nichts daran, daß die Verordnung in materieller Sicht ein Gesetz ist.

Allerdings erkennt Duguit einen „Schönheitsfehler“ darin, daß zwei verschiedene Organe qualitativ fast gleichwertige Staatsakte hervorbringen. Akzeptiert man die Gewaltengliederung als strenge Funktionsteilung und verlangt aus diesem Grunde die Zuteilung der allgemeinen Staatsakte an *ein* bestimmtes Organ, läßt sich nicht ohne weiteres einsehen, warum neben dem Gesetzgeber noch ein Verordnungsgeber vorhanden sein muß.

Natürlich weist Duguit eine konsequente Durchführung der funktionellen Gewaltengliederung nur um der Logik willen zurück: Denkmodelle müssen praktisch bleiben; dagegen hatte die Theorie der französischen Revolution schon verstoßen. Duguit nutzt auch nicht die Möglichkeit, mit Hilfe einer die Funktionen konsequenter teilenden Gewaltengliederung eine überhandnehmende Verordnungstätigkeit in die Schranken zu verweisen. Vielmehr liegt ihm daran darauf hinzuweisen, daß die Verordnungstätigkeit der Exekutive geschichtlich gewachsen

⁴⁵ Das war auch schon das Ergebnis bei *Ducrocq* und *Moreau*, vgl. oben 4. Kap. II und 6. Kap. I.

⁴⁶ Hier ist das alles Folge der formellen Unterschiedlichkeit zwischen Gesetz und Verordnung. Vgl. im übrigen dazu *L'Etat*, S. 424, 509, 521 usw.; *Traité Bd. II* (3. Aufl. 1928), S. 214.

und praktisch notwendig ist⁴⁷. Dieser Weg der Beweisführung ist bei der kurzgefaßten Verfassung von 1875 ein mögliches und beinahe das einzig gangbare Verfahren. Nur hat es den Nachteil, daß je nach der Grundhaltung des Beweisführers tatsächlich unterschiedliche Ergebnisse erzielt werden können. Die Darstellung der Lehren *Carré de Malbergs* zu diesen Fragen wird insoweit das anschauliche Gegenbeispiel liefern⁴⁸.

Wie dem auch sei, richtig ist der Ausgangspunkt, wenn Duguit behauptet, die Gewaltengliederung sei während der französischen Revolution so verstanden worden, daß man mit Hilfe dieses Prinzips alle allgemeinen Anordnungen (seien sie zugleich „*exécution d'un principe*“ oder nicht) in die Hand eines Verfassungsorgans legen wollen, und zwar in die Hand des Gesetzgebers⁴⁹. In der Folgezeit erkennt er, daß dem Zwang der Umstände gehorchend allmählich eine selbständigere Verordnungstätigkeit der Exekutive zugelassen worden ist, stärker natürlich unter den autokratischen Systemen der beiden Kaiserreiche und der Restauration als unter den zunehmend demokratisierten Republiken. Aber auch bei den letzteren sieht Duguit eine eigene Verordnungstätigkeit grundsätzlich anerkannt. Wird nunmehr im Art. 3 der Verfassung von 1875 nicht mehr die gewohnte⁵⁰ Formulierung der „*règlements nécessaires pour l'exécution des lois*“ verwandt, sondern unterläßt man es ganz, die Verordnungen als besondere Akte der Verwaltung anzusprechen, so kann daraus natürlich nicht geschlossen werden, daß die allgemeinen Anordnungen der Exekutive zukünftig unzulässig sein sollten⁵¹. Für Duguit hätte bei der beschriebenen geschichtlichen Entwicklung derartige von Verfassungen wegen ausdrücklich angeordnet werden müssen. Der Trend zu einer zunehmend eigenständigeren Verordnungsgewalt bleibt nach ihm also erhalten.

Wenn demgegenüber *Carré de Malberg* später⁵² aus der fehlenden Sonderbehandlung der Verordnung in der Verfassung von 1875 folgern wird, daß diese unter den übrigen Akten der Verwaltung keine Sonderstellung mehr einnehme und deswegen auch kein Sonderverhältnis zum Gesetz bestünde, so liegt die Unterschiedlichkeit der Ergebnisse klar zu Tage. Bei *Duguit* ist die Verordnung gegenüber dem Gesetz, wenn nicht gleichberechtigter, so doch sachlich ebenbürtiger Akt. Bei *Carré de Malberg* wird alles aus dem Verhältnis der Abhängigkeit zwischen Gesetz und Verordnung beurteilt. Daß nicht beides zur gleichen Zeit richtig sein kann (*Duguit* und *Carré de Malberg* haben demzufolge auch

⁴⁷ *Traité Bd. IV* (2. Aufl. 1924), S. 661 ff.

⁴⁸ Vgl. dazu unten 11. Kap. II. 2 u. III. 1.

⁴⁹ Vgl. dazu oben 1. Kap. II. 3.

⁵⁰ Vgl. oben S. 50 ff.

⁵¹ *Traité Bd. IV* (2. Aufl. 1924), S. 688.

⁵² Vgl. unten 11. Kap. II. 2. und III. 1.

mit der Einordnung der sogenannten gesetzvertretenden Verordnung in gleicher Weise dogmatische Schwierigkeiten), scheint sich von selbst aufzudrängen.

Gleichwohl wird man zögern, die Prädikate richtig oder falsch zu verteilen. Zu sehr haben beide Autoren sachliche Argumente für ihre Ergebnisse. In dieser Beziehung darf auch nicht unberücksichtigt bleiben, daß der Verfassungsgeber von 1875 bewußt ein offenes System zur Verfügung stellen wollte, in das je nach der politischen Entwicklung wahlweise eine Monarchie oder ein republikanisches System hineinwachsen konnte. Nach alter französischer Tradition, die insoweit durchaus der deutschen entspricht, hätte das u. a. eine unterschiedlich gewichtige Verordnungsgewalt für die Regierung bedeutet. Von vornherein mußte klar sein, daß sich ein monarchisches Regime nicht mit einer ganz unbedeutenden Exekutive begnügen würde. Deswegen war wohl in der Verfassung von 1875 an sich Platz für eine selbständigere und eine gebundenere Exekutive zugleich. Argumentierte nun *Duguit* für eine gewohnheitsrechtliche Einschränkung der überkommenen Gewaltengliederungstheorie, so trug er den die Exekutive stärkenden Tendenzen der gültigen Verfassung Rechnung. Wies demgegenüber *Carré de Malberg* auf die überragende Stellung hin, die schließlich das Parlament eingenommen hatte, so strich er damit die für das Parlament günstigere Entwicklung heraus⁵³. Eine Ironie der weiteren Entwicklung mußte es freilich sein, daß gegen Ende der 3. Republik, nachdem das Parlament über die Exekutive triumphiert hatte, die Erstarkung der Exekutive gerade unter dem Parlamentarismus aufs Neue einsetzte. Wird *Carré de Malberg* dieser Entwicklung nur durch eine Formalisierung der Beziehungen zwischen Gesetzgeber und Ordnungsgeber gerecht⁵⁴, so erscheint jetzt die Betonung materieller Gesichtspunkte durch *Duguit* wieder richtiger. Er hat ausgeführt: „... s'il a existé à un certain moment une différence spécifique entre le règlement et la loi, elle tend, par l'évolution naturelle des choses, à disparaître. Peut-être même est-elle entièrement disparue... *Que ce soit la loi qui évolue et arrive à se confondre avec le règlement ou que ce soit la loi qui évolue et arrive à se confondre avec le règlement qui se rapproche de la loi*, cela n'a au fond aucune importance. Le point capital c'est que l'évolution s'est produite, c'est qu'il y a des dispositions qui ont bien réellement le caractère de loi et qui n'émanent pas de l'organe considéré comme représentant la souveraineté nationale et que, par conséquent, la notion de loi ne se rattache plus à la notion de souveraineté⁵⁵.“

⁵³ Vgl. auch oben 3. Kap. II.

⁵⁴ Vgl. unten 11. Kap. III. 2., a. E. und IV.

⁵⁵ L'Etat, S. 90; Traité Bd. I (1. Aufl. 1911), S. 201 ff. u. Bd. II (3. Aufl. 1928), S. 451 ff. (Hervorhebungen durch den Verf.)

Bei *Duguit* ist aber nicht nur eine sehr pragmatische Einstellung zur Gewaltengliederung festzustellen. Dieses traditionelle Einteilungsschema ist sogar ausgesprochen zweitrangig geworden. Unwichtig ist auch, ob eine Funktionsteilung nach dem Allgemeinerfordernis oder dem Gegensatzpaar „principe“ — „détail“ durchgeführt wird: *Duguit* kann sich die Abwertung dieser Einteilungsschemata erlauben. Er braucht nicht mehr über eine strenge Funktionentrennung das Übergewicht des Gesetzgebers zu betonen, um von dort zur Gesetzmäßigkeit, d. i. Rechtmäßigkeit der Verwaltung zu gelangen. Sein „*pierre de touche*“ ist die „*règle de droit*“. Sie kann auch in diesem Zusammenhang die Richtschnur sein und die Rechtmäßigkeit der Verwaltung garantieren!

Unter diesem Gesichtspunkt ist mit *Duguit* eine Abweichung vom Gewaltengliederungsprinzip, wie es auf dem Höhepunkt der Revolution ausgeprägt worden ist, bereits in vier Fällen festzustellen. Es handelt sich insoweit um vier Arten von Verordnungen, die aus der „Hausmacht“ des Gesetzgebers ausgeschieden sind: die „*règlements coloniaux*“, die „*règlements autonomes*“, die „*règlements complémentaires des lois*“ und die „*règlements faits en vertu d'une compétence à lui donnée spécialement et expressément par le législateur*“.

1. Die Kolonialverordnungen

Die erste Gruppe findet ihre Begründung darin, daß die Verfassung einerseits nicht für die Kolonien gilt und andererseits die Regierung zwischenzeitlich ausdrücklich in bezug auf die überseeischen Gebiete für zuständig erklärt worden ist. Demgemäß hat der Gesetzgeber die Kolonien immer von seiner Gesetzgebung ausgenommen. Man stellte sich die außereuropäischen Besitzungen Frankreichs als die Betreibung eines größeren „*service public*“ vor, der traditionsgemäß von der Exekutive betreut wurde.

2. Die „*règlements autonomes*“

Das führt zur zweiten Gruppe. Zu dieser zählen die sogenannten „*règlements autonomes*“. Sie sind durch keinerlei Verfassungs- oder Gesetzestext jemals ausdrücklich in die Kompetenz des Ordnungsgebers übergegangen. Die Legitimität dieser Verordnungen ergibt sich allein aus einer ständigen Übung, die Gewohnheitsrecht geworden ist. Hierher gehören die Polizeiverordnungen und die die „*service publics*“ betreffenden Verordnungen. Sie werden spontan von den zuständigen Ministern erlassen und in eigener Verantwortung von der Verwaltung

ausgeführt. Die noch zur Zeit Duguits h. L. hat in ihnen eine besondere Art von Ausführungsverordnungen sehen wollen, um nicht eingestehen zu müssen, daß hier eine Durchbrechung der nachrevolutionären Gewaltengliederung auf Grund des Exekutionsbegriffes in Betracht kommen könne. Sehr richtig bemerkt jedoch Duguit in diesem Zusammenhang⁵⁶, daß es nicht angängig sein könne, aus dem Umstand der Existenz und Notwendigkeit solcher Verordnungen zu folgern, Gesetzesausführung sei letztlich auch das, was der allgemeinen Staats-tätigkeit schlechthin zugute komme. Mit einer solchen Auffassung ließe sich nämlich im Ergebnis alles als Gesetzesausführung deklarieren.

3. Die Ausführungsverordnungen

Die dritte Gruppe stützt sich dagegen auf eine direkte verfassungsmäßige Kompetenzzuweisung. Insoweit handelt es sich um das Ursprungsgebiet der Verordnung, das zum Modell für die nachrevolutionäre Gewaltengliederung geworden ist. Eine Durchbrechung der Gewaltenteilung liegt hier nur insoweit vor, als die hochrevolutionäre Funktionsteilung zugrunde gelegt wird⁵⁷.

4. Die Verordnungen auf Grund von Ermächtigungsgesetzen

In der vierten Gruppe müssen noch einmal Unterscheidungen getroffen werden:

Handelte es sich um Verordnungen, die auf Gebieten ergehen sollten, in denen Gesetze noch nicht entgegenstehen, hielt Duguit den Erlaß von Verordnungen nach Kompetenzzuweisung durch den Gesetzgeber für zulässig⁵⁸. Dem Art. 1 des Verfassungsgesetzes vom 25. 2. 1875 schreibt er nur die Einführung des Zweikammernsystems zu⁵⁹. Nicht besagte diese Vorschrift — und hier trifft er sich mit *Carré de Malberg*⁶⁰ —, daß nur das Parlament allgemeine Regeln erlassen dürfe. Unter der Voraussetzung, daß keine Gesetze abgeändert werden dürfen, ist daher eine Ermächtigung des Gesetzgebers an die Exekutive möglich: Nicht länger also erscheint die Kompetenz des Gesetzgebers zur Setzung allgemeinen Rechts als ausschließliche⁶¹!

⁵⁶ *Traité* Bd. IV (2. Aufl. 1924), S. 716, 717.

⁵⁷ die — wie oben I. Kap. III. 3. ausgeführt — zeitweilig allein den Begriff der „généralité“ zur Abgrenzung der Funktionen verwertete.

⁵⁸ Vgl. *Traité* Bd. IV (2. Aufl. 1924), S. 755—757.

⁵⁹ Art. 1 Abs. I des Verf.G. vom 25. 2. 1879 lautet: „Le Pouvoir législatif s'exerce par deux Assemblées: la Chambre des Députés et le Sénat.“

⁶⁰ Vgl. unten II. Kap. III.

⁶¹ Vgl. *Traité* Bd. IV (2. Aufl. 1924), S. 757: „Rien ne s'oppose à ce que le parlement confère compétence au gouvernement de faire un règlement sur

Eine ausschließliche Kompetenz besteht aber dann, wenn es darum geht, formelle Gesetze abzuändern oder aufzuheben. Hier soll nur der „*contrarius actus*“ wirksam sein, der daher vom Gesetzgeber selbst ausgehen muß. Ist diese Prämisse richtig, muß man in der Tat das Problem derjenigen Gesetze, die gleichwohl dazu auffordern, auf dem Verordnungswege Gesetze aufzuheben oder abzuändern, als ein „*problème sans réponse*“ bezeichnen⁶². Duguit versucht, diese Art von „Ermächtigungsgesetzen“ mit einem Gewohnheitsrecht zu erklären. An der weiteren Kompetenzverschiebung stört er sich weniger.

Anders entschied sich Duguit aber in den Fällen, in denen der Gesetzgeber den Ordnungsgeber dazu aufforderte, auf den Gebieten des sogenannten speziellen Gesetzesvorbehaltes tätig zu werden, der durch Verfassungsgewohnheitsrecht und vor allem den Katalog der Menschenrechtserklärung von 1789 gebildet wird. Hier hält Duguit ein entsprechendes Gewohnheitsrecht noch nicht für existent. Offenbar sind ihm die hier in Frage gestellten traditionellen Prinzipien zu gewichtig, als daß er auch sie allein an der „*règle de droit*“ messen möchte⁶³. Diese Art von „Ermächtigungsgesetzen“ ist also schlechterdings unzulässig.

Soweit nach diesen Ausführungen nunmehr eine Kompetenzzuweisung an die Exekutive in Betracht kommt, ist freilich noch in jedem Fall darauf zu achten, daß die Zuweisungen bestimmt und begrenzt genug gefaßt sind. Jede allgemeine Zuweisung wäre verfassungswidrig, weil das Parlament sich auf diese Weise seiner Prärogativen begeben würde⁶⁴. Der Zerfall des Funktionen zuteilenden Gewaltengliederungssystems ist also noch nicht so weit fortgeschritten, daß nicht der Grundsatz erhalten bliebe, nach welchem jedenfalls der größere oder zumindest wichtigere Teil allgemein anordnender Regelungsbefugnis bei dem

une matière que la constitution n'a pas expressément réservée au pouvoir législatif, à la condition toutefois que ce règlement ni abroge, ni ne modifie, ni ne suspende une loi formelle.“ — Das ist keine Delegation mehr im herkömmlichen Sinne, sondern bloße „*détermination de compétence*“ mit der Folge, daß eine solchermaßen zu erlassende VO mit dem „*recours pour excès de pouvoir*“ angegriffen werden kann.

⁶² *Traité* Bd. IV (2. Aufl. 1924), S. 759.

⁶³ Vgl. *Traité* Bd. IV (2. Aufl. 1924), S. 763 ff. — Wenn dieser Gedankengang richtig gesehen wird, kann das Ergebnis nur daran liegen, daß das obligatorische Gesetzgebungsverfahren im Bereich der speziellen Gesetzesvorbehalte selbst eine „*règle de droit*“ darstellt. Auf dem Wege über den Text der Verfassung (und freilich nur auf diese Weise!) wird somit ein Stück traditionellen französischen Rechtsdenkens bewahrt, nämlich der Glaube an die Befähigung des Gesetzgebers gewisse, das Verhältnis Bürger/Staat besonders betreffende Gebiete besser regeln zu können als jede andere Instanz.

⁶⁴ Vgl. *Traité* Bd. IV (2. Aufl. 1924), S. 772: „... si le parlement donne au gouvernement une compétence réglementaire générale et indéterminée, il abdique complètement ses pouvoirs, et cela, la constitution ne lui permet certainement pas.“

Parlament verbleiben muß. Kriterien für die Erfüllung dieses Erfordernisses werden jedoch nicht angegeben. Duguit will von Fall zu Fall entscheiden⁶⁵.

IV. Kritik

Nach diesen Zusammenstellungen fragt es sich wiederum, welches bei Duguit die hervorzuhebenden Ergebnisse im Rahmen unseres Themas sind. Da sich bei den vorliegenden Untersuchungen das Interesse immer mehr auf das wechselseitige Verhältnis der beiden Staatsorgane Legislative und Exekutive verschiebt, erscheint es angebracht, nochmals besonders auf das Verhältnis zwischen Gesetz und Verordnung einzugehen. Daran anschließend wird noch ein Wort zu dem von Duguit propagierten Rechtsbegriff zu sagen sein.

Zu dem ersten Komplex ist hervorzuheben, daß die Frage nach der Unterscheidung zwischen Gesetz und Verordnung nicht mehr ein Problem der unterschiedlichen Konformität mit dem Recht ist. Das erklärt sich bei Duguit daraus, daß das Gesetz seine notwendige Identität mit dem Recht gänzlich eingebüßt hat. Übereinstimmung und Abhängigkeit der Verordnung vom Gesetz kann also nicht mehr automatisch die Rechtmäßigkeit der Verordnung bedeuten. Es ist nur logisch, daß Duguit sich unter diesem Gesichtspunkt um die gesetzergänzende Funktion der Verordnung kaum mehr gekümmert und schließlich den Begriff der „exécution de la loi“ überhaupt aufgegeben hat. Zur Trennung der beiden höchsten staatlichen Anordnungen hat Duguit allein ein System der Kompetenzverteilung mit Prärogativen für den Gesetzgeber übrig gelassen. Diese Art der Gewaltengliederung ist nicht mehr mit der ursprünglichen revolutionären Gewaltenteilung auf Grund des Allgemeinheitsbegriffes vergleichbar. Sie hat aber auch nichts mehr mit der nachrevolutionären Funktionentrennung zu tun. Duguit ist vielmehr bereit, eine mehr empirische Gewaltenteilung anzuerkennen, die sich jeweils nach den Erfordernissen der Staatspraxis herausbilden kann. Immer wieder betont er, daß in diesen Fragen Dogmatismus völlig fehl am Platze ist, was er dadurch unterstreicht, daß er bereits in weitem Maße eine gewohnheitsmäßige Durchbrechung des ehemals herrschenden Gewaltenteilungsmodells annimmt.

Damit wird wiederum einer weitreichenden Verordnungstätigkeit das Wort geredet. Da eigentliche Qualitätsunterschiede zwischen Gesetz und

⁶⁵ Vgl. *Traité* Bd. IV (2. Aufl. 1924), S. 772/773: „Il me paraît impossible de donner un critérium fixe et unique, et j'estime qu'il faut examiner chaque cas dans lequel le parlement a donné compétence réglementaire... c'est que les pouvoirs du gouvernement soient assez étroitement déterminés pour que le parlement puisse constamment et efficacement exercer son contrôle.“

Verordnung nicht bestehen, kann es nur noch eine Frage der Zeit sein, bis ggf. einmal die völlige Gleichstellung zwischen Gesetzgeber und Verordnungsgeber eintritt. Die gegenwärtig in Frankreich geltende Verfassung hat dieser Prognose Duguits in vielem Recht gegeben⁶⁶. Wir können daher davon ausgehen, daß das Verhältnis zwischen diesen beiden Staatsakten immer mehr eine Frage der geltenden Gewaltenteilung im Staate sein wird.

Diese Erkenntnis dürfte in *Deutschland* weit weniger verdunkelt gewesen sein als in Frankreich, was daran gelegen hat, daß in Deutschland der Begriff des Gesetzes niemals eine ebenso überragende Stellung inne gehabt hat wie das in Frankreich der Fall gewesen ist. Einer der wesentlichsten Verdienste Duguits ist es daher, einmal in aller Deutlichkeit auf die Bedeutung der Gewaltengliederung für das Verhältnis zwischen Gesetz und Verordnung aufmerksam gemacht zu haben. Und in dieser Beziehung war es besonders der Begriff der „règle de droit“, der den Gesetzesbegriff von der unheilvollen Gleichstellung zwischen Gesetz und Recht befreite und dadurch den Weg für eine Neuordnung des Verhältnisses zwischen Gesetz und Verordnung frei machte.

Nicht geglückt erscheint dagegen der Versuch Duguits, eine besondere Art des Rechtspositivismus zu begründen. Seine Bemühungen in dieser Hinsicht hatte er wie folgt gekennzeichnet: „(Il y a des opinions qui identifient) les faits sociaux aux faits de la nature physique... Le droit et la morale ne seraient point alors des sciences normatives, mais seulement des sciences d'observation, déterminant l'évolution des institutions et éliminant tout principe directeur d'activité... (Il est vrai) qu'on trouve aussi l'idée que le droit soit fondé sur un principe transcendant qu'un être supérieur impose à l'homme. (Mais:) La vérité scientifique n'est ni dans l'une ni dans l'autre de ces attitudes. La première méconnaît une différence évidente entre les faits sociaux et les faits physiques ou biologiques. La seconde est dominée par la conception persistante de la liberté individuelle. J'écarte à la fois cette assimilation de faits d'ordres différents et cette croyance extrascientifique...“⁶⁷

In Wahrheit hat Duguit wohl ein drittes Denksystem gesucht; er hat gemeint, apriorisches Denken mit positivistischer Methode vereinen zu können⁶⁸. Apriorisch müssen wir Duguits Erarbeitung der „règle de droit“ trotz eigener Proteste dieses Autors nennen⁶⁹. Positivistisch erscheint die Methode, die subtile Beobachtung der „faits sociaux“. Das

⁶⁶ Vgl. dazu unten das 17. Kap.

⁶⁷ *Traité* Bd. I (3. Aufl. 1927), S. 79.

⁶⁸ So bes. *Waline* in *Les idées maîtresses, L'année pol. 1929*, S. 395.

⁶⁹ Darauf spielt auch H. J. Wolff, *Staatsperson, Anm. 4* auf S. 96, 97 an.

Ergebnis bleibt aber letztlich eine dualistische Lehre. Darüber sind sich wohl alle Beurteilungen Duguits einig⁷⁰.

Aber der Rückgriff auf außerpositivistische Orientierungen ist es, der m. E. die Anziehungskraft des Werkes dieses Autors ausmacht. Duguit ist wegen seiner Lehren zwar außerordentlich bekämpft worden. Sein Platz neben *Hauriou* und später *Carré de Malberg* ist dadurch aber niemals ernsthaft gefährdet gewesen.

8. Kapitel

Maurice Jean Claude Eugène Hauriou*

Der Zugang zu den uns interessierenden Begriffen ist bei *Hauriou* schwieriger als bei allen bisher behandelten Autoren. Das liegt daran, daß dieser Gelehrte nicht im Wege deduktiver Gedankenoperationen vorgeht, die gradlinig von einem Zentralbegriff zum anderen führen. In *Hauriou's* Lehre findet sich nicht wie z. B. bei *Duguit* eine überragende „Gesetzlichkeit“, ein „*pierre de touche*“, von dem aus alle anderen Probleme angegangen werden. *Hauriou* kommt es vielmehr auf eine unverfälschte Darstellung der Komplexität des Lebens an. Insoweit erweist er sich als unerbitlicher Gegner solcher monistischen Lehren, die ihre Erkenntnisse möglichst auf ein tragendes Grundprinzip stützen wollen¹.

Bezeichnend ist die Stellungnahme des Autors zu den monistischen Tendenzen in *Duguits* erstem Hauptwerk „*L'Etat, le droit objectif et la loi positive*“ aus dem Jahre 1901. *Hauriou* äußert sich hierzu folgendermaßen: „(Cette méthode veut) que toutes choses procèdent les unes des autres par le déroulement d'une seule série... il faut donc en l'espèce qu'il n'y ait rien d'autre dans la règle de droit qu'il n'y a dans la solidarité brute.“ Diese Behauptung hält *Hauriou* jedoch für irrig, denn es existiert die Komplexität der Phänomene: „La société est une forme de vie où se concilient pratiquement les différences et les contradictions des hommes... elle est une synthèse; elle s'établit sur des combinaisons de sentiments et d'idées. ... il ne suffit pas de montrer la solidarité comme existente; il faut aussi la montrer comme se constituant péniblement; et la règle de droit peut intervenir non seulement comme l'application d'une solidarité préexistante mais aussi comme un élément de la formation de la solidarité.“ Daß die Menschen allein aus sozialer Solidarität friedlich zusammenleben sollten, erscheint ihm zu einfach, wenn auch nicht falsch, denn auf diese Weise wird das Gegeneinander vor allem der geistigen Strömungen in der Gesellschaft ohne Grund unter den Tisch gekehrt.

* 1856—1929.

¹ Zu einer Kritik der Methode *Hauriou's* vgl. aber bes. H. J. Wolff, Staatsperson, S. 259 ff.

² Vgl. RDP 1902 I, S. 357/358.

⁷⁰ Vgl. etwa *Batifol*, aaO., S. 24.

I. Der Rechtsbegriff

Zweifelsfrei ist bei Hauriou ein bedeutungsvoller Wandel in der Methodik anzutreffen. Die „règle de droit“ wird nicht mehr im Wege einer möglichst gradlinigen philosophischen Spekulation aber auch nicht mehr wie z. B. bei *Constant* oder *Esmein* zur Durchsetzung politischer Ziele gewonnen. Es wird jetzt mehr auf die unterschiedlichen Ideenströmungen in der Gesellschaft selbst geachtet. *Delos*, ein Schüler Haurious, hat diesen Wandel so beschrieben: „... la règle de droit est redevenue aux yeux des juristes ce qu'elle est en effet: une forme sociale, un comportement social, qui pour des motifs à expliquer et selon un processus à indiquer prennent forme juridique positive³.“ Anstatt von Begriffen wie z. B. dem Staat, dem Individuum, der juristischen Person, den Menschenrechten oder dem positiven Recht auszugehen, ist man zur Beobachtung der Wirklichkeit zurückgekehrt. Es ist wiederentdeckt worden, daß das gesellschaftliche und rechtliche Leben Vorgänge sind, die den Tendenzen der menschlichen Natur entsprechen müssen. Folglich ist die Verhaltensregel für das zwischenmenschliche Leben aus dem Studium dieser Tendenzen zu gewinnen. Erst dadurch wird es möglich, das Ziel der gesellschaftlichen Bewegungen und damit die Prinzipien ihrer normativen Regelungen herauszuschälen. Diese Methode war schon bei *Duguit* anzutreffen. Bei Hauriou ist es jedoch nicht nur die Orientierung an den Kategorien des Seins, die in diesem Zusammenhang interessiert; seine Beobachtungen gehen darüber hinaus. Die Gesellschaft wird nicht als solche betrachtet. Er geht den sie durchdringenden Ideenströmungen nach, die in der „idée de l'œuvre commun à accomplir“ geeint sind. Eben diese Methode ist es, die *Gurvitch* als „spiritualisme réaliste“ bezeichnet hat⁴.

Die „idée de l'œuvre commun à accomplir“⁵ besitzt in diesem Zusammenhang eine ähnlich prinzipielle Bedeutung wie die „solidarité sociale“ bei *Duguit*. Als „idée-action“⁶ wirkt sie bei der Transformierung des „état de fait“ in den „état de droit“ mit⁷, und dabei wird sie selbst zur gesellschaftlichen Tatsache: „l'idée... devient un fait social, ... prend l'existence dans le fait; (ces idées) se matérialisent et s'incorporent jusqu'à devenir des éléments du monde extérieur“⁸. Der Umstand, der dabei aus dem „état de fait“ den „état de droit“ macht, ist der folgende:

³ *Delos*, Archives, S. 151/152.

⁴ aaO., S. 155.

⁵ *Hauriou*, Théorie, S. 10, 20 usw.

⁶ Dieser Begriff ist von *Gurvitch*, aaO., S. 156 geprägt worden.

⁷ *Hauriou*, Précis 6. Aufl. 1907, S. 15.

⁸ Précis 6. Aufl. 1907, S. 3.

Hauriou geht vom Gedanken der Institution⁹ aus und zieht insoweit eine Parallele zum englischen Recht. Er erkennt institutionelles Denken z. B. darin, daß in England Gesetz erst diejenige Regel sei, die der Richter durch seine Anwendung sanktioniert. Diese Vorstellung von der Entstehung und Geltung des Rechtes möchte Hauriou auch für französische Verhältnisse fruchtbar machen. Weder fühlt er sich nämlich von der noch immer herrschenden französischen Konzeption angezogen, nach der bekanntlich die Erzeugung des Rechtes ein Akt der „volonté générale“ sein soll, noch findet er an der damaligen h. M. in *Deutschland* Gefallen, die ihm bei der Erarbeitung eines Rechtsbegriffs zu sehr auf den Herrschaftsgedanken und die Mitwirkung der Exekutive abstellte.

Demgegenüber soll sich der hervorragende Wert des Institutionsdenkens darin erweisen, daß diese Idee bei der Bildung des Rechtsbegriffes in folgender Weise Anwendung finden kann: „d'abord parce que c'est en elle et par elle que se produit la transformation des états de fait en état de droit; ensuite parce qu'elle est la source de deux formes du droit“¹⁰. Jeder „état de fait“, der sich über einen längeren Zeitraum ohne Anfechtung in einer Gesellschaft behaupten kann, tendiert zur Verrechtlichung. Das Phänomen, das diesen Vorgang hervorruft, nennt er die Legitimationserscheinung. Damit durch sie jedoch nicht die blanke Gewalt und die vollendete Tatsache triumphiert, ist dieser Vorgang mit der Institutionsidee in Verbindung zu bringen. Inbegriff des Institutionsgedankens war aber vor allem die bereits erwähnte „idée de l'œuvre“, die es in der jeweiligen gesellschaftlichen Gruppierung zu verwirklichen gilt — das Ziel also, im Wege des vernünftigen Ausgleichs und über moralische Überzeugungen eine bestehende Organisation immer weiter zu verbessern¹¹. Unter diesem Blickpunkt ist es

⁹ Hauriou definiert sie (in *Théorie*, S. 10) wie folgt: „(L'institution est) une idée d'œuvre qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social; par la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes; d'autre part entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures.“ — Eine Institution ist somit gegeben, wenn in einer abgrenzbaren Gruppe von Menschen alle Einzelwillen, die sich zur Durchsetzung eines ideellen Wertes oder wegen eines gemeinsamen materiellen Bedürfnisses zusammengeschlossen haben, an denselben Unternehmungen teilnehmen und sich zur Verwirklichung ihrer Ziele einer Leitung mit Anordnungsbefugnis und bestimmten verbindlichen Normen unterwerfen. Vgl. dazu auch *H. J. Wolff*, Staatsperson, S. 253 ff. und *Prélot*, aaO., S. 40 mit weiteren Nachweisen.

¹⁰ Précis 6. Aufl. 1907, S. 15 ff.

¹¹ Zu dieser „idée de l'œuvre“ tritt gleichberechtigt zwar immer auch die organisierte Macht, die zur Realisierung des „œuvre commun à accomplir“ bereitgehalten werden muß. Jedoch wird sie sowohl durch die „manifestations de communion“ (Einigungsbezeugungen, Zustimmung) wie auch das „œuvre commun“ in Schranken gehalten. Vgl. auch *Théorie*, S. 10.

daher nicht die bloße Dauer eines Zustandes, die den Rechtszustand herbeiführt, „c'est l'amélioration du fait par son adaptation progressive aux conditions du droit et de morale“. Das friedvolle Verstreichen einer bestimmten Zeit kann allenfalls die Vermutung für eine entstehende Legitimierung abgeben: „On est obligé de croire que ce qui a duré en paix pendant un assez long temps ne s'est pas maintenu uniquement par la force, mais par la libre adhésion des consciences et parce que le fait n'est pas en désaccord avec le sentiment du droit qu'ont les individus ni avec leurs tendances morales¹².“

Das führt zum zweiten: Ist eine Institution verrechtlicht, wird sie selbst zur Rechtsquelle. Diese Tatsache, so meint Hauriou, sei lange Zeit in Vergessenheit geraten, und er denkt in diesem Zusammenhang an die Lehren, die den Rechtsbegriff auf einen Willensakt (Voluntarismus), die gesellschaftlichen Beziehungen unter den Bürgern (Liberalismus) oder die *Duguitsche* règle de droit (Soziologismus) stützen wollten. Hauriou sieht alle diese Bemühungen aus dem allgemeinen Bestreben, den klassischen Gesetzes- und Rechtsbegriff zu überwinden. Die gemeinsame Zielrichtung, eine Begründung für Entstehung und Verbindlichkeit des Rechtes *außerhalb* der Staatsmacht zu suchen, billigt er ausdrücklich; aber er muß feststellen, daß alle modernen Vorstellungen von einer „règle de droit“ daran krankten, daß ihnen die Sanktion des aufgefundenen Begriffes nur schwer gelingen will. Das hatten wir gleichfalls schon erkennen können. Hier bietet nun Hauriou wiederum seinen Institutionsbegriff an.

Damit schließt sich der Kreis: „Si l'on retrouve le sens véritable de cette autorité et de cette sanction, il faut remonter jusqu'à la discipline de l'institution. Une règle n'a valeur de droit positif que si, formulée à l'intérieur d'une institution, elle exprime dans son contenu la discipline de l'institution et est sanctionnée par cette même discipline; elle bénéficiera alors de l'autorité de la contrainte et aussi des sentiments moraux d'une collectivité organisée¹³.“

Das Recht kann also für Hauriou sehr wohl eine willentliche Kreation sein! Sehr deutlich sagt er: „Le gouvernement des groupes humains, qui ne s'exerce que par la création continue de l'ordre et du droit, exige que ceux qui gouvernent puissent eux-mêmes créer du droit¹⁴.“ Der Polemik derjenigen Lehren, die der politischen Gewalt im Staate die autonome Rechtsetzung verwehren, wirft er die Unkenntnis eines grundlegenden Satzes vor, der schon den „pilgrim-fathers“ bekannt ge-

wesen sei und der bedeute, daß die Grundlage der Autorität (und damit die Verbindlichkeit des Rechtes) in der Zustimmung der Regierten läge. In dieser Hinsicht ist es allerdings wiederum nicht der Einzelakt, dem beim Erlaß zugestimmt oder die Herrschaft als solche, welche hingenommen wird. Vielmehr wird die politische Institution, in deren Namen befohlen wird, akzeptiert, und dabei ist es grundsätzlich ohne Bedeutung, von welcher verfassungsmäßigen Beschaffenheit diese Institution ist. „L'essentiel est qu'il existe, dans le groupe, une institution acceptée des sujets par un large consentement coutumier; le consentement coutumier s'applique aux institutions comme aux règles de droit, et c'est même par les institutions qu'il commence¹⁵.“ Eine Macht schafft sich ihre Institution. Diese wird so lange gewohnheitsrechtlich anerkannt, bis die Macht durch die Institution ihre Legitimation erfährt. Im Namen der Institution kann sodann das Recht gesetzt werden. Das ist die Reihenfolge!

Interessant ist, daß die so beschriebene Herrschaft von Anfang an in sich beschränkt ist. Hier wirken die sogenannten „statuts organiques d'institutions¹⁶“. Sie begrenzen die Macht und balancieren sie aus. Nach deutscher Terminologie würde man in diesem Zusammenhang von sogenannter „Autolimitation“ sprechen. Jedoch kommt diese bei Hauriou nicht durch einen institutionsinternen Beschluß zustande, über den man sich ggf. hinwegsetzen könnte, sondern es ist die Institution selbst, die den sich in ihr Organisierenden die Hände bindet. Man muß daher bei Hauriou von einer eigenartigen organisatorischen Selbstbeschränkung der Staatsmacht sprechen, bei der es auf einen entsprechenden Willen derselben überhaupt nicht ankommt.

Mit diesen Ausführungen ist die Genesis des Rechtes in Haurious System dargestellt. Die inhaltliche Seite ist so komplex wie die formell-organisatorische. Er verwendet den objektivierenden Einfluß der Gesellschaft, soweit das Recht „ordre social“ ist und damit „organisation de la société sur certaines bases en vue d'assurer au mieux la subsistance du groupe, de faire l'entreprise d'une civilisation et aussi en vue d'obtenir, par des équilibres appropriés, le mouvement lent et uniforme de l'ensemble des situations et relations sociale¹⁷.“ Haurious „règle de droit“ wird aber auch durch ein ideelles Element konstituiert, nämlich das Merkmal der Gerechtigkeit, das „aequum et bonum“ in der Form der „égalité ou, tout au moins, une proportionnalité entre les hommes de la jouissance du bien¹⁸.“ Dazu tritt die Vorstellung, daß der Staat als

¹⁵ Droit Const. 2. Aufl., S. 4.

¹⁶ D. h. „funktionale Verflechtungen“, vgl. Droit Const. 2. Aufl., S. 5.

¹⁷ Droit Const. 2. Aufl., S. 34.

¹⁸ Droit Const. 2. Aufl., S. 36. Zwischen den beiden materiellen Faktoren besteht häufig ein nur labiles Gleichgewichtsverhältnis. Es kann einmal das

¹² Précis 6. Aufl. 1907, S. 16.

¹³ Précis 6. Aufl. 1907, S. 18.

¹⁴ Droit Const. 2. Aufl., S. 4.

eine „Superinstitution“ über eine Unzahl kleinerer Institutionen in gewisser Hinsicht gleichfalls Urheber des Rechtes ist.

Die Verbindung des Willenselementes im Recht, des Imperativs, mit der Überzeugung, daß das Recht gleichwohl als etwas Vorgegebenes anzusehen ist, scheint uns die große Leistung Hauriou zu sein. Gesellschaft und Staat werden versöhnt. Sicherlich gäbe es ohne das in der Gesellschaft hervortretende „œuvre commun à accomplir“ oder *Duguits* „solidarité sociale“ keine Rechtsentwicklung. Aber dem Staat kommt dabei eine Leitungsaufgabe zu. Darum erscheint es wenig glücklich, wenn *Duguit* in dieser Hinsicht nur das reine Faktum der Staatlichkeit anerkennen wollte¹⁹. So sollte man diesen Dingen nicht ausweichen!

II. Der Gesetzesbegriff

Die Definitionen, die Hauriou dem Gesetzesbegriff gegeben hat, sind bei den zahlreichen Auflagen, die sein „Précis de Droit Administratif et de Droit Public“ erfahren hat, nicht immer dieselben geblieben. Während in den älteren Auflagen die Vorliebe Hauriou der materiellen Seite des Gesetzes unter dem Gesichtspunkt der Freiheitsmaxime²⁰ gegolten hat, wird in den späteren Auflagen die ganze Komplexität auch dieses Begriffes deutlich. So heißt es in der 10. Auflage aus dem Jahre 1921 z. B., das Gesetz sei diejenige allgemeine Regel, „écrite à la suite d'une opération à procédure faisant intervenir des représentants de la nation, qui déclare obligatoire des rapports sociaux découlant de la nature des choses en les interprétant du point de vue de la liberté“²¹.

1. Formelle Begriffsmerkmale

Was die formelle Seite dieses Gesetzesbegriffes angeht, so betrifft die erste Feststellung die Tatsache, daß das Gesetz zunächst geschriebenes Dokument ist. Dazu wird es jedoch erst in einem besonderen Verfahren, an dem mehrere Organe beteiligt sind und das aus verschiedenen Verfahrensabschnitten besteht: Hauriou sieht in ihnen den sogenannten

Recht mehr als Ordnungsfaktor erscheinen, das andere Mal kann das Streben nach materieller Gerechtigkeit in den Vordergrund treten. Die Sympathien Hauriou gehören natürlich der ideellen Komponente!

¹⁹ Vgl. oben 7. Kap., Einl.

²⁰ Vgl. Précis 5. Auflage (1903), S. 15 ff., S. 20: „La loi est pour la liberté...“ — 6. Auflage (1907), S. 289 ff., 297: „La loi est le statut de l'institution nationale dégagé dans une pensée de garantie de libertés individuelles.“ — 7. Auflage (1911), S. 35 ff., 38: „La loi est une disposition impérative qui centralise le Droit de l'Etat sur la base des similitudes individuelles.“

„pacte statutaire“, in dem sich die „adhésion de plusieurs à un fait social“²² herstellt.

Damit kommt die Institutionstheorie ins Spiel. Sie ruft das dritte formelle Merkmal in Hauriou's Gesetzesbegriff hervor, nämlich die Bindewirkung des Gesetzes, stellt aber zugleich die Verbindung zu dessen materiellen Bestandteilen her. Das liegt daran, daß sich die Bindewirkung des geschriebenen Gesetzes keinesfalls allein aus der Anordnung der Gesetzesform ergeben kann. Das Gesetz muß sich vielmehr immer erst noch in der Praxis als Rechtsgesetz erweisen. Wird ihm z. B. anlässlich einer richterlichen Überprüfung die Gefolgschaft verweigert, so lag das daran, daß das betreffende Gesetz eben keine Bindewirkung entfaltet hat²³.

2. Materielle Begriffsmerkmale

An materiellen Merkmalen sind ebenfalls drei zu nennen: Als erstes kommt der „caractère déclaratif“ des Gesetzes in Betracht. Er ergibt sich daraus, daß die konstruktive, also die das Recht schaffende Befähigung des Gesetzes die Ausnahme ist. Der Inhalt der gesetzlichen Regeln besteht aus Recht, „tiré de l'expérience, observé a posteriori, envisagé du point de vue des opérations sociales“²⁴. Zwar kann nach Hauriou das Gesetz nicht ein ebenso getreues Spiegelbild der Lebensstatsachen sein wie z. B. das Gewohnheitsrecht. Jedoch sind in gewisser Hinsicht die parlamentarischen Untersuchungen ein Ersatz für den „Näheverlust“, den das Gesetz schon auf Grund der Künstlichkeit des Verfahrens in Kauf nehmen muß, in dem es zustande kommt²⁵.

²¹ Ganz ähnlich definiert die 11. Aufl. (1927), S. 458 ff., 458: „(La loi est) une règle générale écrite exprimant une volonté de la nation rendue obligatoire par une opération législative.“

²² So besonders die 6. Aufl. 1907, S. 282.

²³ Allerdings ist — zur Vermeidung von Irrtümern — zu beachten, daß die Verweigerung des Gesetzesgehorsams durch den Richter die absolute Ausnahme bedeutet: Es besteht eine Vermutung, daß das Gesetz mit dem „droit objectif“ übereinstimmt, so auch die Beurteilung von *Carré de Malberg*, Contribution Bd. I, S. 208, Anm. 8. Demgegenüber besitzt der Richter i. d. R. nur die Möglichkeit, „de suppléer à la loi“. Vgl. auch Art. 4 des frz. Code civil: „Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi...“ Jedoch: „ce droit de suppléer à la loi, peut engendrer, s'il est manié hardiment, un certain jus corrigendi en ce sens qu'il peut être établi des jurisprudences contraires, sinon à la lettre formelle de la loi, du moins à son esprit primitif... Il naît de cette interprétation a posteriori, au profit de la jurisprudence, un certain pouvoir d'évolution dans l'interprétation de l'esprit de la loi qui s'est affirmé dans maintes occasions...“, vgl. *Hauriou*, Précis 5. Aufl. 1903, S. 17 Anm. 2.

²⁴ Précis 10. Aufl. 1921, S. 58.

²⁵ Dito, S. 58. — Hauriou's Vorliebe für das Gewohnheitsrecht ist fast so ausgeprägt wie in den Lehren der historischen Rechtsschule, ohne daß (natürlich) die Folgerungen dieser Rechtstheorie gezogen würden.

Als weiteres materielles Element kommt der traditionelle Begriff der Allgemeinheit in Betracht. Bei Hauriou und ähnlich fast in der gesamten französischen Rechtslehre kommt ihr eine mehrfache Bedeutung zu. Der Umstand, daß die Regelung eines Tatbestandes für eine Mehrheit in gleicher Weise gilt, bedingt die Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz. Da die Gesetzesregel aber gleichzeitig eine Mindestdauer an zeitlicher Geltung mit sich bringt, ist die Allgemeinheit auch ein konstituierendes Merkmal der Stabilität gesetzlicher Tatbestände. Endlich bedeutet Allgemeinheit des Gesetzes den Ausschluß der Möglichkeit, daß ein Gesetz individuelle konkrete Sachlagen betreffen könnte²⁶.

Zu diesen uns schon bekannten materiellen Merkmalen des Gesetzes tritt als letztes nunmehr jedoch ein ganz neues Element. Hauriou ist nämlich der Überzeugung, daß dem Gesetzesbegriff immer auch eine besondere „domaine de la loi“ entsprechen müsse.

Diese Vorstellung kann ihre Beeinflussung durch das deutsche „Rechtssatzdenken“ zur Zeit Labands und G. Jellineks nicht verbergen²⁷. Aber Hauriou hat nur Anregungen bezogen; die Geschichtsbezogenheit des deutschen Rechtssatzbegriffes ist ihm immer offenkundig geblieben. Das folgt schon daraus, daß der Begriff der „domaine de la loi“ nicht selbst in den Gesetzesbegriff aufgenommen worden ist. Insbesondere dient er nicht der Trennung des Rechtes vom „Nichtrecht“, sondern gibt allein das Unterscheidungsmerkmal für zwei verschiedene Rechtsschichten her. Die sogenannte „domaine de la loi“ ist somit lediglich korrespondierender Begriff, nicht aber Definitionsmerkmal des Gesetzes.

Die Begründung für die Hauriousche Gesetzesdomäne liegt daher darin, daß überhaupt zwischen Gesetz und anderen staatlichen Anord-

²⁶ Diese Sinnbedeutungen der Allgemeinheit des Gesetzes sind uns schon seit einiger Zeit bekannt. Sie entsprechen den Maximen des klassischen französischen Gesetzesbegriffs. Jedoch übernimmt Hauriou das Erfordernis der Allgemeinheit, wie schon vorher *Esmein* (vgl. oben 5. Kap. II.), wiederum nicht ohne weiteres. Wenn er einmal geäußert hat: „Ce qui est certain, c'est qu'il y a réellement dans la loi un penchant à l'abstraction, à la généralisation et à l'idéologie...“ (vgl. Précis, 10. Aufl. S. 59), so hat er damit — ähnlich wie *Montesquieu* (vgl. oben I. Kap. I. 1. und dort Anm. 11) — auf die Unzuträglichkeiten hinweisen wollen, die bei einer doktrinären Anwendung der Theorie von der „généralité de la loi“ entstehen können: das Gesetz „(doit être) retouchée et orientée dans un sens voulu qui est celui de la liberté, dont l'idéal s'impose au régime public de l'Etat.“ Vgl. Précis 11. Aufl. 1927, S. 59. Jedoch kann Hauriou — insoweit anders als *Montesquieu* — dennoch bei dem Erfordernis der Allgemeinheit für das Gesetz stehenbleiben, weil er mit seinen „jurisprudences coutumières“ helfen kann. Wie für *Esmein* ist nämlich bei Hauriou die „Allgemeinheit“ des Gesetzes erst der Garant für die bürgerlichen Freiheiten und nicht schon die Herkunft und damit Zielrichtung des Gesetzes, wie es *Rousseau* sich vorgestellt hatte, vgl. oben I. Kap. I. 2.

²⁷ Ebenso *Carré de Malberg*, Contribution Bd. I. S. 309; *Holstein*, aaO., S. 331; *Kopp*, aaO. Bd. I, S. 217.

nungen unterschieden wird: „La nature de la loi entraîne logiquement un certain domaine de la loi, parce que la loi devient (u. a. durch das Legalitätsprinzip) la garantie suprême des libertés²⁸.“ Ist das aber richtig: „est et doit être de la domaine de la loi toute condition nouvelle imposée à l'exercice d'une liberté et toute organisation de l'Etat importante pour la garantie d'une liberté.“ Schon in der ältesten Geschichte erkennt Hauriou Beweise für seine Vorstellung von dem Vorhandensein mehrerer Rechtsschichten. Er verweist auf das „ius honorarium“ der römischen Prätores, das er ihrem „Gesetzesrecht“ gegenüberstellt. In der Gegenwart sieht er die „gradation du droit“ vor allem in dem Gegensatz zwischen dem reinen Ordnungsrecht der Polizeibehörden und dem vom Gesetzgeber gesetzten Recht ausgeprägt²⁹, weil nur der Gesetzgeber in der Lage ist, die die Gesellschaft unter dem Freiheitsaspekt interessierenden Lebenssachverhalte einer endgültigen und gerechtmöglichsten Lösung entgegenzuführen (sogenannte „couches du fond du droit“)³⁰.

Die Befähigung des Gesetzgebers, zu den „couches du fond du droit“ vordringen zu können, liegt daran, daß er mit der sogenannten „pouvoir délibérant“ ausgestattet ist. Sie äußert sich, indem, wo immer sie ausgeübt wird, über einen bestimmten Gegenstand öffentlich, mehrheitlich und nach Diskussion abgestimmt werden muß³¹. Von besonderer Wichtigkeit ist, daß die jeweiligen Beratungen öffentlich vorgenommen werden. Auf diese Weise werden die jedermann angehenden Entscheidungen in der Öffentlichkeit bekannt, und jeder kann sich seine eigenen Gedanken über die zur Regelung anstehenden Sachverhalte machen. Die öffentliche Diskussion hat aber nicht nur die Funktion der Bekanntmachung und Offenlegung dessen, was früher verborgen gewesen ist.

²⁸ Précis 10. Aufl. 1921, S. 59; vgl. auch 5. Aufl. 1903, S. 20.

²⁹ Vgl. bes. *Révue de Métaphysique*, S. 194 ff. — Der Gedanke selbst war auch schon bei *Esmein* angeklungen, vgl. oben 5. Kap. III. a. A., und letztlich wird man sogar *Montesquieu* zitieren dürfen: „Les actions de la police sont promptes, ... Elle a plutôt des réglemens que des lois... Ainsi il ne faut pas confondre les grandes violations des lois avec les violations de la simple police; ces choses sont d'un ordre différent.“ Vgl. aaO., liv. XXVI, chap. 24 (Bd. III, S. 323, 324).

³⁰ Allerdings scheint Hauriou nicht immer der Meinung gewesen zu sein, daß sich die „couches du fond du droit“ auch jeweils mit dem pos. Gesetzesrecht genau decken müßten. In einer Anmerkung im *Recueil Sirey* (S. 1913. 3. 137) hat er die interessante Vorstellung entwickelt, daß es möglicherweise zwei wesensmäßig unterschiedliche Gesetzestypen gebe. Die einen nennt er „lois fondamentales“, die anderen bezeichnet er „lois ordinaires“, und diese letzteren „doivent être subordonnées aux lois fondamentales“, wenn sie von den ersteren in irgendeiner Weise abweichen. Ihnen fehlt also das Endgültige, die Dauer und die Abgewogenheit. Vgl. dazu auch Précis (8. Aufl.), S. 962. Es scheint, daß die Idee der Unterscheidung zwischen „Maßnahmegesetzen“ und „Rechtsgesetzen“ nicht weit ab von diesen Vorstellungen zu suchen ist.

³¹ Droit Const. I. Aufl., S. 524.

Dieses Verfahren ermöglicht es häufig, überhaupt erst festzustellen, was wesentlich ist. Die großen Prinzipien einer Gesetzgebung können so nacheinander erarbeitet werden: „Comme la délibération suppose la réflexion et l'esprit critique, comme elle est une forme de la discussion dont est censée jaillir la lumière, les décisions prises par le pouvoir délibérant sont considérées comme présentant des qualités de fond supérieures... elles sont présumées plus conformes à la nature des choses et la justice.“

Wieder ist es also letztlich das Institutionsdenken, welches die Befähigung besonders des Gesetzgebers hervorruft, bei der Gesetzgebung „leitend“ tätig zu werden. Das muß man berücksichtigen, wenn Hauriou bei der Beschreibung des Gesetzgebungsvorgangs besonders auf den Wert der Diskussion abhebt. Falsch wäre es nämlich, aus diesen Vorstellungen zu schließen, daß auch er letztlich bereit gewesen wäre, dem Gesetzgeber des Zeitalters des Parlamentarismus diejenige Position einzuräumen, die dieser sich noch zu Lebzeiten Haurious in der Verfassungswirklichkeit³² zuzuschreiben begann³³. Hauriou geht auch bei der Einordnung des Gesetzgebers unter die „pouvoir délibérant“ von dessen allseitiger Bindung aus. In diesem Sinne fordert er nicht nur eine „superlégalité constitutionnelle“³⁴, sondern er vertritt einen freiheitlichen³⁵ Gesetzesbegriff, der berücksichtigt, daß u. U. sogar ein Schutz vor dem Gesetzgeber in Betracht kommt.

III. Der Verordnungsbegriff

Bei seinem Verordnungsbegriff unterscheidet Hauriou wie bei dem Gesetz zwischen einer formellen und einer materiellen Seite: „Le règlement“, so sagt Hauriou, „peut être définie une manifestation de volonté sous forme de règle générale, émise par une autorité ayant le pouvoir réglementaire, qui tend à l'organisation et à la police de l'Etat dans un esprit à la fois constructif et autoritaire“³⁶.

³² Zur Veränderung der Gewaltenbalance in der Verfassungswirklichkeit vgl. oben 3. Kap. II.

³³ Hauriou spricht noch immer nur vom „prestige de la loi“, vgl. Précis (5. Aufl. 1903), S. 36. Der Exekutive erkennt er volle Autonomie zu: „Le pouvoir exécutif assure l'exécution des lois, mais il les dépasse par ces règlements et par ces organisations...; il a de l'autonomie (aaO., S. 184 Anm. 1).“

³⁴ Damit verlangt Hauriou eine Überprüfung des Gesetzes an der Verfassung. Bei der ideologischen Vergangenheit des französischen Gesetzesbegriffes ist das ein ganz ungewöhnliches, fast herausforderndes Verlangen! Vgl. dazu Droit Const. I. Aufl., S. 267. Eine Art von Normenkontrolle wurde erstmalig durch die Verfassung der 5. frz. Republik eingeführt, vgl. unten 17. Kap. II. 5.

³⁵ Ebenso Piot, aaO., S. 114, 118; Masnata, aaO., S. 34.

³⁶ Précis 10. Aufl. 1921, S. 60.

1. Die formelle Seite

In formeller Hinsicht ist es also zunächst das Organ, das die allgemeine Entscheidung entweder zum Gesetz oder zur Verordnung macht: Handelt es sich bei dem erlassenden Organ um eine Verwaltungsbehörde, ist die allgemeine Anordnung Verordnung.

Aus der Stellung des Ordnungsgebers als Verwaltungsbehörde folgt aber ein weiteres: Es ist zu beachten, daß die Exekutive keine „pouvoir délibérant“ besitzt. Diese ist allein der Legislative vorbehalten, weil die Akte der Verwaltung und damit auch die Verordnung „büro-mäßig“ zustande kommen. Fehlt aber die Legitimationsquelle einer „adhésion de tous à un fait social“, muß für die ordnunggebende Gewalt, bzw. die Exekutive überhaupt, ein eigener, besonderer „Berechtigungsnachweis“ gesucht werden.

Hauriou greift hier — wie *Esmein*³⁷ — auf den Begriff des „imperium“ zurück und leitet aus ihm die Befugnis der Verwaltung ab, daß die Verwaltung nicht nur die Geltungskraft ihrer Anordnungen aus eigenem Recht bestimmen, sondern darüber hinaus auch erzwingen kann³⁸. Es wird also nicht mehr der Begriff der „exécution de la loi“ zur Funktionenbestimmung herangezogen, vielmehr verdrängt ihn Hauriou durch den Begriff der „autorité“. Das bedarf jetzt näherer Untersuchungen.

Für einen frühen Verfechter der Vorstellung, daß sich die Verwaltung im modernen Staat nicht auf eine Ausführungsfunktion beschränken lasse, zitiert Hauriou mit Recht *Montesquieu*. Zwar muß er einräumen, daß Theorie und Staatspraxis in den Jahren nach der großen Revolution von 1789 häufig genug versucht haben, die gesamte Verwaltung auf bloße Gesetzesausführung festzulegen. Aber Hauriou hält diese Versuche letztlich für gescheitert.

Einer rechtsvergleichenden Betrachtung des Ordnungsproblems in den meisten westlichen Staaten Europas entnimmt er die Erkenntnis, daß die Verordnungstätigkeit als Teil der Exekutive überall an Gelände gewonnen hat. Vor allem hinsichtlich des Teiles der Verwaltung, der die Regierung ausmacht, läßt sich s. E. der Standpunkt, daß eine bloße Ausführungsfunktion wahrgenommen werde, nicht halten: „Les matières gouvernementales, essentiellement nouvelles parce que surgissant sous le coup des événements et toujours urgentes parce qu'intéressant toujours l'unité et le salut de l'Etat, ne peuvent pas attendre, pour être solutionnées, qu'on ait pris le temps de délibérer“

³⁷ Vgl. oben 5. Kap. III.

³⁸ Vgl. z. B. Précis 5. Aufl. 1903, S. 22.

des lois. Le fonctionnement politique de l'Etat se présente comme un gouvernement par la décision exécutive rapide qui, après coup, peut être soumise au redressement de la loi, mais qui, en attendant, vaut par elle-même³⁹."

So sehr man diesen Ausführungen Hauriours zur Notwendigkeit eines spontanen Zugriffsrechts für Verwaltung und Regierung zustimmen kann, so sehr muß freilich überraschen, daß für diese Erscheinungen keine rechtlichen Kategorien bereitgehalten werden. Hauriou hält das Problem allein für eine Frage der politischen Sphäre⁴⁰. Er untersucht in keiner Weise, ob sich aus einer andauernden politischen Übung Veränderungen in der Organisation und Funktion der Staatsgewalten ergeben haben könnten⁴¹. Das muß bei einem Autor besonders überraschen, dessen Methode die Vorgänge der Gesellschaft und alle sonstigen Fakten und Strömungen genau beobachten und damit zu einer Quelle der Organisation des Rechtes machen will.

Der Schlüssel zu dieser Unterschätzung einer heraufkommenden Entwicklung dürfte indessen in dem von Hauriou vertretenen Rechtsbegriff zu finden sein, soweit er darunter die „couches du fond du droit“ versteht. Wie seine Zeitgenossen war er im Grunde noch daran gewöhnt, nur das als Recht anzuerkennen, was dauerhaft war und sich in langer Entwicklung als ein tragendes Prinzip herausgebildet hatte. Demgegenüber erschienen die neuen Formen des Rechtes, die von schnell und häufig wechselnden Erscheinungen hervorgerufen worden waren, wie Fremdkörper, die noch kein Anrecht auf Einreihung in das eigentliche Normengebäude hatten. Bot es sich aus dieser Sicht nicht geradezu an, das Problem in den Bereich des Politischen, des Wandelbaren, des noch nicht Abgeschlossenen zu verlegen?

Immerhin dürfte Hauriou einer der ersten in Frankreich gewesen sein, der sich um die Deutung dieser neuen Fragen bemüht hat. Es scheint nicht ausgeschlossen, daß ihm dabei die Kenntnis der theoretischen Möglichkeit einer unabhängigen Exekutive am deutschen Beispiel behilflich gewesen ist.

Wie dem auch sei, in jedem Falle ist für Hauriou die Verordnung ganz ohne Zweifel etwas grundsätzlich vom Gesetz Verschiedenes. Keinesfalls kann die verordnunggebende Gewalt als aus legislativer Delegation oder zumindest der „gleichen Masse“ entstanden angesehen

³⁹ Droit Const. 1. Aufl., S. 445. — Die Hervorhebungen stammen vom Verfasser. Die verwendeten Vokabeln erinnern in ihrer Bedeutung an den Begriffsapparat, mit dem heute das sog. Maßnahmegesetz gekennzeichnet wird.

⁴⁰ Droit Const. 1. Aufl., S. 443, 445; 2. Aufl., S. 383.

⁴¹ Das bemängelt auch *Burdeau*, *Remarques*, S. 212 (Fußn. v. S. 211). Zu Einzelheiten vgl. oben 3. Kap. II.

werden. Die Verordnungsgebung ist spontan und außerdem historisch älter als die gesetzgebende Gewalt.

2. Die materielle Seite

Zur materiellen Seite der Verordnung sind drei Bemerkungen zu machen: Sie ist allgemein, sie ist die Manifestation eines konstruktiven Willens auf einem bestimmten Gebiet (nämlich den sogenannten „matières réglementaires“), und außerdem hat sie ein mehr obrigkeitliches Wesen:

Über die Allgemeinheit der Verordnung ist nichts Entscheidendes zu sagen. Sie liegt in der Natur der Sache und ist als Unterscheidungsmerkmal zu den übrigen Akten der Verwaltung notwendig.

Bei dem Begriff der Verordnungsmaterie handelt es sich dagegen um das Problem der Verordnungstheorie schlechthin. Wie sich bei der Behandlung der „domaine législative“ bereits abzeichnete, tritt in der „domaine réglementaire“ die zweite „couche de droit“ zutage. Sie beinhaltet all dasjenige Recht, das ständigen Änderungen unterliegt, das in Ausführung aber auch zur Vorbereitung der grundlegenden, auf Dauer angelegten Rechtserkenntnisse ergeht. Hier handelt es sich also um das Recht des Alltags, sozusagen um Recht zweiten Ranges, denn ihm fehlt der „consensus“ der Nation. Seine Ausarbeitung geschieht nicht öffentlich. Demzufolge ist es möglich, diese Regeln von der „couche du fond du droit“ aus anzugreifen, denn sie sind nicht immer und notwendig gerecht⁴². Da sie aber gleichwohl zweckmäßig sind, muß diesem Regelrecht zweiter Ordnung wenigstens vorläufiger Gehorsam erbracht werden. Erst in einem späteren Stadium wird das vorläufige Recht durch Gesetz (oder u. U. den Richter) den Erfordernissen des grundsätzlichen Rechtes angepaßt.

Die Frage ist angebracht, inwieweit diese Aufteilung in zwei Rechtsschichten mit dem deutschen historischen Rechtssatz-(Vorbehalts-)Begriff in Verbindung gebracht werden kann. Da eine Zerteilung in Recht und Nichtrecht nicht beabsichtigt ist, steht diese Komponente des historischen Rechtssatzbegriffes nicht zur Diskussion. Es bleibt zu prüfen, ob mit Hauriours beiden Begriffen eine klare Scheidung zwischen Gesetzesrecht und Verordnungsrecht in der Art der Errichtung fester Gebiete für Gesetz und Verordnung erreicht werden kann.

Kopp⁴³ vertritt die Ansicht, daß dies nicht möglich sei, weil die „domaine de la loi“ auch bei Hauriou in jeder Hinsicht nur einen Minimal-

⁴² Der Verordnung fehlt der „esprit de liberté“! Vgl. *Précis* 10. Aufl. 1921, S. 58 und dort die Anm. 1, sowie S. 66, 67.

⁴³ aaO., S. 218.

raum darstelle. Dieser Ansicht ist grundsätzlich zuzustimmen. Gleichwohl ist eine gewisse Ausschließlichkeit zwischen Gesetz und Verordnung vorhanden. Nach Hauriou ist das Gesetz nicht in der Lage, Augensichtssituationen zu regeln und kann die Verordnung keine Dauerregeln treffen. Von hier aus ist ein Übergriff des einen Aktes in den Funktionsbereich des anderen wenigstens theoretisch⁴⁴ nicht denkbar. Gerade das aber ist der Sinn der Hauriouschen Rechtsschichten: Zwar besteht auf lange Sicht keine Ausschließlichkeit in der Betätigung des Ordnungsgebers angesichts der ständigen Zugriffsmöglichkeit des Gesetzgebers, wohl aber eine Ausschließlichkeit der beiden Rechtsschichten⁴⁵. Zwischen ihnen kann es Fluktuationen geben, aber keine Identifikationen, denn auch bei Hauriou wird der Gesetzgeber letzten Endes alles Recht an sich ziehen, nachdem es ggf. vom Ordnungsgeber vorbereitend geregelt worden ist.

Aus diesen Feststellungen ergibt sich zugleich das letzte materielle Element in Haurious Verordnungsbegriff: In Anbetracht der Vorläufigkeit der Rechtsetzung durch die Verwaltungsbehörden fehlt der Verordnung die Orientierung am „esprit de liberté“⁴⁶. Die oben unter III. 1. behandelte Legitimation des Verwaltungshandeln durch das „imperium“ bewirkt hier, daß der Rechtsidee, die vom Gesetzesrecht durchzusetzen ist, (noch) nicht genügt werden kann: Auf eine Eigenart des Verfahrens, die Begründung der Geltungskraft der Verordnung, folgt als Konsequenz die inhaltliche Verschiedenheit zwischen Gesetz und Verordnung, wodurch wir zugleich die interessante Erscheinung erleben, daß in *einem* rechtlichen System eine mehr positivistisch-voluntaristische Rechtsauffassung zusammen mit der Vorstellung von einem idealen, vorgegebenen Recht Platz haben kann⁴⁷.

⁴⁴ In der Praxis hat allerdings auch in Frankreich das Gesetz häufig genug seinen Dauercharakter aufgegeben. So konnte auch das Gesetz in die „Niederungen“ des Zufälligen, Zweckmäßigen und Veränderlichen hinabsteigen. Gerade das hat Hauriou mit seiner Theorie der unterschiedlichen Rechtsschichten wohl verhindern wollen.

⁴⁵ Auch *Waline* spricht von einer „opposition“ der Rechtsschichten, vgl. *Les idées maîtresses in L'année politique 1930*, S. 52/53. Ebenso *Piot*, aaO., S. 123. Zur weiteren Entwicklung dieser Rechtsschichtenlehre, die in die Theorie von den sog. „matières réglementaires“ eingehen wird, vgl. unten 10. Kap. II. und 15. Kap. III. 2. u. 3.

Die Vorstellung von einem Recht, das sich einmal mehr an der Rechtsidee orientiert, das andere Mal das bloß Zweckmäßige verfolgt, wird in Deutschland neuerdings vorwiegend unter dem Gesichtspunkt des Maßnahmegesetzes diskutiert. Hier hat aber Herbert *Krüger* im Anschluß an *Smend* (Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festgabe für R. Smend 1952 S. 226 ff., bes. S. 229/230) auch die Verbindung zur sog. Verwaltungsverordnung der klassischen deutschen Staatslehre gesucht, bei der er den Ansatzpunkt für die Regelung des bloß Zweckmäßigen durch staatliche Anordnungen erkennt.

⁴⁶ Vgl. vorstehend Anm. 42.

⁴⁷ Darauf verweist auch *Piot*, aaO., S. 117.

3. Das Verhältnis zwischen Gesetz und Verordnung. Die einzelnen Verordnungsarten

Doch untersuchen wir das Verhältnis zwischen Gesetz und Verordnung nochmals genauer. Zwar ist im Vorabschnitt bereits das Wesen der verordnungsgebenden Gewalt behandelt worden. Doch darf man für den nunmehr interessierenden Zusammenhang nicht übersehen, daß diese Ausführungen bedingt durch die Methode Haurious, abgeleitete Begriffe mehr deduktiv als induktiv zu entwickeln, und entsprechend der Vorstellung dieses Autors, die materielle Seite der Verordnung unter eindringlicher Berücksichtigung der Rechtsschichtenlehre zu diskutieren, in besonderer Verbindung zur Organisation der Gewaltengliederung geschehen mußten. Das Sonderverhältnis zwischen Gesetz und Verordnung betrifft diese Probleme jedoch nur mittelbar.

Diesen Umstand muß natürlich auch Hauriou berücksichtigen. Freilich scheint es, daß er ihn mehr als nötig überbewertet. Hatte er noch bei der Erörterung des Wesens der Verordnungsgewalt als einer der Äußerungsformen der Exekutive immer wieder die Eigenständigkeit dieser Staatsfunktion herausgestellt, so diskutiert er das Verhältnis zwischen Gesetz und Verordnung fast gänzlich losgelöst von der Staatsfunktionenteilung und sieht die „hiérarchie des normes“ ausschließlich unter dem (herkömmlichen) Blickwinkel der Zentralisation des staatlichen Rechts durch das Gesetz und hält darum daran fest, daß jede Verordnung der Illegalität anheimfalle, die das Gesetz verletze⁴⁸.

Hatte Hauriou aber nicht auch gesagt, daß die Exekutive vorbereitendes Recht setzen könne? Und bedeutete das nicht zugleich, daß die Verordnung auch einmal „contra legem“ ergehen könne, eben um die eingetretenen Veränderungen vorbereitend in die Rechtsordnung aufzunehmen? Muß man deswegen nicht eine deutliche Lockerung des Verhältnisses zwischen Gesetz und Verordnung erwarten?

Sicherlich kann man dazu sagen, daß die Eröffnung dieser Möglichkeit zuerst eine Frage der Organisation der staatlichen Rechtsetzung ist. Wenn aber ein allgemeines System, wie das von Hauriou entworfene, eine solche Fragestellung überhaupt zuläßt, würde man erwarten, daß auf diese Problematik auch eingegangen wird.

Nichts von alledem unternimmt Hauriou. Er geht davon aus, daß in einem Gesetzesstaat die „leitenden“ Normen eben in öffentlicher Diskussion, also vom Gesetzgeber, festgestellt werden und daß die Bürger sich in einem Akt der Selbstverpflichtung dem Gesetzesgehorsam unterwerfen. Da allerdings in einem Gesetzgebungsstaat diese Selbstverpflich-

⁴⁸ *Précis* 10. Aufl. 1921, S. 68.

tung der Bürger immer schwieriger wird, weil niemand mehr der Ausarbeitung und dem Erlaß eines jeden Gesetzes folgen kann, werden „Hilfen“ gegeben, und diese Hilfen obliegen nicht zuletzt dem Verordnungsgeber. Er unterstützt also den Bürger bei der Gesetzeserkenntnis.

Eine solche Aufgabe mißt Hauriou als erstes der Einrichtung von sogenannten „services publics“ bei, die in Frankreich zu seiner Zeit bereits ganz allgemein unter Verordnungsrecht standen. Als Beispiele dienen diejenigen „services publics“, die zur Ausführung eines Gesetzes geschaffen worden sind. Durchaus herkömmlich ist wieder die Betrachtungsweise: Nicht der „service public“ ist der Endzweck, auf den es ankommt, sondern das zugrunde liegende Gesetz: „Il est voté des lois qui ouvrent aux citoyens certains modes d'activités ou qui créent certaines institutions de prévoyance ou seulement certaines institutions de progrès agricole ou autres, mais on redoute... que les citoyens ne se hâtent pas de profiter de ces créations... Alors, l'administration prête ses bons offices et organise un service destiné à faciliter l'usage de la loi en se chargeant de certaines opérations“⁴⁹.

Ein ähnliches Ziel harret der Verordnung nach Hauriou auch in den Fällen, in denen ein Gesetz lange Zeit nicht mehr angewandt worden ist. Da nach französischer Auffassung die Erledigung eines Gesetzes durch Nichtanwendung kaum in Betracht kommt, erhält die Verordnung die Möglichkeit, ein derartiges in Vergessenheit geratenes Gesetz jederzeit wieder in Erinnerung zu rufen und seine zeitliche Geltung anzuordnen. Solche Verordnungen fügen u. U. dem Gesetz nichts hinzu, sondern wiederholen nur seine Anordnungen.

Eine dritte Gruppe von Verordnungen schöpft ihre Existenzberechtigung schließlich aus der sattsam bekannten Vorstellung, daß das Gesetz häufig zu abstrakt und zu allgemein ist, dessen große Linien interpretiert und komplettiert werden müssen. Als Vergleich zieht Hauriou die früher übliche Glossierung der römischen Digestentexte heran. Dieses Verfahren erkennt er in den modernen Durchführungs- und Ausführungsverordnungen (règlements d'administration publique) fortgeführt. Die Verordnungen werden dadurch gekennzeichnet, „qu'au lieu de statuer seul et de sa propre initiative, dans la mesure de ses propres pouvoirs de police ou d'organisation, le chef de l'Etat statue, sur la réquisition du législateur et dans la mesure de cette réquisition, et entre ainsi dans une opération à procédure qui entraîne participation du législateur“⁵⁰.

Die Möglichkeiten, die in der Initiativgewalt der Exekutive liegen und die Hauriou bei der grundsätzlichen Erörterung des Problems eines

doppelschichtigen Rechtes aufgezeigt hatte, bleiben damit für die Verordnungsgewalt gänzlich ungenutzt. Sie gehen im Begriff der „pouvoir de police“ unter. Was breit erörtert wird, sind nur die uns schon geläufigen Spielarten der Ausführungsverordnung. Haurious groß angelegte Revision der herkömmlichen Unterscheidung zwischen Gesetzgebung und Exekutive hat sich in diesem Zusammenhang daher fast gar nicht ausgezahlt.

IV. Kritik

Das ist in der Tat der generelle Vorwurf, den man den Lehren Haurious machen kann. In ihren Grundlagen sind sie ungemein großzügig angelegt und scheinen der Rechtswirklichkeit sehr nahezu kommen. Aber die Rückführung des groß angelegten Systems auf die praktisch interessierenden Fragen bei Gesetz und Verordnung scheinen ein wenig stiefmütterlich durchgeführt zu sein⁵¹. Hier fließen doch wieder überkommene Schablonen ein, die auf ihre weitere Verwendbarkeit geprüft werden sollten. Dennoch sollte man deswegen nicht zu dem Ergebnis kommen, daß Hauriou im Grunde noch Vertreter einer zu Ende gehenden Epoche gewesen ist⁵². Hauriou ist sehr wohl bereits ein Autor neuzeitlichen Rechtsdenkens. Die Unproportionalität seiner Grundlagen zu seinen Ergebnissen für die tägliche Praxis scheint bis zu einem gewissen Maße in der Unlust des Autors seinen Grund zu finden, den aufgefundenen Prinzipien bis in alle Verästelungen nachzugehen.

Wie dem jedoch sei, die wesentlichen Errungenschaften in Haurious System sind die folgenden:

1. Die Begründung einer grundsätzlich eigenständigen „pouvoir exécutif“;
2. der Versuch, den beiden wichtigsten staatlichen Gewalten, nämlich der Exekutive und der Legislative unter Ablösung der überkommenen Lehre von der „exécution“ mit Hilfe der Theorie der unterschiedlichen Rechtsschichten neue Funktionen zuzuweisen.

Damit ist ein weiterer wichtiger Schritt auf dem Wege zur „Emanzipation“ der Verordnung gemacht worden. Noch immer ist zwar die Verordnung in ihrer Bestandskraft dem Gesetz unterlegen, weil sie gleich-

⁵¹ Diesen Vorwurf erhebt auch *de la Bigne de Villeneuve*, aaO., S. 67, wenn er von den „idées simples et profondes que l'on rencontre souvent chez (cet auteur)“ spricht, „mais dont il ne tire que rarement tout le parti qu'elles comportent.“

⁵² Zu dieser Beurteilung scheint *Gurvitch*, aaO., S. 194 zu neigen.

⁴⁹ Précis 10. Aufl. 1921, S. 72, 73.

⁵⁰ Précis 10. Aufl. 1921, S. 76.

sam wie das zivilistische Possessorium der Ablösung durch das Petitorium harrt. Abgesehen davon ist die Verordnung aber dem Gesetz ebenbürtig. Unter der Herrschaft des Begriffes der „exécution“ wäre diese Vorstellung unmöglich gewesen. Das Detail kann gegenüber dem Prinzip keine selbständige Bedeutung gewinnen.

9. Kapitel

Gaston Jèze*

Jèze ist während eines bedeutenden Zeitraumes seines Lebens Zeitgenosse von *Duguit* gewesen. Wie manch einer hat er daher dem überragenden Einfluß dieses Geistes nicht ganz widerstehen können. Ein bedeutsamer Unterschied ist aber gleichwohl vorhanden: Jèze trennt das positive, d. h. das gegenwärtig, textlich geltende Recht von einem sogenannten idealen Recht. Seine Grundhaltung ist demgemäß mehr positivistisch-voluntaristisch bestimmt.

Allerdings ist auch dieser Positivismus wieder von einer besonderen Art. Das liegt daran, daß Jèze die Methode *Duguits* übernommen hat, soweit es um die Begründung des positiv geltenden Rechtes geht, zugleich aber die Inhalte der *Duguitschen* Lehren zur Begründung seines „droit idéal“ verwendet. Durch diese Trennung hat er dem Umstand Rechnung tragen wollen, daß bei dem genannten Autor eine Antinomie zwischen der verwendeten Methode, die zum Positivismus drängen mußte, und den erzielten Ergebnissen bestanden hat, die den offenkundigsten Nichtpositivismus zum Vorschein brachten.

Doch sehen wir selbst, ob und inwieweit dieser Neuansatz gelungen ist.

I. Der Rechtsbegriff

Typisch für den Gegensatz zwischen *Duguit* und Jèze ist der Inhalt eines Streitgespräches, das von beiden Professoren 1928 anläßlich der Tagung eines internationalen Instituts geführt worden ist¹: Jèze hatte auf diesem Kongreß behauptet, daß die soziale und öffentliche Ordnung in einem gegebenen Lande zu einer gegebenen Zeit jeweils willkürlich von den Regierenden bestimmt werde. Dem hatte *Duguit* die uns bereits bekannte Behauptung entgegengesetzt, daß die Regierenden genauso wie die Regierten vorgegebenen Regeln unterworfen seien, die deswegen immer nur in der „Reproduktion“ festgestellt werden könn-

* 1869—1953.

¹ Bezüglich des im folgenden wiedergegebenen Inhaltes vgl. Jèze in *Archives* 1932, S. 142/143.

ten. Als Jèze daraufhin eine Konkretisierung dessen verlangte, was nun jeweils als positives Recht deklariert werden könne, beendete *Duguit* die Diskussion schließlich mit dem Bemerkten, daß das Studium des Rechtes eines kultivierten Geistes unwürdig sei, wenn man sich auf die Erforschung und Auslegung der bloßen Textstellen ohne Berücksichtigung überpositiver Maßstäbe beschränke. Dem entgegenzutreten ist Jèze im Verlaufe seiner Lehrtätigkeit nicht müde geworden.

Schon in der RDP von 1914 heißt es: „Le droit d'un pays est l'ensemble des règles — qu'on les juges bonnes ou mauvaises, utiles ou néfastes — qui, à un moment donné, dans un pays donné, sont effectivement appliquées par les praticiens et par les tribunaux.“² Erst später wird die auf die „sentiments de la solidarité sociale et de la justice“ begründete „règle de droit“ übernommen und zwischen einem „droit positif“ und einem „droit idéal“ unterschieden³: Aber das positive Recht ist nach wie vor das Recht, das von den Gerichten in ständiger Rechtsprechung und von den Verwaltungsbehörden in der täglichen Praxis angewendet werden muß. Auf eine Übereinstimmung dieses Rechtes mit den Vorstellungen der Individuen von Solidarität und Gerechtigkeit kommt es daher erst in zweiter Linie an, und ein Verstoß des positiven Rechts gegen das ideale Recht führt nicht etwa zu einer Unwirksamkeit des positiven Rechtes. Das positive Recht ist die Willensäußerung der Regierenden und muß auf jeden Fall befolgt werden! Das ideale Recht gilt dagegen nur im allgemeinen Rechtsempfinden.

Ideales und positives Recht scheinen damit säuberlich getrennt. Dem entspricht es, wenn Jèze es als die vordringliche Aufgabe des Juristen ansieht, jeweils festzustellen, welches die z. Z. in Kraft befindlichen Regeln des positiven Rechts sind. Allerdings hat der Jurist auch die Aufgabe zu überlegen, ob die von ihm als gültig erkannten Regeln mit den Anforderungen der gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Bedürfnisse harmonieren. Er muß m. a. W. das geltende Recht mit dem idealen Recht vergleichen. Damit erschöpft sich aber i. d. R. die Arbeit des Juristen. Er ist durch das geltende Recht gebunden, „même s'il estime que le droit positif est contraire au droit idéal“⁴. Natürlich kann er den Gesetzgeber zu einer Änderung seiner Gesetzgebung veranlassen, und etwas freier ist er als Richter und Verwaltungsjurist gestellt, wenn eine Auslegung der Textstelle in Richtung auf das ideale Recht möglich erscheint.

Gleichwohl ist die Beschränkung der Einwirkungsmöglichkeiten des Juristen nicht weiter folgenreich: Der Gesetzgeber wird nämlich immer

² Bd. I, S. 312 u. Archives 1932, S. 141.

³ Principes, S. 33 ff.

⁴ Principes, S. 36.

selbst bemüht sein, das jeweils geltende Recht dem idealen Recht anzupassen. So gesehen ist das positive Recht in gewisser Weise überholtes und deswegen leider immer mehr oder weniger verfälschtes ideales Recht⁵. Zwischen beiden Kategorien besteht eine Wechselwirkung, insofern nämlich, als sich das positive Recht in permanenter Entwicklung auf ein ideales Recht hin befindet.

Aus diesem Grund gibt Jèze ein gutes Beispiel für einen Rechtspositivisten ab, der die Wertbeziehungen eines gegebenen positiven Rechts nicht unbedingt vernachlässigen will. In Einzelfällen kann das ideale Recht sogar unmittelbar gelten. Denn immer ist der Gesetzgeber verpflichtet, sich an einem überpositiven Recht zu orientieren, womit übrigens in höchst interessanter Weise an den bereits dargelegten⁶ zweifachen, eigentümlich widerspruchsvollen Ursprung des traditionell an der „volonté générale“ orientierten Denkens angeknüpft wird: Man will sich an einem (idealen) Recht ausrichten, hat aber erkannt, daß bei der Rechtsfindung immer nur Willensakte hervorgebracht werden können und trennt daher ideales von positivem Recht. Darauf ist so gleich nochmals zurückzukommen, wenn nunmehr der von Jèze vertretene Gesetzesbegriff behandelt wird.

II. Gesetz und Verordnung

Sowohl das Gesetz wie auch die Verordnung sind übereinstimmend eine „situation juridique générale, impersonnelle et objective“. Beide enthalten sie eine „règle de droit“, des positiven Rechtes allerdings⁷.

Daß Gesetz und Verordnung ähnlich wie bei *Duguit* definiert werden, muß an sich zunächst überraschen, ist bei näherem Hinsehen so erstaunlich aber wiederum nicht. Ergab sich für *Duguit* die Allgemeinheit des Gesetzes (von der historischen Begründung abgesehen) aus der Rückführung des Gesetzes auf die überpositive „règle de droit“, die per definitionem allgemein war, so möchte man erwarten, daß Jèze entweder eine eigene Begründung für die Allgemeinheit des materiellen Gesetzes bringt, da seine „règle de droit“ nur eine positiv-rechtliche „règle de droit“ sein kann, oder aber daß er konsequenterweise auf dieses Erfordernis verzichtet. Jedoch unternimmt Jèze nichts in dieser Richtung. Er weicht vielmehr zur Begründung des Allgemeinheits-erfordernisses auf ein unterstelltes Schema der Gewaltenverteilung zurück⁸.

⁵ So auch Piot, aaO., S. 26.

⁶ Vgl. oben I. Kap. I. 2.; II. 2.; III. und 2. Kap. I, a. E.

⁷ Principes, S. 28.

⁸ Das geschieht ausdrücklich in Principes, S. 180 ff.

In sich gesehen ist dieses Prinzip aber nicht mehr als ein abgeleitetes Ordnungssystem gewesen. Im bislang verstandenen Sinne setzte es die Einteilung „allgemein — individuell“ voraus, nicht begründete es diese Begriffsmerkmale erst! So bleibt denn der Schluß möglich, daß Jèze bei den zahlreichen Entlehnungen aus *Duguits* System auch die Begründung für das Erfordernis der Allgemeinheit beim materiellen Gesetz übernommen hat. Ist das aber richtig, wird deutlich, daß der Rechtspositivismus dieses Autors wiederum „une sorte de droit positif manqué“⁹ ist. Das positive Recht befindet sich nicht nur in konstanter Entwicklung auf das ideale Recht hin, sondern es hat bereits ein wichtiges, das überpositive Recht neben anderen Erfordernissen konstituierendes Merkmal, und zwar das der Allgemeinheit, mit diesem gemeinsam! Die Möglichkeiten eines mehr positivistischen Gesetzesbegriffs, nämlich z. B. auch Einzelfallgesetze für zulässig zu erklären, sind damit im Keime erstickt.

Die Beurteilung der Qualität, des Wesens des Gesetzes entspricht dieser eigenartigen Vermengung von Anschauungen, die teils auf einen positivistischen, teils auf einen apriorischen Gesetzesbegriff hinweisen. Denn einerseits ist für Jèze das Gesetz „expression de la volonté des gouvernants ou plutôt de la majorité des députés et sénateurs qui ont voté la loi“¹⁰, andererseits wird aber zugleich auf das Gesetz als die noch immer beste Garantie vor Willkür und Tyrannei der Regierenden verwiesen. Diese Ansicht greift die traditionelle Vorstellung auf, daß wegen des besonderen Gesetzgebungsverfahrens und der öffentlichen Diskussion das Gesetz niemals Herrschaft bedeuten könne, sondern eben immer bloß Feststellung dessen, was schon aus sich heraus gelten muß. Von hier aus wird sogar eine Stärkung des vielerlei Angriffen ausgesetzten Gesetzesbegriffes erwartet¹¹. Das bedeutet allerdings einen deutlichen Unterschied zu Duguit, der das Gesetz nur mehr als Dokument ansehen wollte¹².

⁹ Diese Beurteilung stammt von *Capitant*, zitiert bei *Piot*, aaO., S. 27 Anm. 2.

¹⁰ So in RDP 1927, S. 173 und *Principes*, S. 351, 352.

¹¹ Vgl. RDP 1927, S. 175. Das alles erscheint etwas widersprüchlich. Jèze verbindet Vorstellungen, die das Gesetz als die Feststellung überpositiver Rechtsregeln kennzeichnen, ihm also selbst den Status einer überpositiven Rechtsregel geben, mit modernen voluntaristischen Anschauungen. Für eines von beiden wird man sich aber entscheiden müssen. Vor allem sollte man konsequenterweise zugeben, daß ein positivistisch-voluntaristischer Gesetzesbegriff den Begriff der Herrschaft umfaßt. Eine prononcierte Gegenüberstellung von Gesetzgebung und Exekutive allein aus diesem Grunde ist dann aber nicht länger gerechtfertigt.

Der jüngste Versuch, den Positivismus und Voluntarismus mit idealistischen Vorstellungen vom Recht zu versöhnen, ist von *Burdeau* unternommen worden, vgl. unten 14. Kap. I. Denkwürdig scheint das aber zu einem doppelten Rechtsbegriff zu führen.

¹² Vgl. oben 7. Kap. II., a. E. (Anm. 43).

Bei einem derartigen Gesetzesbegriff, der überkommenen Vorstellungen verfangener ist, als es auf den ersten Blick aussieht, gibt es für den Verordnungsbegriff keine Besonderheiten. Darüber können auch Zitate nicht hinwegtäuschen, die besagen, daß „la même règle générale, si elle est formulée par une autre autorité, est un règlement“¹³, oder „en principe, le régime juridique est le même pour la loi et le règlement“¹⁴. Denn natürlich ist Jèze Positivist genug, um nicht daran zu zweifeln, daß es in der parlamentarischen Demokratie der Gesetzgeber ist, der sich nicht nur allseitig um die Leitung der Gesellschaft bemüht, sondern auch dafür gesorgt hat, daß seine allgemeinen Anordnungen nicht ohne Folgen (Rechtskontrolle der Akte der Verwaltung einschließlich der Verordnung) übergangen werden können. Darum ist das Abhängigkeitsverhältnis der Verordnung vom Gesetz das gegebene und eine umgekehrte „hiérarchie des normes“ nur theoretisch denkbar. Das gleiche gilt für eine Kontrolle des gesetzgeberischen Ermessens. Sie ist vorstellbar, aber nicht einmal wünschenswert.

III. Kritik

Trotz der Reverenzen, die Jèze den Vorstellungen von der Dominanz des Gesetzesbegriffs zollt, wird man aber niederschreiben können, daß auch Jèze seinen Beitrag zur „Emanzipation“ des Verordnungsbegriffs geleistet hat und daß er letztlich auch an der weiteren Entleerung des Gesetzesbegriffes mitgearbeitet hat: Durch die ausdrückliche Herauslösung der „règle du droit idéal“ aus dem Gesetzesbegriff hat er sogar den Verlust der ursprünglichen Legitimationsquelle für das Gesetz besonders sichtbar gemacht. Nirgendwo später wird wieder so deutlich werden, worin der Unterschied zwischen der überkommenen und der modernen französischen Vorstellung von der Bestandskraft des Gesetzes eigentlich liegt. Jèze hat es durch seine Auseinandersetzung mit der „règle de droit“ *Duguits* gezeigt. Entweder legitimiert man die besonderen Wirkungen des Gesetzes, nämlich an einem vorgegebenen objektiven Wert, oder man muß die Bestandskraft des Gesetzes aus den Fähigkeiten des für die Gesetzgebung zuständigen Organs ableiten. Jèze hat sich offensichtlich für den zweiten Weg entschieden.

So werden wir auch im folgenden sehen, daß sich der Streit der Lehre jetzt immer konzentrierter an diesem Kardinalproblem entzünden wird: Die sogenannten „objectivistes“, die allerdings so objektiv auch wieder nicht sind, müssen sich mit den Positivisten und Voluntaristen auseinandersetzen und umgekehrt.

¹³ *Principes*, S. 378.

¹⁴ *Principes*, S. 30.

Das spezielle Problem der Verordnung innerhalb der Theorien des Verhältnisses von Exekutive und Legislative zueinander wird dagegen erst später wirklich akut. Insofern wirkt sich nämlich noch immer die positiv-rechtlich oder in der Verfassungswirklichkeit praktizierte Gewaltbalance aus. Sie ist dem Verordnungsgeber ungünstig. Deswegen darf den theoretischen Erörterungen von Jèze zum Gleichrang der beiden genannten Gewalten¹⁵ auch nicht zu viel Bedeutung geschenkt werden.

10. Kapitel

Roger Bonnard*

Auch die Ausführungen *Bonnards* können nicht ohne das überragende Werk *Duguits* genannt und verstanden werden, denn jener ist Schüler von diesem gewesen und hat später dessen Gedankengut als Nachfolger im Lehrstuhl fortgesetzt. Freilich hat sich Bonnard nicht nur als Bewahrer der Ideen *Duguits* gefühlt. Er hat vielmehr auch die Gedanken seines Lehrers weiterentwickelt und in gewissen Punkten sogar revidiert. Das trifft im Rahmen unseres Themas insbesondere für eine Neubegründung des Imperativs im Recht zu. Aber auch das Verhältnis zwischen Recht und Moral wird von Bonnard neu geordnet, und nicht zu vergessen ist schließlich eine Erweiterung des Inhalts der „*règle de droit*“ selbst.

I. Der Rechtsbegriff

Die Ausweitung, die Bonnard *Duguits* „*règle de droit*“ widerfahren ließ, besteht darin, daß er meinte, auch individuelle Rechtssätze, also Einzelfälle betreffende Rechtsregeln anerkennen zu sollen¹. Ihre Existenz ist ihm wissenschaftliche Gewißheit. Wenn wir uns erinnern, waren die bei *Duguit* durch den Sanktionswillen der „*masses des consciences*“ zum Ausdruck kommenden Rechtsregeln deswegen allgemein, weil die Allgemeinüberzeugungen von Natur aus an Einzelsituationen Desinteresse zeigen. Die individuelle Norm mußte daher als ein Widerspruch in sich erscheinen. Sehen wir, wie Bonnard diesen Widerspruch zu lösen vermag.

Bonnard ist der Meinung, daß die Definition der Rechtsnorm unter Verwendung des Begriffes der Allgemeinheit auf einer unzulässigen Analogie zwischen Norm und Naturgesetz beruht²: Das Naturgesetz kann allerdings nur allgemein und unpersönlich sein. Weil es ein Gesetz des Seins ist, macht es sich zur Aufgabe, das Wissen vom Sein wiederzugeben: „Or il ne peut y avoir de science que du général!“ Zwar ver-

¹⁵ Hinsichtlich derer Jèze insbesondere auf die Praxis der königlichen Ordonnanzen und der kaiserlichen Dekrete verweist, vgl. *Principes*, S. 378.

* 1879—1944.

¹ Daß die Staatslehre des dtsh. Sprachraums zum großen Teil individuelle Rechtssätze anerkannt hat, ist Bonnard bekannt. Er zitiert aber nur *Kelsen*.

² *L'Ordonnancement*, S. 37/38.

mag sich die empirische Erkenntnis des Seins auch im Speziellen und Individuellen zu beweisen. Aber wissenschaftliche Erkenntnis gibt es nur im Allgemeinen und Unpersönlichen. Mit der Norm ist das ganz anders. In ihr wird nicht ein Sein ausgedrückt, ein Vorgang in der theoretischen Welt, sondern ein Sollen der menschlichen Verhaltensweisen, folglich eine Erscheinung der praktischen Welt. Freilich kann mit Hilfe begrifflich-technischer Mittel auch das Verhaltensgesetz allgemein und unpersönlich gefaßt werden. Dennoch bleibt es zulässig, die Verhaltensnorm speziell und individuell aufzugeben. Die Norm der Verhaltenswelt ist empirischer, nicht aber im Wortsinn wissenschaftlicher Natur. Durch eine saubere Unterscheidung der Gesetze des Seins von denen des Sollens gelingt es somit, den Widerspruch zwischen dem Begriff der Individualität und dem Normengesetz zu überwinden.

Bonnard kann aber noch mit einem weiteren Argument nachweisen, warum das Ge- oder Verbot nicht nur in allgemeiner Formulierung den Rang einer Norm einnimmt: Geht man nämlich davon aus, die „situations juridiques“ in zwei Kategorien einzuteilen, d. h. in allgemeine und individuelle Rechtsverhältnisse, so muß man zugeben, daß diesen beiden „situations“ auch zweierlei Arten von rechtlichen Befugnissen und Pflichten entsprechen: „Qui dit pouvoir et devoir juridique affirme par là l'existence d'une norme qui les détermine. Le pouvoir et le devoir juridique n'existent que dans et par une règle de droit. Si donc il y a des situations spéciales et individuelles et des pouvoirs et devoirs du même ordre, il devra y avoir des règles de droit spéciales et individuelles.“³

Der Einwand, daß individuelle Rechtssituationen immer auf allgemeine, unpersönliche Normen zurückgeführt werden können, wird mit der Begründung zurückgewiesen, daß die allgemeine Norm das individuelle Rechtsverhältnis überhaupt noch nicht berühre, sondern Wirkungen nur und ausschließlich im allgemeinen Normengebäude hervorrufe. Erst der Einzelakt schaffe hier eine Veränderung! Damit hebt Bonnard auf die Merkmale des Potentiellen und Aktuellen innerhalb seines Normenbegriffes ab. Er schafft gewissermaßen zwei Realisationsstufen des Rechts. Möglich ist zwar, daß der Einzelakt sowohl Realisation des Rechtes in der „Allgemeinheitsschicht“ und zugleich eine Veränderung der „situation juridique individuelle“ bedeutet. In einem Staat, der jeweils für eine Vielzahl von Fällen Vorsorge trifft, wird das sogar die Regel sein. Jedoch ist auf diese Erscheinung nicht abzustellen. Bonnard reduziert bewußt seinen Normbegriff auf den Vorgang, daß potentiell oder aktuell eine „situation juridique“ verändert wird. Das

³ L'Ordonnement, S. 38. Die Hervorhebungen sind vom Verf. angebracht.

ist aber immer auch dann der Fall, wenn nur ein Einzelfall betroffen wird.⁴

Mit der Anerkennung des Begriffs der Individualnorm⁵ mußte Bonnard allerdings auch für den Ursprung seines Rechtsbegriffes eine neue Begründung finden, es sei denn, er hätte auf die Einheit der Rechtsordnung verzichten wollen. *Duguits* Theorie ist insoweit keine Basis mehr, denn seine „faits sociaux“ können die „situations juridiques individuelles“ natürlich nur mittelbar indizieren.

Bonnard sucht diesem Problem mit der „idée de valeur“⁶ zu begegnen, womit er an die Institutionslehre *Hauriou's* und den an Gerechtigkeitsvorstellungen orientierten Soziologismus *Duguits* anknüpft. Bei beiden Autoren fühlt sich Bonnard von der starken Wertbezogenheit des Lehrgebäudes angezogen.

Duguits Einfluß und zugleich überhaupt ein Anliegen des damals überwiegenden Teils der französischen Lehre macht sich weiterhin bemerkbar, wenn Bonnard immer wieder zum Ausdruck bringt, in jedem Fall auch eine objektivistische Lehre zu begründen. Eine Erklärung der Norm durch einen sie schaffenden Willen soll also wiederum nicht in Frage kommen: das Recht muß vorgegeben bleiben!

Für Bonnards „idée de valeur“ bedeutet dies, daß die Werte aus dem Gegenstand selbst gewonnen werden müssen. Unzulässig wäre es, den Wert von außen, z. B. durch ein in subjektiven Anschauungen verfangenes Individuum an den Gegenstand heranzutragen. Denn sogleich wäre der willkürlichen Rechtsbildung, dem Voluntarismus Tür und Tor geöffnet. Der Gegenstand selbst muß deshalb den Wertmesser abgeben. Er muß derartig und so lange auf den Betrachter einwirken, bis bei diesem ein Zustand der Affektion herausgebildet wird, dem er sich nicht länger entziehen kann. Das ist freilich nur möglich, wenn der Wert dem Gegenstand selbst innewohnt. Damit liegt das Problem darin zu bestimmen, worin der objektive, „intransitive“ Wert eines Gegenstandes besteht.

⁴ In Deutschland wird viel häufiger mit dem Begriff der individuellen Norm gearbeitet: Natürlich sind *Laband* und *G. Jellinek* zu nennen, die ähnlich Bonnard und schon lange vor ihm auf das Kriterium abstellten, ob der Rechtsordnung etwas hinzugefügt worden sei oder nicht. Zu den Beispielen vgl. *Böckenförde*, aaO., S. 227/228 (dort auch die Anm. 11) und S. 244/245.

⁵ Die Gefolgschaft der französischen Rechtslehre in dieser Richtung mußte wegen der überragenden Bedeutung des Allgemeinheitspostulates bei fast jedem der uns interessierenden Begriffe außerordentlich zögernd sein. Es erscheint daher besonders bedeutsam, daß Bonnard zu diesem Ergebnis auf der Grundlage einer apriorischen Lehre gelangt ist. *Carré de Malberg* wird es in dieser Beziehung als Rechtspositivist einfacher haben. Vgl. unten 11. Kap. II., bes. 1a.

⁶ L'Ordonnement, S. 52 ff.: „C'est cette idée de valeur qui est, pour l'activité humaine, génératrice des normes...“

In dieser Beziehung knüpft Bonnard wiederum besonders an *Duguit* an und geht davon aus, daß jeder Gegenstand auf ein bestimmtes Ziel ausgerichtet, zu einem bestimmten Zweck vorhanden sei. Der Wert eines Gegenstandes wird also aus der Funktion des Zieles und Zweckes gewonnen, aus welchem die Sache vorhanden ist, denn in der Sollenssphäre interessiert die Finalität und nicht die Kausalität, die der Seienswelt zugeordnet ist. Wieder also stoßen wir auf die Unterscheidung zwischen Sein und Sollen, mit deren Hilfe schon die logische Verträglichkeit zwischen dem Begriff der Norm und dem Einzelakt nachgewiesen worden war. Dieses Mal werden die Unterscheidungen jedoch auch getroffen, um dem Vorwurf, der *Duguit* verschiedentlich gemacht worden ist⁷, zu entgehen, nämlich die Geltungskraft der Sollensregel direkt aus der Beobachtung des Seins abgeleitet zu haben. Bonnard schiebt daher ausdrücklich die objektive Werthhaftigkeit der Gegenstände dazwischen.

Doch betrachten wir die normenschöpfende Kraft des objektiven Wertes einmal näher. Sie ergibt sich nach Bonnard aus dem Umstand, daß zwischen den beiden Sphären menschlichen Erlebens — der theoretischen Welt mit den Erkenntnissen des Seins und der praktischen Welt, in der es auf die Begründung des Sollens der menschlichen Handlungen ankommt — eine enge Verbindung besteht: Die Kenntnis der theoretischen Welt geht der Bildung der Erfahrungssätze zwar voraus und bereitet sie auch in gewisser Weise vor. Aber die Kenntnis des Seins bestimmt nicht schon zugleich die Kenntnis dessen, was sein soll. Es kommt etwas dazwischen, und das ist die Beurteilung der Werte. Die Feststellung und Bewertung der Ziele, das „jugement de valeur“ bringt also die Norm hervor: „C'est de ce jugement de valeur que sort la norme et, par suite, la connaissance pratique, la connaissance du devoir-être d'une certaine activité humaine.“ Durch die Bewertung der Dinge werden gewisse Dinge anderen Dingen vorgezogen, gewisse Handlungen gewissen anderen Handlungen als überlegen angesehen. Ist aber eine gegebene Handlung (oder Gegenstand) erst einmal bewertet, ergibt sich aus dieser Bewertung schon die Norm, die alles weitere festlegt; und aus der durch die Wertbestimmung genormten Handlung folgt der Imperativ. Dieser Imperativ liegt, wie beabsichtigt, in der genormten Verhaltensweise selbst. Denn wird einmal eine Handlung oder ein Gegenstand einer anderen Handlung oder einem anderen Gegenstand vorgezogen, ist es nur folgerichtig, daß die gleichen Bewertungen auch in Zukunft vorgenommen werden. Anders wären die vorangegangenen Bewertungen ziellos.

Bei einer derartigen Betrachtung der Dinge möchte man meinen, daß dem menschlichen Willen bei der Erschaffung der Norm kaum eine Be-

⁷ Vgl. oben 7. Kap. II.

⁸ L'Ordonnement, S. 62/63.

deutung zukommen kann. Gleichwohl soll nach Bonnard eine gewisse (selbständige) menschliche Willensbetätigung bei der Sanktion der Norm auftreten können. Immer muß nämlich der Entschluß gefaßt werden, den „état d'affection“ schließlich und endlich zu realisieren, d. h. die Norm zu verwirklichen; und in dieser Richtung kann nach Bonnard der menschliche Wille sogar etwas nachhelfen! Das wird besonders dann nötig werden, wenn sich noch kein ausreichender Affektionszustand herausgebildet hat. Die Sanktion hat dann die Aufgabe, „d'opérer ce redressement de l'état affectif du sujet de la norme dans le sens nécessaire à l'observation de celle-ci“⁹. Das kommt etwas überraschend für eine Theorie, die wie die *Duguits* erklärtermaßen eine objektive Betrachtungsweise sucht. In der Tat dürfte in dieser Vorstellung Bonnards die offenkundigste Abweichung von *Duguits* und auch *Haurios* gemeinsamen Grundanschauungen liegen. Bonnard gerät in unmittelbare Nähe zu denjenigen Strömungen in der Rechtslehre, die der „voluntas“ der Herrschenden ausschlaggebenden Raum bei der Schaffung der Norm geben wollen¹⁰.

Diese Tendenz in der Lehre Bonnards wird noch deutlicher, wenn jetzt noch das Verhältnis der Rechtsnorm zur Norm der Moral nachgetragen wird: Gemeinsam ist beiden Normgattungen zwar, daß sie beide von sogenannten „finalités idéales“ ausgehen (während z. B. die „ordonnements techniques et professionnels“ sogenannte „finalités pratiques“ zur Basis haben¹¹). Aber das Recht und die Moral unterscheiden sich dadurch, daß das Ideal einmal in Richtung auf das Individuum zu suchen ist, das andere Mal in Richtung auf das Gesellschaftliche. Bonnard spricht insoweit von den „finalités sociales“ im Gegensatz zu den „finalités individuelles“¹². Ganz deutlich definiert er: „La morale est l'ordonnement déterminé par les valeurs qui précèdent de la réalisation de l'idéal conçu pour l'être individuel. Le droit est l'ordonnement déterminé par les valeurs qui précèdent de l'idéal conçu pour l'être social. La morale orientera donc dans le sens

⁹ L'Ordonnement, S. 65.

¹⁰ Damit gibt Bonnard ein weiteres interessantes Beispiel dafür ab, einen Ausgleich zwischen überpositivem Rechtsdenken und Voluntarismus versucht zu haben, während *Duguit* eine Symbiose zwischen Positivismus und apriorischen Vorstellungen angestrebt hatte.

M. E. ist *Bonnard* mit diesem Versuch ebenso gescheitert wie *Duguit*. Während jedoch bei *Duguit* letztlich eine klare Hinwendung zum „droit idéal“ das Ergebnis gewesen ist, scheint Bonnard stark von den voluntaristischen Strömungen seiner Zeit angezogen worden zu sein. Wie anders kommt nämlich ein Organ dazu festzustellen, ob der eine Affektionszustand dem anderen vorzuziehen ist? Wird der Zwang zum „bonheur“ wieder einmal diskutabel?

¹¹ L'Ordonnement, S. 71/72.

¹² Dito, S. 73 und RDP 1943, S. 241.

de la perfection de l'être individuel; le droit dans le sens de la perfection de l'être social¹³."

Damit ist zwar im großen und ganzen die Definition der Rechtsnorm, wie sie Duguit gegeben hatte, wiedergefunden. Doch kann man nicht übersehen, daß bei Bonnard aus den beiden Begriffen des Gesellschaftlichen und des Individuellen Gegensatzpaare geworden sind. Schon Duguit war derartiges verschiedentlich vorgeworfen worden¹⁴. Während aber bei diesem Autor solche Vorwürfe letztlich nicht zu begründen waren, muß in bezug auf Bonnard der Beurteilung von *Duverger* völlig Recht gegeben werden, daß nämlich die Lehre Bonnards im Gegensatz zu der von *Duguit* antidemokratische Züge angenommen hat¹⁵. Bei Bonnard gibt es keine „masses des consciences individuelles“ mehr, durch die das Volk auf den Inhalt der Rechtsregeln Einfluß nimmt. Vielmehr kann ggf. eine Avantgarde oder sogar eine „Führung“ den Vorgriff auf solches Recht tun, das unter normalen Verhältnissen erst später (oder gar überhaupt nicht?) zum Durchbruch gekommen wäre.

Dadurch wird einmal mehr deutlich, daß Bonnard ähnlich *Duguit* die objektive Betrachtungsweise verlassen hat, nicht aber um wie dieser zu einer überpositiven „règle de droit“ zu gelangen, sondern um voluntaristische Strömungen aufzunehmen.

II. Gesetz und Verordnung

Trotz dieser recht weitgehenden Neuerungen, die Bonnard in der Begründung des Rechts und hinsichtlich seines Inhaltes vorgenommen hat, sind für den Gesetzes- und Verordnungsbegriff kaum Abweichungen gegenüber den Vorstellungen anzutreffen, die z. B. schon bei *Duguit* vorhanden gewesen sind. Das liegt im wesentlichen daran, daß Bonnard an der herkömmlichen Staatsfunktionenteilung festhält¹⁶. Vor allem bleibt in dieser Beziehung die Orientierung am Begriff der Allgemeinheit erhalten. Das mag überraschen, denn das Erfordernis der Allgemeinheit für die Gesetze kann Bonnard nicht mehr wie *Duguit* unmittelbar aus der Feststellung gewinnen, daß Gesetze als Rechtssätze schon aus diesem Grunde allgemein sein müssen. Man hätte vielleicht eher erwartet, daß Bonnard aus dem Begriff seiner „règle de droit“ auch Einzelfallgesetze zugelassen hätte. Zu dieser Konsequenz gelangt Bonnard jedoch nicht, weil er, indem er sich an *Kelsens* Stufentheorie

¹³ L'Ordonnement, S. 74.

¹⁴ Vgl. oben 7. Kap. II. (Anm. 14).

¹⁵ So in RDP 1944, S. 14.

¹⁶ Vgl. Précis, S. 14 ff. und Mélanges R. Carré de Malberg, S. 6.

orientiert, für die Gewaltengliederung immer noch materielle Funktionen bei den verschiedenen Staatstätigkeiten erkennen will und in der zunehmenden Formierung des Rechtes, alle allgemeinen Staatsanordnungen zu einer Gruppe zusammenfaßt, um sie geschlossen einer Staatsfunktion zuzuweisen¹⁷.

Von hier aus kann er Gesetz und Verordnung allerdings wieder materiell als gleichwertig behandeln. Die Unterschiede in der Reichweite zwischen beiden Akten müssen mit der unterschiedlichen Stellung der sie erlassenden Organe erklärt werden, da die Nähe zum Recht für beide gleich ist: „Le pouvoir réglementaire ne peut s'emparer d'une matière qui n'a pas encore fait l'objet d'une loi. Il ne peut pas faire ce qu'on appelle des règlements autonomes¹⁸.“

Die Polizeiverordnungen und die die „services publics“ betreffenden Verordnungen sind wie bei *Duguit* gewohnheitsrechtliche Ausnahmen von diesem Prinzip. Aber auch die halbautonomen Verordnungen, die „décrets-lois“, bei denen das Erfordernis der Gesetzesabhängigkeit nur noch formell durch die Ermächtigung gewahrt ist, sind bei Bonnard jetzt fester Bestandteil der Verordnungstheorie geworden. Sie bilden zusammen mit den herkömmlichen Ausführungsverordnungen und den vorerwähnten „règlements autonomes“ dasjenige Tätigkeitsfeld der Verwaltung, das durch den auf *Esmein* und *Hauriou* zurückgehenden Begriff der „matières réglementaires“¹⁹ umschrieben wird.

Durch diesen Begriff werden jetzt generell diejenigen Gebiete bezeichnet, in denen die Verordnung an Stelle des Gesetzes oder in Konkurrenz mit diesem auftreten kann. Selbstverständlich eignet diesem Begriff (noch) kein Ausschließlichkeitsfaktor gegenüber dem Gesetz. Immerhin deutet sich aber wiederum an, worauf wir nun schon wiederholt gestoßen sind, daß nämlich der Verordnungsgeber immer mehr seine ihm angestammte Funktion der bloßen Gesetzesausführung verläßt und sich mit all denjenigen Gebieten beschäftigt, die ihm der Gesetzgeber aus

¹⁷ Vgl. Mélanges R. Carré de Malberg, S. 6: „Le droit possède, en effet, un dynamisme propre qui le fait se développer dans le sens d'une concrétisation croissante. Or les fonctions de l'Etat ne sont pas autre chose que les divers rôles que joue l'Etat dans ce processus du développement du droit. Et comme le droit en se développant se concrétise par différents procédés, il en résulte que les fonctions de l'Etat ne forment pas, quant à leur nature propre, une catégorie unique, mais au contraire, comprennent plusieurs catégories qui ainsi se différencient du point de vue matériel.“

Donc une distinction matérielle des fonctions s'impose nécessairement comme postulée par le développement même du droit.“

¹⁸ Précis, S. 118.

¹⁹ Précis, S. 117 ff. Vgl. auch unten 15. Kap. II. 2. u. 3.

mangelnder Sachkenntnis oder auch politischem Unvermögen überläßt²⁰.

Das führt dazu, daß Bonnard wie *Duguit* die Grenzen zwischen Gesetz und Verordnung nicht mehr starr nach dem Erfordernis einer materiellen Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bestimmen kann. Er verweist vielmehr darauf, daß man sich das Verhältnis zwischen Gesetz und Verordnung als ein Verhältnis ständiger Bewegung vorstellen müsse: Das eine Mal ist das Wirkungsfeld des Gesetzgebers das größere, das andere Mal dehnt der Verordnungsgeber sein Betätigungsfeld aus. Das jeweilige Gleichgewicht wird dabei, wie man das in ähnlicher Weise im System der Weimarer Republik in Deutschland feststellen konnte, von der größeren oder geringeren politischen Geschlossenheit des Parlamentes abhängen.

Auch bei Bonnard ist es also nur noch die Vorstellung vom unterschiedlichen Rangwert der Organe, die die völlige Angleichung von Gesetz und Verordnung verhindert.

III. Kritik

Danach kann man zusammenfassend feststellen, daß auch bei Bonnard die Verselbständigung der Rechtsquellen im Staat weiter fortgeschritten ist. Wenn diese Tendenz auch im Verhältnis zwischen Gesetz und Verordnung nicht wesentlich über das hinauszugehen scheint, was hier bereits dargestellt worden ist, so muß doch hervorgehoben werden, daß Bonnard den Begriff der Allgemeinheit aus dem Begriff der Norm herausgenommen hat. Das führte zunächst nur dazu, auch den Einzelakt als *unmittelbare* Verwirklichung der Rechtsordnung anzusehen, wodurch eine weitere Rechtsquelle zutage tritt. Wichtiger erscheint aber noch die Konsequenz, daß auf diese Weise ein für allemal festgestellt worden ist, daß das Gesetz das Erfordernis der Allgemeinheit nicht nur nicht mehr aus seiner Identität mit der „*règle de droit*“ beziehen kann (so schon z. B. *Duguit* und *Hauriou*), sondern auch nicht mehr aus einer obligatorischen Orientierung am Recht, denn das Recht ist nicht mehr notwendig allgemein. Deswegen mußte Bonnard für seinen Gesetzes-

²⁰ Freilich erscheint die Betrachtungsweise gegenüber *Esmein* (oben 5. Kap. III.) und *Hauriou* (oben 8. Kap. III. 2.) insoweit verschoben, als es sich nicht um Recht von bloß vorbereitendem Charakter zu handeln braucht. Es können Gebiete von größter Wichtigkeit betroffen sein, mit denen sich der Verordnungsgeber nach Zuweisung durch den Gesetzgeber auseinandersetzen hat, ohne daß der Gesetzgeber diese Kompetenz in jedem Fall klärend an sich ziehen müßte. Für diese Modifikationen der Schichtenlehre *Hauriou's* wird man die Veränderung des Rechtsbegriffs verantwortlich machen können. Das Recht tritt nunmehr eben auch, obgleich noch unerkannt (vgl. dazu aber unten 14. Kap. I. und II.), als „Maßnahmerecht“ in Erscheinung.

begriff das Merkmal der Allgemeinheit mit *Kelsen* aus ganz neuen Erwägungen gewinnen.

Damit dürfte klargestellt sein, daß das Erfordernis der Allgemeinheit beim Gesetz, wie das der Dauer oder der Übereinstimmung mit dem Recht, von einem rechtstheoretischen Gesetzesbegriff völlig unabhängig ist. Sicherlich können derartige Hilfsbegriffe zu bestimmten Zeiten den Gesetzesbegriff richtig wiedergeben und zu einer Definition absolut erforderlich sein. Zu anderen Zeiten ist das aber wiederum nicht der Fall. Je nachdem wie diese Einteilungsschemata, unter ihnen insbesondere auch das der verwirklichten Funktionenverteilung, angewandt werden, wird sich der Gesetzesbegriff ändern. Aussagen über zukünftige Entwicklungen werden dadurch völlig unmöglich. Schon das nächste Kapitel zur Lehre von *Carré de Malberg* wird weitere Gesichtspunkte in dieser Richtung ergeben.

11. Kapitel

Raymond Carré de Malberg*

Carré de Malberg ist Elsässer gewesen. Diese Bemerkung ist im vorliegenden Zusammenhang nicht nur insoweit von Bedeutung als bei diesem Autor mit einer guten Beherrschung der deutschen Sprache gerechnet werden muß. Als Grenzländer fühlte sich Carré de Malberg vielmehr auch vom deutschen Denken selbst in weit größerem Maße angezogen als das bisher bei auch nur einem der behandelten Autoren der Fall gewesen ist. Der Umstand, daß der Straßburger Lehrstuhl für Staatsrecht, ehe er nach dem ersten Weltkrieg von Carré de Malberg eingenommen wurde, von *Laband* besetzt gewesen ist, mag in dieser Beziehung ein übriges getan haben.

Jedenfalls ist für Carré de Malberg die Beschäftigung mit der deutschen Staatsrechtslehre eine ständige Auseinandersetzung gewesen. Sie ist für diesen Autoren nicht nur die „allgemeine Staatslehre“ z. B. eines *Hauriou* gewesen, der man Achtung zu zollen hatte, aber deren Ausgangspunkte man aus prinzipiellen Erwägungen nicht billigen konnte (autonome Exekutive, Autolimitation der Staatsgewalt u. v. a. m.). Carré de Malberg ist in mancherlei Hinsicht dem deutschen Denkmodell engstens verbunden. Man darf es daher nicht nur als eine Äußerlichkeit abtun, wenn das Hauptwerk Carré de Malbergs den für französische Verhältnisse durchaus unüblichen Titel einer „Contribution à la Théorie générale de l'Etat“ erhalten hat.

I. Der Rechtsbegriff

Die Beeinflussung Carré de Malbergs durch deutsches Rechtsdenken kommt schon bei dem ersten in unserem Zusammenhang interessierenden Begriff zum Ausdruck. Seine Konzeption vom Recht ist die eines ausgeprägten Rechtspositivisten. Zwar hatten in dieser Beziehung schon *Moreau* und *Duguit* Vorstöße unternommen. Auch *Jèze* und *Bonnard* sind zu nennen. Während aber *Bonnard* und ganz eindeutig *Duguit* metajuristischen Anschauungen zugewendet blieben, *Jèze* sein Konzept am Ende wieder in Richtung auf ein überpositives Recht ge-

öffnet hatte und *Moreaus* Argumentation nicht genügend akzeptiert worden war, ist es erst *Carré de Malberg* gewesen, der dem Rechtspositivismus in Frankreich zu einem Durchbruch von bleibender Dauer verholfen hat¹.

Allerdings ist auch bei Carré de Malberg der Zentralbegriff im Recht die sog. „règle de droit“. Diese muß aber von den Sätzen der Philosophie, der Moral, der Gesellschaft oder der Religion deutlich unterschieden werden, da sie in dem „statut juridique“ anzutreffen ist, „qui réagit les individus dans leurs rapports mutuels ou dans leurs relations avec la collectivité nationale, (et qui) est déterminé uniquement, au sein de (la) collectivité, par des règles qui ont été édictées en fait et que feront observer éventuellement les diverses autorités organiquement constituées par l'exercice de la puissance publique ou étatique de la nation“². „Règle de droit“ ist also diejenige Regel, die sich in einer bestimmten Gesellschaft der Beachtung der Individuen anempfiehlt, weil sie von den Organen, die nach der Verfassung die Herrschaft ausüben, mit Sanktionen überwacht werden. Das ist Rechtspositivismus. Das Gebiet der für das rechtliche System verwertbaren Beobachtungen wird auf ein Mindestmaß eingeschränkt. Anerkannte *Duguit* noch die gesellschaftliche Solidarität und das allgemeine Rechtsgefühl in der Form der individuellen Bewußtseinsreaktionen als feststellbare und rechtlich verwertbare Faktoren, gelten für Carré de Malberg nur noch die textlich sichtbaren Äußerungen der staatlichen Rechtsordnung als Beobachtungsfeld.

In dieser Hinsicht kann man sogar sagen, daß Carré de Malberg in der französischen Rechtslehre das Beispiel für den sog. „juridisme pur“

¹ Diese Entwicklung hinkt also zeitlich um einiges hinter der in Deutschland hinterher. Im übrigen vgl. allgemein *Batiffol*, aaO., S. 7 u. 16. Anders noch *Masnata*, aaO., S. 36.

² *Carré de Malberg*, *Réflexions*, S. 192. — Die Definition des „statut juridique“ ähnelt den Rechtssatzdefinitionen von *Laband*, *G. Jellinek* und *Anschütz* insoweit als auf „rapports mutuels“ und „relations“ abgestellt wird, die in ihm auftreten und Gegenstand staatlicher Regelung sind. Jedoch ist bei Carré de Malberg nirgendwo der Versuch gemacht, diese Begriffe in Verfolgung unseres historisch-konventionellen Rechtssatzbegriffes zur Verengung des Rechtsbegriffes zu benutzen.

Zur Definition der staatlichen Akte wie Gesetz und Verordnung wird darum der Begriff der „règle de droit“ nie verwendet (keine „Dazwischenkunft eines Rechtssatzbegriffes“, so *Kopp*, aaO., S. 223 A 128). Das ist nur natürlich, denn die staatlichen Akte enthalten ganz selbstverständlich „règles de droits“. Es gibt für Carré de Malberg keine rechtssatzlosen staatlichen Anordnungen. Ihre Erwähnung wäre also ein Pleonasmus. Was Carré de Malberg danach als Rechtssatzbegriff verwendet ist ein rechts-theoretischer Rechtssatzbegriff, wie er neuerdings auch von *H. J. Wolff*, *Verw. R.*, I § 24 II. b I. β (S. 98 f.) vertreten wird.

(reine Rechtslehre) abgibt³. Man fühlt sich unmittelbar an *Kelsen* erinnert, wenn Carré de Malberg schreibt: „Le droit suppose nécessairement une autorité publique capable de contraindre les individus à l'observation des commandements qu'elle-même a édictés⁴.“ Das Recht ist also normative Wissenschaft, und die Besonderheit der Rechtsregel gegenüber den anderen Regeln unserer Welt liegt darin begründet, daß sie ihren Imperativ nicht aus sich selbst empfängt, sondern daß die Verbindlichkeit der Rechtsregel von außen, durch den besonderen Vorgang der Sanktion erzielt werden muß. Selbstverständlich ist dieser Normativismus Carré de Malbergs dadurch zugleich ein voluntaristisches Konzept.

Deutlich ergibt sich das aus der Lösung der Frage, wie das Recht dem Staat zuzuordnen sei. Galt bis dahin in Frankreich das fast unumstößliche Dogma, daß der Staat zur Aufrechterhaltung der bürgerlichen Freiheiten dem Recht ebenso zu unterwerfen sei, wie die Bürger selbst, erklärt Carré de Malberg das Recht unumwunden für eine Schöpfung des Staates⁵. Die Unterordnung des Staates unter ein etwa vorgegebenes Recht kommt daher gar nicht erst in Frage.

Gleichwohl sind die Möglichkeiten des Staates (freilich) nicht unbeschränkt. Eine erste Bindung der Staatsgewalt kommt durch den von der *deutschen* Staatsrechtslehre übernommenen Begriff der „Autolimitation“ in Betracht. Dieser Begriff gilt nach Carré de Malberg gleichviel ob man ein positivistisches Konzept zum Rechtsbegriff vertritt oder ob man glaubt, es existiere ein dem Staat vorgegebenes Recht. Denn auch in einem solchen Fall leistet erst der Staat die Gewähr dafür, daß das Recht tatsächlich von den Bürgern eingehalten wird. In dem einen Fall

³ Vgl. *Burdeau* in RDP 1935, S. 362, und *Pouvoir politique*, S. 73/74. Ferner *Bonnecase*, aaO. Bd. II, S. 262 und *Ripert*, Régime démocratique, S. 53.

⁴ *Carré de Malberg*, Contribution Bd. I, S. 57 Anm. 6.

⁵ Vgl. etwa Contribution Bd. I, S. 57, 67, 211, 239 ff. Die Entwicklung in *Deutschland* verläuft hierzu durchaus parallel: Überbetonung der „voluntas“ gegenüber der „ratio“, Behandlung von Formfragen an Stelle von inhaltlichen Fragen finden wir bei den sog. Dezisionisten seit dem ersten Weltkriege. Der Höhepunkt dieser Entwicklung dürfte von C. *Schmitt* erreicht worden sein. Aber auch H. *Heller* und M. *Wenzel* (durch ihre Berichte auf der Münchener Tagung deutscher Staatsrechtslehrer von 1927) gehören neben dem bei *Kopp* (aaO., S. 128 Anm. 3) zitierten *Bascho* hierhin.

Ihre Vorläufer finden diese Autoren in A. *Haenel* (vgl. Böckenförde, aaO., S. 290 ff.), der schon davon ausging, daß Gesetze normative Willensakte des Staates sind. In Ablehnung des zu seiner Zeit allgemein übernommenen Gesetzesbegriffes *Labandscher* und *Jellinekscher* Prägung gelangte er deswegen zu der Feststellung: „Die Form des Gesetzes hat den Rechtssatz zu ihrem notwendigen Inhalt.“ Lange vor Carré de Malberg wendete sich dieser Autor daher gegen die Theorie des Verwaltungsaktes in Gesetzesform und hielt — wie jetzt Carré de Malberg — das Einzelfallgesetz für legitim.

wie in dem anderen ist die Theorie der Autolimitation also das gegebene rechtstechnische Mittel: „L'ordre juridique et l'organisation statutaire de l'état souverain reposent sur sa volonté propre; la limitation de sa puissance qui résulte de cette organisation ou de cet ordre juridique découle pareillement de cette même volonté... C'est en ce sens qu'il y a lieu de considérer comme justifié et comme conforme à la réalité la théorie... de l'auto-limitation⁶.“

Eine zweite Methode, um zu der gewünschten Beschränkung staatlicher Macht zu gelangen, ist bei Carré de Malberg die Vorstellung, daß die von der „règle de droit“ beherrschte Rechtsordnung natürlich nicht von den Regeln der anderen Ordnungen isoliert werden kann. In dieser Beziehung lehrt er ähnlich wie *Jèze* einen eigenartigen Mechanismus, auf Grund dessen die Regeln der Moral ggf. in die Rechtsordnung einfließen können: „Il arrive toujours un moment où le droit devient impuissant à assurer, à lui seul, le bien de la communauté ou de ses membres, et où la législation positive, sentant son pouvoir expirer, doit, pour que ses buts soient atteints, faire appel aux lois de l'ordre moral et à la culture morale des citoyens⁷.“ Sie dienen dem Gesetzgeber als Materialien bei seiner gesetzgeberischen Aufgabe. Nur der Jurist als solcher kann an diesem Werk nun einmal nicht teilhaben. Es ist ihm nicht erlaubt, derartige überpositive (Moral-)Regeln entsprechend seiner persönlichen Überzeugung in die vom Staat gesetzten Regeln hineinzuinterpretieren, denn dazu bedarf es einer Kompetenz⁸, die nur dem Gesetzgeber zusteht.

Damit ist auch Carré de Malberg zu einer Beschränkung der rechtsetzenden Gewalt gekommen. Allerdings ergibt sich diese entgegen den

⁶ Contribution Bd. I, S. 233/234. — In der französischen Rechtslehre ist zuweilen (so: *Burdeau* in RDP 1935, S. 370/371) behauptet worden, daß Carré de Malberg über die Ergebnisse der *deutschen* Staatsrechtslehre zur Autolimitation hinausgegangen sei, indem nämlich bei Carré de Malberg der Staat gewissermaßen in Autolimitation entstehe. Die unmittelbar unserem Zitat vorhergehende Bezugsstelle (S. 232) beweist in dieser Hinsicht jedoch nichts: Auch bei Carré de Malberg hängen Grundrechte, Gewaltengliederung usw. ausdrücklich von den Festlegungen in der Verfassung ab. Sowohl Rechtsordnung wie Staatsorganisation sind aber Ergebnisse eines *einheitlichen* Staatswillens. Er kann in dem einen Fall nachträglich genauso geändert werden wie in dem anderen. Der einzige Unterschied kann dann nur darin liegen, daß die Staatsorganisation — die Verfassung — aus rechtstechnischen Gründen eine größere Bestandskraft als die gewöhnliche Rechtsordnung besitzt. Daraus weitergehende Folgerungen zu ziehen, halte ich nicht für vertretbar.

⁷ Contribution Bd. II, S. 623 Anm. 16.

⁸ *Carré de Malberg* in *Réflexions*, S. 197. Interessant sind wieder die Bemühungen, die noch stärker bei *Jèze* anzutreffen waren, *Kelsens* Relativismus zu vermeiden. Ob derartiges einem Rechtspositivismus aus sich heraus möglich ist, erscheint freilich zweifelhaft und ist eine andere Frage.

Überzeugungen der traditionellen französischen Lehre nicht mehr aus dem System selbst. Sie bleibt von den schwankenden moralischen Kräften und Überzeugungen des Gesetzgebers abhängig.

Aber erweist sich nicht nach unseren allgemeinen Erfahrungen eine solche Sicht der Dinge als überaus realistisch? Worauf soll es denn ankommen, wenn nicht auf die moralische Integrität der Regierenden? Mag der Rechtsstaat noch so gut organisiert sein, wird er nicht aus voller Überzeugung gelebt, nützen die wohlüberlegtesten Institutionen und die großzügigste Gewährung von Grundrechten häufig wenig.

II. Der Gesetzesbegriff

Nachdem Carré de Malberg auf diese Weise in seiner Position gegenüber dem Recht festgelegt werden konnte, interessieren wiederum die Konsequenzen des aufgefundenen Rechtsbegriffes für den Gesetzesbegriff.

Wie schon vorher bei *Moreau* sind wir in dieser Beziehung Zeuge der üblichen positivistischen Methode: Der positiven Begründung des eigenen, eng an die Verfassung und Verfassungswirklichkeit orientierten Gesetzesbegriffes geht eine eingehende Kritik der seinerzeit vertretenen Gesetzeslehren voran. Carré de Malberg weiß sehr wohl, daß ihm durch die Widerlegung dieser Lehren ein doppeltes gelingen kann: In erster Linie würde natürlich der Nachweis erbracht, daß eine neue Gesetzeslehre überhaupt nötig ist. Zugleich könnte aber die Erkenntnis vermittelt werden, daß für die Begriffsbildung in der Rechtswissenschaft wie auf anderen Gebieten der Geisteswissenschaften nun einmal die historischen Bedingtheiten solcher Begriffsbildungen nicht außer Betracht gelassen werden dürfen⁹. Gerade dies war für die französische Theorie zum klassischen revolutionären Gesetzesbegriff mit ihrem Allgemeinheitsaxiom¹⁰ aber etwa ebenso notwendig, wie es noch heute in Deutschland unerlässlich ist, auf die geschichtlichen Zufälligkeiten des sogenannten historisch-konventionellen Gesetzesbegriffes und seine Abhängigkeit von einem Rechtssatzbegriff hinzuweisen¹¹.

⁹ So recht deutlich in *La loi*, S. 15.

¹⁰ Auch *Dupeyroux* (aaO., S. 137) nennt das Allgemeinheitserfordernis für das Gesetz in der französischen Rechtslehre eine Vorstellung „si bien adaptée aux catégories généralisatrices et simplificatrices de notre esprit que tous les juristes du XIX^e siècle se la transmirent sans examen les uns aux autres“.

¹¹ Vgl. dazu letzters z. B. E. W. Böckenförde: *Gesetz und gesetzgebende Gewalt, von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*. Außerdem H. W. Kopp: *Inhalt und Form der Gesetze*.

1. Die Auseinandersetzung mit den bestehenden Gesetzesbegriffen

a) Die Lehren, die auf dem Axiom der „Allgemeinheit“ beruhen

Gleich zu Beginn seiner Ausführungen legt Carré de Malberg daher besonderen Wert darauf, auf die historischen Vorbilder für die Theorie von der notwendigen Allgemeinheit des Gesetzes zu verweisen. Er nennt nicht nur *Aristoteles*, die römischen Kommentatoren *Papinius*, *Celsus* und *Ulpian*, sondern natürlich auch *Rousseau* und überhaupt die Ideologie der Französischen Revolution. Was er damit bezweckt, ist klar: Er will hervorkehren, daß dieser Gesetzesbegriff, der vom Gesetz notwendiger Allgemeinheit verlangt, von Anfang an gegen den Grundsatz verstoßen hat, daß Begriffsbildungen in der Rechtswissenschaft nicht Ergebnis der spekulativen Vernunft, sondern allenfalls Zusammenfassung empirischer Erkenntnisse sein dürfen.

Besonders *Rousseau* ist für Carré de Malberg ein Mann des „manement habile de mots à double entente“¹², dessen Thesen erst einmal nachgewiesen werden müssen. Zu akzeptieren vermag er nur, daß *Rousseau* für den Gesetzesbegriff neben einer „condition de fond“ offensichtlich auch eine „condition de forme“ verlangt hat, womit auf die voluntaristische Orientierung dieses Konzepts angespielt und auf die Abhängigkeit dieses Gesetzesbegriffes von der Existenz eines Gesamtvolkes, dem Gesetzgebungsorgan, hingewiesen wird¹³. Freilich läßt sich allein deswegen noch nichts gegen den traditionellen Gesetzesbegriff aussprechen; denn die sog. „volonté générale“ ist eben unteilbar¹⁴: Das Formelle in diesem Begriff läßt sich nicht von dem materiellen Erfordernis der Allgemeinheit abspalten. Jedoch kann ein Ansatzpunkt für die Kritik das Allgemeinheitspostulat selbst sein.

Daher gilt es zuallererst nachzuweisen, daß die Vorstellung von der „généralité de la loi“, soweit sie ihre Existenz dem Kampf um die Gewährung der bürgerlichen Freiheiten verdankt¹⁵, wenn überhaupt, so doch nur unvollkommen verwirklicht werden kann. Der viel wichtigere Bezugspunkt ist nämlich der Umstand, daß die Rechtsregel, die als Gesetz erlassen wird, die sog. „force prédominante“ besitzt, durch welche die Verwaltungsbehörden gezwungen werden, wirklich nur den gesetzgeberischen Willen zu vollziehen. Wäre es der Verwaltung etwa möglich, im Einzelfall vom Gesetz abzuweichen, ginge auch die Schutz-

¹² *Contribution* Bd. I, S. 292; ebenso *Dupeyroux*, aaO., S. 140.

¹³ *Contribution* Bd. I, S. 330.

¹⁴ Vgl. oben 1. Kap. I. 2.; ebenso Böckenförde, aaO., S. 41.

¹⁵ Vgl. z. B. *Duguit*, *Traité* (1. Aufl. Bd. I), S. 138 ff.

wirkung des allgemeinen Gesetzes ins Leere¹⁶. Die eigentliche Schutzfunktion liegt daher in der Bindewirkung der Gesetze¹⁷.

Im Ergebnis ist das noch ganz die Vorstellung, daß Unterdrückung im Zweifel von der Exekutiven ausgehen wird. Das hatte schon *Rousseau* geglaubt und mit ihm die Dogmatik der Revolution. Aber auch in dem Kapitel über das Rechtsdenken zur Blütezeit des Liberalismus in Frankreich waren wir auf derartige Ansichten gestoßen¹⁸. Daß es einmal nötig werden würde, die Gesellschaft auch vor den allgemeinen Anordnungen des Gesetzgebers zu schützen, ist noch nicht recht in den Kreis der Überlegungen getreten. Wie dem jedoch sei, jedenfalls kann auch Carré de Malberg dem Allgemeinheitsaxiom nicht mehr die politische Zielbestimmung zukommen, die ihm bis dahin in Frankreich beigemessen worden ist. Die geschichtlichen und emotionalen Belastungen dieses Begriffes sind zu offensichtlich, als daß auf ihn noch gültige Definitionsversuche begründet werden sollten. Außerdem wird zunehmend erkannt, daß der Begriff der Allgemeinheit — angesichts der Gewohnheit des modernen Staates, Sonderrecht für kleine und kleinste Gruppen zu setzen — selbst relativ ist¹⁹.

Demgemäß bestreitet Carré de Malberg entschieden, „que le concept de règle et d'ordre juridique de l'Etat suppose nécessairement une

¹⁶ Contribution Bd. I, S. 294.

¹⁷ Auch den Art. 6 der Menschenrechtserklärung vom 3. 8. 1789 („[La loi] doit être la même pour tous...“, *Franz*, aaO., S. 302 ff.) läßt Carré de Malberg nicht zum Beweise der Allgemeinheitsthese zu. Hier handelt es sich nämlich nur um eine Empfehlung an den Gesetzgeber! So Contribution Bd. I, S. 298.

¹⁸ Vgl. oben I. Kap. I. 2. und II., sowie 2. Kap. III. Mit diesen Anschauungen ging immer die Überlegung einher, daß das „nicht-allgemeine“ Gesetz sehr wohl zur Unterdrückung führen könne, weil in Wahrheit kein Gesetz vorliege, sondern ein Akt der Verwaltung.

¹⁹ In dieser Hinsicht hat der von Carré de Malberg in vielerlei Hinsicht inspirierte *Dupeyroux* zeitlich nur wenig später argumentiert: Er geht davon aus, daß der Allgemeinheitsgedanke nur in seiner ursprünglichen und absoluten Fassung, soweit er also die Geltung des Gesetzes für sämtliche Bürger verlangte, ein wirksames Mittel gegen willkürliche Behandlung darstellen konnte (aaO., S. 144, 152). Diese absolute Bedeutung des Allgemeinheitsbegriffes ist inzwischen aber längst fallengelassen worden. An seine Stelle ist ein nurmehr relativer Allgemeinheitsbegriff getreten (S. 150). Er bedeutet, daß ein Gesetz schon dann allgemein ist, wenn sich die „absence, dans les termes de la loi, d'une détermination de l'espèce ou de l'individu à qui elle doit s'appliquer“ feststellen läßt (S. 151).

Die Gesetze brauchen m. a. W. nur noch abstrakt und unpersönlich zu sein, um als allgemein bezeichnet zu werden. Da aber bekannt ist, daß sich Einzelfallentscheidungen gesetzestechisch sehr leicht abstrakt und unpersönlich formulieren lassen, muß die Schutzfunktion der Allgemeinheit in ihrer neu verstandenen Form erst recht illusorisch werden (S. 152/153). *Dupeyroux* hat deswegen vorgeschlagen, der Gesetzgeber solle sich möglichst eng und häufig an der materiellen Gerechtigkeit orientieren, damit der Verlust des ehemals schützenden Allgemeinheitsmerkmals des Gesetzes auf diese Weise ausgeglichen werden kann.

disposition générale, susceptible de s'appliquer à un ensemble de personnes ou de cas²⁰“. Es ist ihm in dieser Beziehung nämlich ein leichtes nachzuweisen, daß Frankreich schon wiederholt Regelungen gekannt hat, die im höchsten Maße die verfassungsmäßige Ordnung des Landes betrafen, aber gleichwohl als Einzelfallgesetze erlassen worden sind²¹; und diesen staatlichen Vorschriften in Gesetzesform will Carré de Malberg schon um deswillen nicht den Gesetzescharakter absprechen, weil sie während des Zeitraumes, während dessen sie Geltungskraft besaßen, bedeutende Dokumente der Organisation der öffentlichen Gewalt gewesen sind, „donc aussi et au plus haut degré des éléments de l'ordre juridique fondamental de l'Etat²²“. Daher kann das Merkmal der Allgemeinheit allenfalls noch „Naturale“ des Gesetzesbegriffs sein²³.

Diese Konsequenz findet Carré de Malberg durch die geltende Verfassungsordnung ausdrücklich bestätigt, denn: „Nulle part la Constitution ne définit la loi une règle générale, nulle part elle ne donne à entendre que les règles générales forment la matière propre et réservée de la législation²⁴“. Im Gegenteil, die Verfassung lasse erkennen, daß auch die Exekutive allgemeine Regeln erlassen könne. Sei somit gewiß, daß der Gesetzgeber, wenn er schon allgemeine Regeln setze, mit dieser Fähigkeit kein Sonderrecht vor anderen Staatsorganen besitze, so sei es auch falsch zu behaupten, daß der Gesetzgeber auf Anordnungen allgemeinen Inhalts beschränkt sei: „Car, d'après la Constitution, l'administration ne comporte d'autres décisions ou actes que ceux destinés à exécuter les lois ou du moins autorisés par les lois; d'où cette conséquence que toute décision particulière qui outrepassse l'exécution des lois... excède les bornes de la fonction administrative et exige l'intervention de la puissance législative elle-même. Ainsi, la généralité est si peu le caractère indispensable de la loi... que, d'après le droit français, une loi est, au contraire, nécessaire toutes les fois... qu'il s'agit de statuer à titre particulier sur un cas non prévu par la législation existante²⁵“.

²⁰ Vgl. Contribution Bd. I, S. 295. — Zwar spielt Carré de Malberg in diesem Zusammenhang vornehmlich auf Vorstellungen zum Gesetzesbegriff an, die von naturwissenschaftlichen Gedankengängen beeinflusst sind (vgl. Contribution Bd. I, S. 292), jedoch läßt sich das Argument auch gegen die berühmte „Stufentheorie“ *Merkis* verwerten, nach der sich das Recht kontinuierlich vom Allgemeinen zum Speziellen entwickeln soll.

²¹ So z. B. das Gesetz vom 20. 11. 1873, durch welches dem französischen Marschall *Mac-Mahon* der Titel eines Präsidenten der Republik verliehen wurde. Weiter das Gesetz vom 22. 7. 1893, das die Sitzungsperiode des Parlamentes über das gewöhnliche Mandat hinaus verlängerte.

²² Contribution Bd. I, S. 295.

²³ Wobei ein deutlicher Bezug auf *Laband* erfolgt: Contribution Bd. I, S. 295. Ähnlich auch schon *Cahen*, aaO., S. 113 ff.

²⁴ Contribution Bd. I, S. 296.

²⁵ Contribution Bd. I, S. 297.

b) Die Lehren, die von einem „Rechtssatzbegriff“ ausgehen

Gleichwohl untersucht Carré de Malberg noch, ob nicht hinter dem historisch-konventionellen deutschen Gesetzesbegriff als Rechtssatzbegriff²⁶ ein realer Kern anzutreffen ist, der auch für französische Verhältnisse Verwendung finden könnte. Zu dieser Untersuchung wird er weniger durch eine starke Verbreitung dieser Theorie in Frankreich veranlaßt²⁷, als durch die Behauptung G. Jellineks²⁸, daß der von ihm und Laband geprägte Gesetzesbegriff als allgemeiner Rechtsbegriff überall Geltung habe.

Aber schon damals²⁹ hat Carré de Malberg erkannt, was noch heute in der deutschen Rechtslehre immer wieder versichert werden muß, daß auch dieser Gesetzesbegriff einer bestimmten historischen Verfassungslage verfangen gewesen ist³⁰. Was G. Jellinek entsprechend den Erklärungen der Menschenrechte von 1789 als Kompetenzzuweisungen angesehen hatte, bedeutete für Frankreich nur die Fixierung eines gesetzgeberischen Mindestbestätigungsfeldes. Mit Recht konnte Carré de Malberg daher darauf hinweisen, daß es im französischen Verfassungsrecht (mit kurzen Unterbrechungen allerdings) niemals eine für den Gesetzgeber unüberwindliche Barriere gegeben habe, daß der französische Gesetzgeber vielmehr seit 1789 jedes beliebige Gebiet habe regelnd in Angriff nehmen können, sobald er nur dazu die Initiative ergriff³¹.

Ist das aber richtig, konnte Carré de Malberg auch durch den deutschen historisch-konventionellen Gesetzesbegriff nicht gehindert sein, eine eigene, grundsätzlich neue Gesetzeslehre aufzubauen.

c) Die Lehren, die formelle Kriterien zugrunde legen

Man könnte nun meinen, daß unser Autor nach Ablehnung der materiellen Gesetzeslehren notwendigerweise für einen rein formellen Ge-

²⁶ womit insbesondere die Theorien von Laband, G. Jellinek und Anschütz angesprochen sind.

²⁷ Außer bei Cahen, aaO., S. 96 ff., 133 ff. und 152 ff. sind wir tatsächlich nirgendwo auf eine unmittelbare Anhängerschaft gestoßen.

²⁸ aaO., S. 77 und 99.

²⁹ Das Manuskript zu den beiden Bänden der „Contribution à la théorie générale de l'Etat“ war vor dem ersten Weltkrieg beendet!

³⁰ Vgl. dazu Contribution Bd. I, S. 314—317.

³¹ In Deutschland dürfte das als erster R. von Gneist erkannt haben, vgl. die Ausführungen bei Böckenförde, aaO., S. 163, 164.

In Frankreich ist an dieser Befähigung des Gesetzgebers niemals gezweifelt worden. Auch Moreau hat in dieser Beziehung keinen Vorstoß machen wollen, wenn er auf die natürliche, über eine bloße Ausführungsfunktion hinausgehende Stellung der Exekutive hinwies. Und wenn später die überkommene

setzesbegriff hätte optieren müssen. Die auch für Frankreich grundsätzlich zutreffende Scheidung in rein materielle und rein formelle Gesetzesbegriffe muß aber gleichwohl versagen: Carré de Malberg hält auch den rein formellen Gesetzesbegriff für unzutreffend.

Allerdings weist er ihn an keiner Stelle seines Werkes ausdrücklich zurück. Er stellt vielmehr sogar mehrfach fest, daß sich das französische Recht seit 1789 zusehends zu formellen Begriffen hinentwickelt habe³². Aus dieser Feststellung darf aber nicht, wie es häufig genug getan wird³³, gefolgert werden, daß Carré de Malberg sich einfach auf den Boden dieser Entwicklung gestellt hätte. So sehr er immer wieder betont, daß eine formelle Gesetzesdefinition „ne serait pas inexacte en soi“³⁴, so sehr ist er doch zugleich überzeugt, daß mit nur formellen Kriterien beispielsweise der besondere Unterschied zwischen dem Gesetz und der Verordnung nur äußerst unvollkommen ge- und erklärt werden kann: „Quelle importance qu'il convienne d'assigner à ces questions de forme, de compétence et d'organe, encore faut-il que la décision pour laquelle est revendiqué le caractère de loi, remplisse certaines conditions de fond, sans lesquelles la loi ne saurait se concevoir“³⁵. Später, nachdem er die wahre Natur des Gesetzes bereits angedeutet hat, heißt es noch: „bien que supériorité de la règle législative dépende entièrement d'une condition formelle, elle n'en constitue pas moins, en un sens, un élément foncier de la notion de loi“³⁶.

Hier wird deutlich, daß man die Lehre Carré de Malbergs nicht voll erfassen würde, wenn man sie ausschließlich unter die formelle Gesetzeslehre einreihen wollte. Sie begnügt sich nämlich nicht damit, einen Staatsakt nach dem erlassenden Organ zu definieren und die eventuelle hierarchische Stellung des einzelnen Staatsaktes — wie immer bisher³⁷ — allein aus der unterschiedlichen Rangstellung des Organs herzuleiten. Es ist die „quelque chose de plus que (la) simple différence de forme“³⁸, die Carré de Malberg herausarbeiten will. Mit dieser Frage müssen wir uns im folgenden beschäftigen.

Funktionenteilung immer mehr aufgegeben worden ist, so bestand doch dahingehend immer Übereinstimmung, daß der Gesetzgeber unbeschränkt zuständig sei.

³² Vgl. Contribution Bd. I, S. 329, 331, 333.

³³ So z. B. Sirat, aaO. Bd. II, S. 470/471 und mit Einschränkungen Masnata, aaO., S. 36 ff.

³⁴ Contribution Bd. I, S. 332, nachdem andererseits die Argumente gegen den formellen Gesetzesbegriff auf den S. 273 u. 274 kommentarlos dargestellt worden sind.

³⁵ Contribution Bd. I, S. 274.

³⁶ Dito, S. 334.

³⁷ Vgl. z. B. die einschlägige Ausführung in den Kapiteln über Moreau, Jèze und Bonnard (oben 6., 9. und 10. Kap.).

³⁸ Contribution Bd. I, S. 334.

2. Die Begründung eines „neuen“ Gesetzesbegriffs

Der Gesetzesbegriff, den Carré de Malberg vertritt, ist nach dem bisher Gesagten also nicht rein formell, keinesfalls aber materiell. Er gründet sich vielmehr auf die besonderen qualitativen Eigenschaften desjenigen Organs, das die Gesetze erläßt. *Capitant*³⁹ hat ihn einen Gesetzesbegriff genannt, der als eine „définition potentielle“ gekennzeichnet ist. Diese Bezeichnung klingt ungewöhnlich. Gleichwohl gibt sie in anschaulicher Weise wieder, was Carré de Malberg mit seinem Gesetzesbegriff hervorheben wollte: Nicht auf die Benennung eines Organs kommt es an; vielmehr ist auf das „rechtliche Können“ des die Gesetze erlassenden Organs abzustellen. Insoweit liegt sogar eine gewisse inhaltliche⁴⁰ Bestimmung des Gesetzesbegriffes vor. Der Gedankengang, der Carré de Malberg zu diesem Gesetzesbegriff geführt hat, ist in aller Kürze der folgende.

Wenn schon die Verfassung von 1875 weder eine Definition des Gesetzes noch eine solche der Verordnung vorgeschlagen hat, so meinte Carré de Malberg, müßte es doch vielleicht möglich sein, ggf. eine Definition der Gesetzgebungs- oder der Verordnunggebungsfunktion zu erlangen, in deren Bereich jeweils das Gesetz und die Verordnung entstehen. Sollte das gelingen, müßte es anschließend ein leichtes sein, aus dem Wesen der jeweiligen Funktion Rückschlüsse auf die „Rechtskraft“ der korrespondierenden staatlichen Akte zu ziehen.

In Anbetracht der dürftigen textlichen Hinweise der französischen Verfassung von 1875⁴¹ stellt diese Methode ein Glanzstück juristischer Argumentierkunst dar, denn als einzige materielle Anhaltspunkte stehen Carré de Malberg die Artikel 1 und 3 der Verfassung zur Verfügung⁴². Ihrem Zusammenwirken entnimmt er, daß dem Gesetzgeber bewußt eine Vorrangstellung eingeräumt worden ist, welche ihn befähigen sollte, die Nation mit den nötigen Primärregeln zu versorgen, die alsdann von der Exekutive nurmehr auszuführen und zu überwachen sind. Die ausdrückliche Betrauung der Verwaltung mit einer Funktion der Gesetzesausführung wäre nicht verständlich, wenn man daraus nicht folgern müßte, daß allein der Gesetzgeber die primäre Regel zu erlassen vermag, während sich die Exekutive (der Ordnungsgeber) jeweils auf eine solche Primärregel berufen muß: „Les Chambres seules ont la

³⁹ Cours de principes, S. 33.

⁴⁰ Darauf spielt auch *Masnata*, aaO., S. 38 und 39 Anm. 2, a. E. an.

⁴¹ Vgl. oben das 3. Kap.

⁴² Sie lauten: „Le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées: la Chambre des députés et le Sénat.“ und „Le Président de la République surveille et assure l'exécution des lois.“ Vgl. *Franz*, aaO., S. 396 ff.

puissance de prendre toute décision qui ne se rattache pas à une loi antérieure dont elle forme l'exécution⁴³.“

Über diese Funktion des Gesetzgebers gibt es bei Carré de Malberg keinen Zweifel. Kann nämlich die Exekutive überhaupt erst handeln, wenn vom Gesetz offen gelassene Fragen auszufüllen sind, ist umgekehrt eine gesetzgeberische Intervention immer dann erforderlich, wenn kein Gesetzestext vorhanden ist, auf Grund dessen die Exekutive handeln könnte, die Verwaltung aber gleichwohl tätig werden möchte. M. a. W.: der Gesetzgeber muß immer die Initialnorm liefern. Daß die Verfassung zugleich auch (in Art. 1 d. Verf.) das Gesetzgebungsverfahren regelt, ist unter diesen Umständen ganz nebensächlich.

Wichtig ist aber noch, daß der Verfassungsgeber keinerlei Anhaltspunkte für eine enumerativ-kompetenzmäßige Verteilung der Aufgaben zwischen Gesetzgeber und Verwaltung (Verordnungsgeber) gegeben hat: „Le législateur peut à son gré étendre son activité à toute espèce d'objets.“ Bestätigt wird das dadurch, daß die Verfassung es nicht mehr für nötig erachtet, dem Gesetzgeber den sog. Spezialvorbehalt aus der inzwischen Geschichte gewordenen Menschenrechtsklärung zuzuweisen, „ce qui aurait (peut-être) impliqué en sens inverse la faculté pour l'autorité administrative de statuer sur les objets non compris dans cette énumération“⁴⁴. So aber besteht die „pouvoir initial“ allseitig und auf jedem Gebiet. Nirgendwo darf der Ordnungsgeber ohne Ermächtigung durch den Gesetzgeber tätig werden (Allgemeinvorbehalt).

Die Frage nach dem Wesen des Gesetzes beantwortet sich damit für Carré de Malberg durchaus anders als für die beiden Hauptströmungen bei der Definition des Gesetzesbegriffes. Sie charakterisiert sich „quant au fond... par la force qui... est propre (à la loi), par sa puissance, soit immédiate, soit virtuelle“⁴⁵. Der Gesetzesbegriff wird dynamisiert. Über die konsequente Durchsetzung des Totalvorbehaltes verlangt er die Beschäftigung des Gesetzgebers mit praktisch jeder Frage, die jemals auf irgendeinem Gebiet in Erscheinung treten kann. Dieser Gesetzesbegriff scheint die Einheit des in eine formelle und eine materielle Variante des ursprünglich einheitlich verstandenen Gesetzesbegriffes wiederherzustellen. Deutlich kommt das zum Ausdruck, wenn Carré de Malberg selbst definiert: „La loi ne se caractérise pas par son contenu, mais par sa forme et par sa force inhérente à cette forme. La loi doit

⁴³ Contribution Bd. I, S. 327.

⁴⁴ Für beide Zitate siehe Contribution Bd. I, S. 327/328.

⁴⁵ Contribution Bd. I, S. 328.

être définie, non par sa matière propre, mais par sa puissance spéciale de décision initiale⁴⁶."

Zugleich wird Carré de Malberg dadurch aber auch zum Theoretiker einer Art von Gewaltenteilung, die schon fast keine mehr ist, sondern „de lege lata“ alle Entscheidungsgewalt in die Hand eines Staatsorganes, nämlich des Gesetzgebers legt. Er sagt: „La règle-loi apparaît comme le statut populaire en ce sens qu'elle est la règle fondamentale adoptée par le peuple ou ses représentants, règle qui en raison même de cette origine, est investie d'une puissance supérieure en vertu de laquelle elle régira, comme règle fondamentale de la communauté, l'activité subalterne, réglementaire ou autre, de tous autres organes ou agents de la communauté⁴⁷." Das ist nicht mehr das von der Französischen Revolution proklamierte Gewaltengliederungsmodell. Aber es findet trotzdem in der von der Dogmatik dieser Zeit proklamierten funktionellen Gewaltenteilung seine Erklärung: Durch den Repräsentationsgedanken, der das Parlament in die besondere Nähe des Souveräns (des Volkes) rückte, war das gegenseitige Gleichgewicht, die sachliche und personelle Unabhängigkeit, nämlich von Anfang an gefährdet. Zwar wurde das Eigengewicht des Parlamentes zunächst noch dadurch aufgefangen, daß es eben nur die Ausübung eines Rechtes besaß, während die Bewunderung dem Gesetz galt. Aber diese „Mechanismen“, die den Gesetzgeber vom Erwerb eines eigenen Prestiges abhalten sollten, brauchten nur in den Hintergrund zu treten. Es genügte, daß der Gedanke eines Souveräns „Gesamtvolk“ als eine unpraktikable, wenn nicht inexistente Größe erkannt wurde, und sogleich mußte der Gesetzgeber die vakant gewordene Stelle des „Souveräns“ einnehmen⁴⁸.

Genau dieses Bild ist es immer wieder gewesen, auf das Carré de Malberg bei seinen wissenschaftlichen Studien gestoßen ist. Mit voller Berechtigung konnte er darum erklären: „La séparation actuelle (des pouvoirs) est d'ordre formel⁴⁹, en tant qu'elle est conçue dans un

⁴⁶ Dito, S. 329 und ähnlich La loi, S. 43, 44. — Ansätze zur Verwendung der Initiativgewalt als Definitionsmerkmal finden sich schon bei Rossi (Cours de droit const. 2. Aufl. 1877 Bd. III, S. 365), wenn es heißt: „Il n'y a de pouvoir initial que le pouvoir législatif.“

Ähnlich auch Artur (RDP 1900 Bd. I, S. 221): „La loi a pour (second) caractère d'être un acte d'autorité initiale, qui ne se rattache par aucun lien de subordination à aucune prescription positive antérieure, qui, par suite, se produit dans des conditions de souveraineté particulièrement radicales.“ Allerdings halten beide Autoren am Allgemeinheitserfordernis fest!

⁴⁷ Contribution Bd. I, S. 350.

⁴⁸ Vgl. dazu oben 1. Kap. II. 2., a. E.; III. und 2. Kap. II.

⁴⁹ In der Tat können sich nicht zwei so ungleiche Organe wie die Exekutive und die Legislative in der 3. französischen Republik gegenseitig (das wäre materielle Gewaltenteilung!) beeinflussen. So auch Eisenmann, L'Esprit des Lois, S. 176 Anm. 2 (von S. 175).

esprit hiérarchique et fondée sur l'inégalité des organes⁵⁰." Nicht mehr gilt die Idee der Gleichordnung der Gewalten. Ganz offensichtlich ist der Gesetzgeber die überragende Gewalt im Staat geworden, dem sich alle anderen Gewalten in jeder Hinsicht unterordnen müssen⁵¹. Nachdem der Gesetzgeber seine Stellung als eines bloßen Repräsentanten abgelegt hat, erscheint er selbst in der Position des „Herrschers“⁵². „Tranchons le mot, ce Parlement, conçue comme le représentant de la nation, devient effectivement le souverain⁵³.“

III. Der Verordnungsbegriff

Diesem Ergebnis entspricht es, wenn Carré de Malberg am Anfang seiner Ausführungen zum Problem der Verordnung Wert auf die Feststellung legt, daß die allgemeinen Anordnungen der Verwaltung „demeurent... une règle d'ordre subalterne, n'ayant que la valeur de prescription administrative“⁵⁴. Zwar ist die formelle Zugehörigkeit der Verordnung zu den Akten der Verwaltung nie ernsthaft bestritten worden⁵⁵. Jedoch ist — wie das bisher fast immer beobachtet werden konnte — die Verordnung grundsätzlich einer besonderen, von den übrigen Akten der Verwaltung getrennten dogmatischen Behandlung zuteil geworden. Diesen Vorstellungen will Carré de Malberg ein Ende bereiten.

Freilich streitet er nicht ab, daß es zwischen Gesetz und Verordnung Gemeinsamkeiten gibt, wie er auch den großen praktischen Wert einer Unterscheidung zwischen Gesetzen im formellen und materiellen Sinne nie gelegnet hat. Immerhin anerkennt er die Allgemeinheit des Gesetzes durchaus als ein Naturale dieses Staatsaktes. Auch steht für Carré de Malberg die gleiche inhaltliche Bedeutung von Gesetz und Verordnung z. B. bei der Entscheidung eines Rechtsstreites fest; und schließlich übersieht er auch nicht, daß Gesetz und Verordnung in gleicher Weise strafrechtlich sanktioniert zu werden pflegen.

⁵⁰ La loi, S. 84. In den „Contributions“ ist dieses Ergebnis noch nicht, jedenfalls nicht so klar, herausgearbeitet.

⁵¹ So auch die Beurteilung von Quérmonne, aaO., S. 59.

⁵² So auch Capitant, La réforme, S. 11: „Gouverner n'est plus agir dans le cadre des lois existantes, gouverner c'est diriger cette législation elle-même, gouverner, en un mot, c'est légiférer...“

⁵³ La loi, S. 20.

⁵⁴ Contribution Bd. I, S. 332.

⁵⁵ In dieser Vorstellung kommt sinnfällig der unterschiedliche Ausgangspunkt zwischen dem französischen und dem deutschen Recht zum Ausdruck. Während dort die Zäsur von 1789 in Gesetze und Betätigungen der Verwaltung trennte, besaß hier die Verordnung eine eigene Entwicklungsgeschichte: Sie war das zunächst immer noch recht große Residuum ursprünglicher Allzuständigkeit der Krone.

Jedoch ist von diesen Gemeinsamkeiten her das Wesen der Verordnung nicht zu erschließen! Carré de Malberg geht es im wesentlichen um die Richtigstellung zweier Punkte: Für falsch hält er die Theorien, „qui traitent les règlements comme une sorte d'actes profondément différents des autres actes administratifs“, unrichtig sind ihm aber auch diejenigen Auffassungen, „(qui établissent) entre l'acte législatif et l'acte réglementaire une opposition absolue... par leur domaine propre...“⁵⁶.

1. Die Verordnungen als Akte der Exekutive

Die Unzulässigkeit der Annahme eines wesensmäßigen Unterschiedes zwischen der Verordnung und den übrigen Akten der Verwaltung ergibt sich für ihn schon daraus, daß jedenfalls in der Verfassung von 1875 die „pouvoir réglementaire“ nicht mehr besonders erwähnt ist. In der Tat ist in Wiederholung des Artikels 49 der Verfassung von 1848⁵⁷ die Ermächtigung des Chefs der Exekutive zum Erlaß von Verordnungen durch die allgemeine Wendung ersetzt worden, daß die Spitze der Exekutive die Ausführung der Gesetze zu überwachen und sicherzustellen habe⁵⁸. Wenn man aber „ne trouve plus qu'une formule unique, comprenant indistinctement les actes réglementaires et les autres actes administratifs du Chef de l'Exécutif... cette formule... signifie clairement que le règlement a mêmes fondement, nature et effets que n'importe quel autre acte de puissance administrative fait par le Président“⁵⁹.

Daß überhaupt einmal von Verfassungen wegen die verordnungsgebende Gewalt besonders erwähnt worden sei, erklärt uns Carré de Malberg mit politisch-historischen Argumenten aus der (späten) Erkenntnis des nachrevolutionären Verfassungsgebers, die oberste Verwaltungsspitze sachnotwendig mit einer Kompetenz zum Erlaß allgemeiner Regeln ausstatten zu müssen, obwohl die seinerzeit gültige Gewaltengliederung an sich die Konzentration der Setzung allen allgemeinen Rechts beim Gesetzgeber verlangt hätte⁶⁰. Mit der Ersetzung der Funktionenteilung, die auf dem Gegensatz zwischen „Allgemeinem“ und „Besonderem“ aufbaute, durch die Verteilung der Staatsgewalt nach dem Ge-

⁵⁶ Contribution Bd. I, S. 571.

⁵⁷ Dort beschränkte man sich ebenfalls zu sagen, daß der Staatspräsident „surveille et assure l'exécution des lois.“ Vgl. *Duverger*, Constitutions, S. 94.

⁵⁸ Vgl. vorstehend im Text die Anm. 42.

⁵⁹ Vgl. Contribution Bd. I, S. 573/574. Diese Sicht der Verordnung als Akt der Verwaltung ist seitdem ganz h. M. in Frankreich geworden. Vgl. z. B. *Bonneau*, aaO., S. 65 und dessen weitere Nachweise auf S. 63.

⁶⁰ Vgl. dazu oben I. Kap. II. 3. und Contribution Bd. I, S. 574.

gensatzpaar „Prinzip“—„Detail“ („exécution“), sei sodann die auf dem Begriff der „généralité“ basierende Verwandtschaft zwischen Gesetz und Verordnung erstmalig lockerer geworden. Sie habe aufhören müssen, überhaupt relevant zu sein, nachdem die „généralité de la loi“ zum bloßen „Naturale“ des Gesetzesbegriffs herabgesunken sei.

Entsprechend mußten die übereinstimmenden Merkmale zwischen der Verordnung und den übrigen Akten der Verwaltung zunehmen, denn Gesetzesausführung traf ja für beide Kategorien zu. Gleichwohl läßt sich auf diese Erscheinung nun wiederum nicht die „opposition absolue“ zwischen Gesetz und Verordnung stützen. Die Verwendung des Begriffs „exécution“ zur Bezeichnung respektiver Domänen zwischen dem Gesetzgeber und Verordnungsgeber kann nur bedeuten, „(qu'on) cherche un refuge dans (une) formule banale“, denn „cette notion du règlement exécutif demeure fort obscure“⁶¹. Niemand kann genau sagen, wo eine Verordnungsmaterie von dieser Natur beginnt und wo sie aufhört, von welcher Beschaffenheit die Regeln des Verordnungsgebers sein können und wie das Verhältnis der Ausführungsverordnung zum „bloc légal“ zu sein hat.

Es ist demgemäß auch insoweit nach neuen Gesichtspunkten auszusuchen, mit deren Hilfe eine Aussage über das Verhältnis zwischen Gesetz und Verordnung gemacht werden kann. Carré de Malberg gibt hier die folgenden Punkte an die Hand⁶²:

a) Zunächst fehlt der Verordnung die „Wirkungskraft“, die „puissance d'effets“ des Gesetzes. Während die Gesetze Richtschnur für alle möglichen staatlichen Behörden zu sein vermögen, kommt den Verordnungen solche Fähigkeit nicht zu. Sie sind Quellen niederen, abhängigen Rechts. Weder binden sie den Gesetzgeber, noch binden sie natürlich die Verwaltungsbehörden selbst, die in jedem Fall Herr der von ihnen geschaffenen Verordnungsrechtsordnung bleiben. Den Verordnungen fehlt aber weiterhin auch die von Carré de Malberg nur dem Gesetz zuerkannte Fähigkeit, im Einzelfall von der Befolgung der selbst gesetzten allgemeinen Ordnung entbinden zu können: „L'autorité administrative ne pourrait, en se servant de la voie réglementaire, prescrire à titre exceptionnel des mesures qui violeraient, au détriment des administrés, l'ordre juridique général résultant de ses propres règlements“⁶³.

⁶¹ Contribution Bd. I, S. 563.

⁶² Zum folgenden Carré de Malberg, Contribution Bd. I, S. 574 ff. (No 192—194).

⁶³ Vielmehr müßte die gesamte Verordnung aufgehoben werden, wenn das möglich ist. Verwaltungsakte i. e. S. können indessen nicht wie das Einzelfall- oder Einzelpersonengesetz die allgemeine Verordnung derogieren, vgl. Contribution Bd. I, S. 575.

b) Die Verordnung hat aber auch nicht dieselbe Initiativgewalt und die Fähigkeit der freien Verfügung („puissance d'initiative et de libre disposition“) wie das Gesetz: „Tandis que le pouvoir législatif s'exerce d'une façon initiale et inconditionnée, le règlement est, comme toute acte administratif, un acte subalterne qui... ne peut intervenir qu'en exécution des lois.“ Die Verordnung hat grundsätzlich intra und secundum legem zu verbleiben. Sie ist nur gültig, „autant qu'il (die Verordnung) se fonde sur la loi ou du moins se rattache à un texte législatif appelant à sa suite de l'exécution“⁶⁴.

2. Der Begriff der Gesetzesausführung

Wie ist nun aber dieser Begriff „exécution“ zu verstehen? Muß man ihn eng oder weit fassen? Bindet er den Verordnungsgeber an bloßen Nachvollzug und Komplettierung der bestehenden Gesetze, oder hat er ein den Umständen entsprechendes, freies Ermessen der Exekutive unter der einzigen Voraussetzung zum Inhalt, daß das „auszuführende“ Gesetz der Ermessensbetätigung nicht entgegensteht?

Nach den bisherigen Ausführungen kann es nicht überraschen, wenn der zu erörternde Begriff im weitesten Sinne verstanden wird. Theoretisch⁶⁵ kann er so weit gedehnt werden, daß der Gesetzgeber nur noch von Zeit zu Zeit seine Ermächtigungen erteilt und im übrigen der Exekutive die Versorgung des Staatswesens mit den notwendigen Normen überläßt⁶⁶. Carré de Malbergs Ausführungen sind in dieser Hinsicht

⁶⁴ Vgl. Contribution Bd. I, S. 575 f. Verordnungen praeter legem sind also unzulässig. A. A. die h. M. Vgl. oben 6. Kap. I. 2. (Moreau) und 7. Kap. III. (Duguit). Weitere Nachweise bei *Bonneau*, aaO., S. 83 ff., 85 ff.

⁶⁵ Contribution Bd. I S. 631: „... dans le droit public français, le Parlement peut, d'une façon presque indéfinie, accroître les compétences du règlement présidentiel, parce que la Constitution n'a point délimité le domaine matériel propre de la législation...“

⁶⁶ Zustimmung zu dieser Beurteilung *Burdeau* in RDP 1935, S. 374 (Anm. 1 von S. 373): „... si l'exécutif est compétent sous la seule condition d'y avoir été autorisé, pour prendre toutes mesures quelconques, a fortiori le Parlement jouit-il d'une faculté illimitée d'habilitation...“ Freilich soll laut *Burdeau* die Befugnis der Exekutive nicht über ein bestimmtes Maß hinausgehen dürfen: „A supposer que le parlement veuille armer l'exécutif d'une puissance qui en certaines circonstances, lui permette de prendre par lui-même toutes mesures qu'il jugerait utile, la règle de la spécialité exige que la loi d'habilitation précise, tout au moins, les éventualités en prévision desquelles cette large puissance est accordée, ou encore la période passagère durant laquelle elle pourra être exercée...“ (Hervorhebungen durch den Verfasser.)

Das Spezialitätserfordernis bei der Ermächtigung soll hierbei unmittelbar aus der Exekutionsfunktion folgen.

In dieser Klarheit hat das *Carré de Malberg* freilich erst in Confrontation, Nr. 40 geäußert. Bis dahin hatte er nämlich durchweg mehr Gewicht auf die

recht eindeutig: „Sous la seule réserve de la nécessité de l'autorisation législative, le domaine du règlement est indéfini.“ Die einzige Begrenzung für die Verordnung folgt aus dem Prinzip, „qui subordonne l'initiative réglementaire à la condition d'une permission de la loi...“⁶⁷.

Indessen erinnern wir uns, daß diese Abhängigkeit der Verordnung vom Gesetz ihre zwei Seiten hatte: Die Verordnung ist einerseits begrenzt („limité“) durch die bestehenden Gesetze, andererseits abhängig („conditionné“) vom Gesetz. Hinsichtlich der Gesetzesabhängigkeit bestehen keine Schwierigkeiten. Es spielt keine Rolle, ob eine Verordnung nur vollzieht oder schon ausführt oder gar im weitesten Sinn ein Programm in die Wirklichkeit umsetzt: Alles fällt unter den farblosen Begriff „exécuter“, wenn die Verordnung nur innerhalb der gegebenen Ermächtigung bleibt. Ohne Autorisation in den verschiedenen Fällen der Ausführung wäre eine Verordnung allerdings illegal. Schwierig wird es erst, wenn es sich darum handelt festzustellen, wie die Begrenzung („limitation“) der Verordnung durch die bestehende Gesetzesordnung zu beurteilen ist. Kann die Verordnung die Begrenzung durch die Gesetzesordnung überwinden, wenn auch möglicherweise unter der Voraussetzung, daß die gesetzgeberische Autorisation dergleichen zumindest stillschweigend verlangt?

Soweit ersichtlich gibt Carré de Malberg nach dem ursprünglichen Text seiner „Contribution“ keine genaue Antwort. Er konnte und mußte sie nicht geben, weil vor dem Ersten Weltkrieg Ausführungsverordnungen im weitesten Sinn (gesetzesvertretende Verordnungen) noch nicht oder kaum in Erscheinung getreten waren. Gleichwohl kann aus offensichtlich erst während der Drucklegung hinzugefügten Anmerkungen die Meinung Carré de Malbergs zu diesem Punkt in etwa erschlossen werden. So sieht er beispielsweise in dem Gesetzesentwurf der Regierung *Briand* von 1916, durch den die Regierung für den Zeitraum der Feindseligkeiten Sondervollmachten erhalten sollte, um den Anforderungen der Kriegswirtschaft unmittelbar und spontan Rechnung tragen zu können, keineswegs eine verfassungsrechtliche Unmöglichkeit⁶⁸. Dabei war von vornherein klar, daß die von der Regierung

Feststellung gelegt, daß dem Verordnungsgeber genausowenig wie dem Gesetzgeber irgendeine Betätigung schon aus sich heraus verschlossen sei, wenn nur die Ermächtigung vorliege. Erst später scheint er die Gefahr gesehen zu haben, daß durch rein formale Ermächtigungen das von ihm aufgefundene und für richtig befundene System in sein Gegenteil verkehrt werden könnte, und man geht sicherlich nicht fehl, wenn man annimmt, daß er sich deswegen eingehender mit den Problemen um Inhalt, Zweck und Umfang der Ermächtigungen an die Exekutive befaßt hat.

⁶⁷ Contribution Bd. I, S. 585.

⁶⁸ Vgl. dazu Contribution Bd. I, S. 602 Anm. 28.

Briand verlangten Ermächtigungen auch zur Einwirkung auf die bestehende Gesetzgebung dienen sollten. Carré de Malberg verfißt wiederholt die These, daß die auf Grund derartiger Autorisationen erlassenen Verordnungen im Sinne der Verfassungsordnung blieben. Darum hält er auch die in den damaligen Parlamentsdebatten erstmalig verwendete Benennung dieser Verordnungen mit der Bezeichnung „décrets-lois“ für völlig verfehlt, denn er vermag nicht zu erkennen, auf welche Weise derartige Verordnungen Ähnlichkeit mit dem Gesetz erlangt haben könnten.

Immer wieder stellt er darauf ab, daß die Verordnungen des erwähnten Regierungsentwurfes „n'auraient pu, ni s'imposer au législateur de l'avenir, ni entrer en rivalité avec les lois futurs...“, weil natürlich der Gesetzgeber jederzeit auf die angesprochenen Materien durch Widerruf der Ermächtigung zurückkommen konnte⁶⁹. Warum sollten dann derartige Verordnungen derzeit geltende Gesetze nicht aufheben dürfen⁷⁰?

Dieses Ergebnis ist später von Carré de Malberg in seinem zweiten Werk „La loi, expression de la volonté générale“ anlässlich der Ermächtigungsgesetze aus den Jahren 1924 und 1926 ausdrücklich bestätigt worden⁷¹. Die nach den genannten Gesetzen zulässigen Verordnungen definiert er wieder nur als bloße Akte der Verwaltung. Das Problem, „(que la loi) ne peut-être touché(e) à son contenu que par un acte législatif formel...“⁷², wird dadurch gelöst, daß der Gesetzgeber mit seiner Ermächtigung gewissermaßen eine Herabstufung eines Teils der bestehenden Gesetzesordnung vornimmt, damit die Verordnung hier abändernd tätig werden kann⁷³.

⁶⁹ Contribution Bd. I, S. 606 und weiter S. 607.

⁷⁰ Vgl. auch die Besprechung eines Finanzgesetzes aus dem Jahre 1906, bei dem die Aufhebung bestehender Gesetze durch Verordnungen gestreift wird: Contribution Bd. I, S. 583 Anm. 7 (ab S. 582).

⁷¹ Siehe La loi, S. 95 ff.

⁷² La loi, S. 99.

⁷³ Vorbild ist hier ein Gesetz aus dem Jahre 1884, das Teile der Verfassung ihres Charakters als „lois constitutionnelles“ entkleidete. Vgl. Loi const. v. 14. 8. 1884, Art. 3: „Les articles 1 à 7 de la loi constitutionnelle du 15 février 1875, relatifs à l'organisation du Sénat, n'auront plus le caractère constitutionnelle.“

Damit hat Carré de Malberg die von Rolland (aaO., S. 24 ff.) begründete Delegationsstheorie aufgegriffen. Vgl. dazu auch Ballreich, aaO., S. 337 ff. Sie kommt unserem Autor besonders deswegen zur Hilfe, da im übrigen die Exekutive ihre Kompetenz aus der Verfassung bezieht: „(La Constitution) s'est contentée de subordonner le règlement à la condition qu'il existe un texte de loi appelant le Président de la République à statuer. Cette condition étant remplie... le règlement... se fonde juridiquement, non point sur la loi particulière qui l'a provoqué, mais sur le pouvoir d'exécution des lois que le chef de l'Exécutif tient de la Constitution même...“ Vgl. Contribution Bd. I, S. 593.

Danach bleibt nur die Deutung übrig, daß die Seite der „non-contrariété aux lois existantes“ (= die „limitation“) dem Gedanken der „autorisation“ („permission, conditionnement“) untergeordnet wird. Das vereinbart sich in jedem Fall mit der unbeschränkten Souveränität des Gesetzgebers. Ist der Gesetzgeber überhaupt dasjenige Organ im Staat, das als einziges unbeschränkt auf die Rechtsordnung der Nation einwirken kann, muß er auch jederzeit Kompetenzen anderer auslösen können. Einzig wichtig ist, daß der Gesetzgeber die Initiative ergreift.

Damit ist allerdings der neuralgische Punkt in Carré de Malbergs Auffassung über das Verhältnis von Gesetz und Verordnung erreicht: Ein Vergleich der Tragweite des Gesetzes mit der Reichweite der Verordnung zeigt, daß diese beiden wichtigsten Akte staatlicher Rechtssetzung dennoch kaum voneinander geschieden werden können⁷⁴. Zwar genießt allein der Gesetzgeber die absolute Entscheidungsfreiheit und kann nur er zu jeder Zeit diejenigen Regelungen treffen, die er für nötig hält, wohingegen der Ordnungsgeber durch die bestehende Gesetzesordnung gebunden ist und eine Autorisation abwarten muß⁷⁵. Ist diese „permission“ aber einmal gegeben, können auf dem Verordnungswege genau dieselben Fragen entschieden werden, wie sie sonst der Gesetzgeber getroffen hätte. Laut Carré de Malberg ist nicht einmal mehr die traditionelle „matière réservée au législateur“ (Spezialvorbehalt) ein Reservat des Gesetzgebers, weil positivrechtlich die Verfassung dazu nichts mehr anordnet und etwa bestehendes Gewohnheitsrecht längst außer Anwendung gekommen ist⁷⁶.

Die Exekutive bedarf somit nur noch der Überwachung durch ein dazu am meisten legitimes Organ. Nach der Rechtstradition ist das selbstverständlich der Gesetzgeber. Aber im Rahmen einer nur unterschiedlichen „Rechtskraft“ zwischen Gesetz und Verordnung sind die früheren sachlichen Unterscheidungsmerkmale, die nicht zuletzt auch die Abhängigkeit der Verordnung vom Gesetz herbeiführen sollten, aufgegeben. Deshalb hat man auch in Carré de Malberg letztlich einen Wegbereiter für die zunehmende Bedeutung und Selbständigkeit des Ordnungsgebers zu sehen.

⁷⁴ Contribution Bd. I S. 599: „... la Constitution française ... délimite... la législation et l'administration... uniquement par leur degré de puissance respective.“ Vgl. auch aaO., S. 631.

⁷⁵ „en toute matière, le règlement présuppose une loi, soit une loi dont il vient développer les prescriptions pour en assurer l'application (règlement complémentaire), soit une loi qui ait invité ou obligé le chef de l'Exécutif à user, pour un objet déterminé par elle (règlement d'administration publique' und 'décret-loi'), de son pouvoir de réglementation.“ Vgl. Contribution Bd. I S. 587, ähnlich auch S. 637 usf.

⁷⁶ Contribution Bd. I, S. 602, 626, 628 Anm. 29.

Nur insoweit besteht ein Zurückgehen gegenüber den bisherigen Ergebnissen, als mit der Gesetzesabhängigkeit (*secundum legem*), wie formal sie auch immer sei, absolut Ernst gemacht wird.

Für die wichtige Gruppe der sogenannten „*règlements spontanés*“ (Polizeiverordnungen, „*règlements relatifs à l'organisation et au fonctionnement des services publics*“⁷⁷) bedeutet dies z. B., daß sie so lange unzulässig bleiben, als kein auszuführendes Gesetz vorgegeben ist⁷⁸. Zwar ist diese Konsequenz durchaus logisch, denn andernfalls hätte Carré de Malberg in einem bestimmten Bereich der Verwaltung „*règlements à titre primaire*“ anerkennen müssen. Aber wird die positivistische Methode nicht übertrieben und zugleich mißachtet, wenn man angesichts einer entgegenstehenden Lehre und Staatspraxis⁷⁹ letztlich erfahren muß, daß der Begriff „*exécution des lois*“ eben immer nur das hergeben könne, was in ihm stecke, nämlich ausdrückliche und eigentliche Gesetzesausführung⁸⁰? Hier wird Carré de Malberg doktrinär, um die Schlüssigkeit seines Systems aufrechtzuerhalten. Dabei übersieht er, daß die sog. „*règlements autonomes*“ ideengeschichtlich tatsächlich die ersten Vorboten einer etwas eigenständigeren Verordnungsgewalt darstellen⁸¹.

⁷⁷ - Zu der Gattung der die „*service publics*“ betreffenden Verordnungen gehören auch diejenigen Verordnungen, die nach deutscher Terminologie „Verwaltungsverordnungen“ zu nennen wären. Sie unterscheiden sich bei Carré de Malberg von der gewöhnlichen Verordnung als einer „*règle publique*“ dadurch, daß sie bloße „*instruction*“ und damit „*règle intérieure*“ sind, vgl. Contribution Bd. I, S. 667. Sie ergeben auf Grund der „*puissance hiérarchique des supérieurs administratifs*“ (Organisationsgewalt) und sind „*dépourvus d'efficacité au regard des administrés*“, vgl. aaO., S. 665. Gesetzesausführung steht daher nicht in Frage, so daß sich auch insoweit das Problem einer generellen oder speziellen Ermächtigungsgrundlage i. V. m. einem Gesetz überhaupt nicht stellt. Das hat freilich zur Folge, daß auch der „*recours pour excès de pouvoirs*“ unzulässig ist, vgl. CE v. 7. 7. 1905, affaire Borel: „*ces instructions (gemeint sind verwaltungsinterne Anordnungen im hier verstandenen Sinne) ne constituent pas une décision susceptible d'être déféré au Conseil d'Etat . . .*“, zit. nach Carré de Malberg, Contribution Bd. I, S. 669.

Der Sache nach liegen den besprochenen Unterscheidungen also ganz ähnliche Erwägungen zugrunde, wie sie in Deutschland zur Begründung des Unterschiedes zwischen „Rechtsverordnungen“ und „Verwaltungsverordnungen“ angestellt worden sind. Zu einer Zerteilung des Rechts, der „*règle de droit*“ ist es um deswillen freilich nicht gekommen!

⁷⁸ „*Pour qu'un acte administratif puisse être qualifié d'exécution . . . il faut qu'il le soit quant à son fondement.*“ Contribution Bd. I, S. 672 f.

⁷⁹ Für eine gewohnheitsrechtliche Zulassung „*exekutionsloser*“ Spontanverordnungen traten in der Lehre z. B. *Duguit*, *Traité Bd. II* (1. Aufl.), S. 472 und *Moreau*, aaO., S. 170, 178 ein. Zur Behandlung dieses Problems in der Rspr. vgl. unten 13. Kap. III. 1.

⁸⁰ Womit alle Versuche einer ausdehnenden Interpretation dieses Begriffes, etwa im Sinne einer Sicherung der Staatstätigkeit insgesamt (Lückentheorie!), für verfassungswidrig erklärt werden: „*la vérité est, en définitive, que le cadre — trop étroit sans doute — de la constitution de 1875, qui n'a prévu que des règlements exécutifs, a été forcé*“, vgl. Contribution Bd. I, S. 657.

⁸¹ Vgl. oben 1. Kap. II. 3.

IV. Zusammenfassung und Kritik

Doch beschränken wir die Kritik nicht länger auf die Ergebnisse der Verordnungslehre in Carré de Malbergs System. Welches sind überhaupt die von diesem Autor im Rahmen unseres Themas hervorgerufenen Neuerungen?

Unter diesem Blickwinkel kann nicht häufig genug betont werden, daß die dogmatische Leistung Carré de Malbergs wohl hauptsächlich darin besteht, als erster erkannt zu haben, daß in der französischen Verfassungswirklichkeit mittlerweile ein von den herkömmlichen Vorstellungen gänzlich verschiedenes System der Gewaltengliederung entstanden war: An die Stelle einer Funktionen zuteilenden Gewaltengliederung war ein System der Hierarchie der Gewalten getreten⁸².

Diese grundstürzend neue Sicht der Dinge hatte Carré de Malberg zu einem beträchtlichen Teil der von ihm angewandten Methode zu verdanken. Nachdem *Moreaus* methodischer Ansatz ungehört geblieben war, hat er sich als einer der ersten in Frankreich nämlich nicht gescheut, allein das gegenwärtig textlich geltende Recht zum Ausgangspunkt seiner Entwicklungen zu wählen. Wenn wir uns erinnern, daß *Duguit* noch gesagt hatte, die Beschäftigung mit den bloßen Texten sei eines Juristen unwürdig, wenn sie nicht die Auffindung und Berücksichtigung überpositiver Werte umfasse⁸³, erlassen wir, welches Wagnis Carré de Malberg mit seiner Methode des staatsrechtlichen Positivismus einging. Allen Anfechtungen zum Trotz ermöglichte aber allein sie dem Autor eine kritische Beurteilung aller bis dahin vertretenen Meinungen. Immer wieder ist das zu bemerken, wenn er bei den in großer Zahl von ihm aufgeworfenen Streitfragen die Theorie und die „*vraie notion de . . . selon le droit positif français*“ einander gegenüberstellt.

Diese neue Sicht der Gewaltenbalance in Frankreich eröffnete Carré de Malberg sodann aber auch die Möglichkeit, sowohl den Gesetzes- als auch Verordnungsbegriff einer gründlichen Revision zu unterziehen, wobei ihm methodisch sehr zustatten kam, sein Augenmerk vorerst von

⁸² Ebenso: *Capitant* in Archives de Philosophie du Droit 1937, S. 89 ff.; *Burdeau* in RDP 1935, S. 375/376; *Waline* in RDP 1934, S. 537; *Kopp*, aaO. Bd. I, S. 225.

Diese Theorie von der Hierarchie der Staatsgewalten besitzt ihre teilweise Entsprechung in der Stufentheorie von *Meckl* und *Kelsen*. Sie unterscheidet sich von ihr aber dadurch, daß sie — soweit sie das Verhältnis zwischen Gesetz und Verordnung betrifft — nicht auch der Vorstellung folgt, daß das Recht mit fortlaufender Verwirklichung durch rangniedrigere Anordnungen zugleich einen Prozeß der Verbesonderung durchmacht. Carré de Malbergs Gewaltengliederungstheorie verwirklicht also nur die formelle Seite einer Stufentheorie!

⁸³ Vgl. oben 9. Kap. I., a. A.

den Inhaltserfordernissen der in unserem Zusammenhang interessierenden Begriffe abzuwenden und sich vordringlich einer Analyse der Kompetenzen der Staatsgewalten zu widmen.

Diese Methode hatte für den Gesetzesbegriff zur Folge, daß fast keines der bisher angetroffenen Merkmale überhaupt noch auffindbar ist. Weder muß das Gesetz von Dauer sein noch wird seine Allgemeinheit verlangt. Von einer Anlehnung dieses Begriffes an ein vorgegebenes Recht kann erst recht nicht die Rede sein. Vielmehr kann man mit diesem Begriff, je nach Lage der geltenden Verfassung, fast anstellen was man will, weil eben auch der Gesetzgeber machen kann, was er will⁸⁴.

In bezug auf den Verordnungsbegriff möchte man zwar bei erstem Hinsehen meinen, daß ein Rückschlag im Entwicklungsbild der zunehmenden Emanzipation der Verordnung festgestellt werden müßte. Ist nicht die Verordnung durch das absolute Primat des Gesetzgebers abhängiger geworden als je zuvor⁸⁵?

Aber es ist schon in gegebenem Zusammenhang darauf hingewiesen worden, daß Carré de Malberg andererseits zu der grundsätzlichen Feststellung gelangt ist, daß Gesetz und Verordnung bei aller Unterschiedlichkeit im übrigen durchaus dieselben Sachgebiete behandeln können⁸⁶. Das aber ist ein wichtiger Schritt nach vorn, war doch von allen bisher behandelten Autoren entweder der Begriff der „exécution de la loi“ enger gefaßt oder der traditionelle Spezialvorbehalt des Gesetzgebers gemäß den Menschenrechtserklärungen zur Beschränkung der verordnunggebenden Gewalt verwendet worden. *Duguit* hatte sogar noch auf das Gewaltgliederungsschema hingewiesen, das alle allgemeinen Anordnungen einem einzigen Organ zuweisen wollte und das jeweils erst von einem Gewohnheitsrecht unterlaufen werden müßte.

Das Ergebnis der wissenschaftlichen Bemühungen von Carré de Malberg kommt somit ganz allgemein in einer zunehmenden Formalisierung aller uns interessierenden Begriffe zum Ausdruck. Man wird daher nicht fehlgehen, sein System als ein sog. offenes System zu bezeichnen, in dem man am Ende die Abwesenheit jeglicher materieller Kriterien vielleicht doch bedauern möchte. Seine Methode vermag nämlich nicht nur die absolute Herrschaft des Gesetzgebers zu begründen, die man noch hinnehmen mag, solange eine Vertrauensbasis zum Parlament besteht. Ein solches System kann vielmehr auch die Zulässigkeit einer mehr oder minder offenen Herrschaft der Exekutive begründen, wenn

das Parlament — aus welchen Gründen auch immer — nicht mehr entscheiden kann oder will.

Hier macht sich ein „autoritärer“ Zug in der Lehre Carré de Malbergs bemerkbar, der laut *Capitant*⁸⁷ besonders für den hier erörterten Gesetzesbegriff gelten soll, aber m. E. verallgemeinernd für das gesamte dargestellte System zutrifft. Letztlich liegt das daran, daß Carré de Malberg nach seiner Entscheidung für den Rechtspositivismus, wenn er konsequent bleiben wollte, wertfrei aufbauen mußte. Den herkömmlichen materiellen Einteilungsbegriffen kam aber immer auch eine durchaus stabilisierend-wertende Wirkung zu.

Deshalb wird man einer Bemerkung *Batiffols*⁸⁸ widersprechen müssen, wonach der Rechtspositivismus nicht notwendig zum Gesetzesfetischismus und zur Wertfreiheit führen müsse. Denn was geschieht, wenn Gesetze offensichtlich zu Unrechtsgesetzen werden? Soll man sich allein auf das Dazwischenkommen eines Staatsstreichs oder etwa einer Revolution verlassen, „(qui) ne sont pas juridiques, (et) ceux qui les fomentent en prennent la responsabilité personnelle“⁸⁹? Ist es dann nicht besser, durch die Hereinnahme von wertabhängigen Begriffen einer Totalisierung im außerrechtlichen Bereich schon aus dem System heraus vorzubeugen⁹⁰?

⁸⁷ Vgl. Archives de Philosophie du Droit 1937, S. 91. — In Deutschland ist es mit den Lehren von Carl Schmitt, E. R. Huber und O. Koellreuter ähnlich gewesen. Sie ließen jeden Bezug auf außerjuristische Werte vermissen, ja z. T. ist ein bewußtes Bekenntnis zu den Zeitströmungen erkennbar, vgl. die weiteren Nachweise bei Kopp, aaO. Bd. I, S. 128/129.

⁸⁸ aaO., S. 17. Dort heißt es über den Rechtspositivismus sogar: „Le positivisme est le rempart indispensable de la liberté individuelle: pour assurer à chacun la liberté de ses choix dans le domaine des préférences politiques, philosophiques ou religieuses, il importe que la loi, qui réclame une obéissance inconditionnée, puisse être comprise et observée sans référence à ses options personnelles. Incorporer une philosophie à la loi conduit au nom de la loi à une philosophie qui sera toujours contestable et contestée...“ — Richtig sind diese Ausführungen, wenn man auf die Integrität des Gesetzgebers vertrauen darf. Da sie jedoch nicht vom System selbst erzwungen werden kann, bleibt sie eine rechtlich nicht meßbare und somit tatsächlich unkontrollierbare Größe. Daher kann der Rechtspositivismus keinerlei Hilfestellung gegenüber einer sich degenerierenden, denaturierenden Staatsmacht geben. Apriorischen Rechtssystemen ist dagegen diese Möglichkeit, z. B. durch Gewährung eines Widerstandsrechts (zumindest theoretisch), nicht von vornherein verbaut.

⁸⁹ *Batiffol*, aaO., S. 17.

⁹⁰ *Carré de Malberg* hat freilich gemeint, daß sein System sehr wohl die soziale Sicherheit aufrechterhalten oder gar wiederherstellen könne, wohingegen er *Duguits* und *Hauriou's* Überzeugung, daß ungerechten Gesetzen nicht gehorcht zu werden brauche, des latenten Anarchismus verdächtige.

Aber all das ist eben nur unter der Voraussetzung gültig, daß man allgemein mit Integrität und Loyalität bei der Ausübung der Staatsgewalten rechnen kann. Die latente Neigung des rein formellen Gesetzesbegriffs zum Totalitarismus wird demgemäß auch in Frankreich grundsätzlich anerkannt, vgl. etwa *Maspétiol*, aaO., S. 55.

⁸⁴ Vgl. *Prélot*, Institutions, S. 455—459.

⁸⁵ Insoweit war Carré de Malberg eben der konsequente Theoretiker des absoluten Parlamentarismus.

⁸⁶ Vgl. vorstehend im Text III. 2.

12. Kapitel

Henry Berthélemy* —
Marcel Paul Charles Marie de la Bigne de Villeneuve**

Berthélemy und de la Bigne de Villeneuve sind zwei Autoren, die sich in die bislang festgestellte Entwicklungslinie von überwiegend apriorischen Rechtsauffassungen zu einem immer konsequenter werdenden Rechtspositivismus nicht recht einordnen lassen. Gleichwohl ist die kursorische Einbeziehung dieser beiden Autoren in unsere Betrachtungen interessant, weil dadurch deutlich wird (was nicht immer eine Selbstverständlichkeit ist), daß Entwicklungen zuweilen ungleich stark an Boden gewinnen, daß es sogar retardierende Einflüsse geben kann.

In dieser Beziehung ist der Beitrag von Berthélemy und de la Bigne de Villeneuve sogar von ausgeprägt reaktionärer Beschaffenheit: Beide Autoren fühlen sich nämlich durch das gemeinsame Ziel verbunden, als sie gegen den immer stärker sich ausbreitenden modernen Rechtspositivismus zu Felde ziehen wollen. Sie bedauern die zunehmende Entleerung der traditionellen Begriffe von Recht und Gesetz und wollen auch im übrigen dem, wie sie es nennen, völligen Niedergang der alten Einteilungen steuern.

I. Der Rechtsbegriff

Der Rechtsbegriff beider Autoren ist demgemäß grundsätzlich apriorisch bestimmt. Ein neu verstandenes Naturrecht von relativer Konstantheit wird gelehrt. Es gilt zu bewahren die sog. „consciences du juste et de l'injuste“, und zwar als „attribut universel des races humaines“. Schon die primitiven Gewohnheiten der menschlichen Urgesellschaften sind z. B. laut Berthélemy von einer in dieser Richtung zielenden „conscience collective“ durchdrungen. „Le droit positif, celui qui aura pour source les ordres des gouvernants et les décisions des juges, devra tendre à s'en rapprocher le plus possible, et ne pourra s'en écarter qu'au risque de devenir un instrument de tyrannie!“

* 1857—1943.

** 1889—1958.

1 Berthélemy, Défense, S. 814.

II. Gesetz und Verordnung

Bei diesem Ausgangspunkt ist es natürlich, wenn gefordert wird, daß die beiden wichtigsten staatlichen Anordnungen, die Gesetze und die Verordnungen, möglichst eng an dem aufgefundenen überpositiven Recht zu orientieren sind. Nach Berthélemy verdient das Gesetz unsere Beachtung allein dann, wenn es mit dem vorgegebenen Recht identisch ist³. Deswegen wird das „wahre“ Recht häufig nicht in der Beobachtung der geltenden Gesetze erlebt, sondern man kann allenfalls sagen, daß das Gesetzesgebungsverfahren dasjenige Verfahren ist, durch das „les gouvernants sanctionnent et font observer le droit“, falls das Recht auch wirklich vom positiven Recht verwirklicht wird.

Allerdings brauchen die Gesetze nicht notwendigerweise allgemein zu sein⁵. Gesetz ist vielmehr „toute disposition impérative, conforme à la raison et orientée au bien commun, qui sera portée par l'autorité souveraine de l'Etat, émanant, sauf impossibilité ou difficulté trop grande, des services qui auront régulièrement reçu compétence à cet effet et suffisamment notifiée aux intéressés.“

Beide Autoren sind von der Überzeugung durchdrungen — und sie folgen hierin den praktischen Erkenntnissen ihrer Zeit —, daß das allgemeine Gesetz wegen der Manipulierbarkeit des Begriffs der Allgemeinheit keinesfalls mehr eine Garantie der bürgerlichen Freiheit oder Gleichheit sein kann⁷. Ist das aber richtig (woran nicht zu zweifeln ist, nachdem schon *Montesquieu*, allerdings von einer anderen Seite,

² Vgl. de la Bigne de Villeneuve, aaO., bes. S. 88, wo der Autor unter Hinweis auf den *Jellinek*schen Begriff der „gebundenen Tätigkeit“ (vgl. G. *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 7. Neudruck der 3. Aufl., S. 616) einen Bezug zur Legislativfunktion herstellt, der sich daraus ergeben soll, „(qu') il s'agit d'établir le droit“, und weiter S. 95 ff. wo unter Erwähnung von *Thomas v. Aquin* auf die „rationalité, impérativité, conformité au bien commun“ als die „conditions sine quibus non“ für das Gesetz hingewiesen wird.

³ Berthélemy, Défense, S. 815.⁴ Dito, S. 814.⁵ Dito, S. 821; de la Bigne de Villeneuve, aaO., S. 95.⁶ De la Bigne de Villeneuve, aaO., S. 97.⁷ Die anschaulichsten Beispiele und Ausführungen in dieser Beziehung sind bei *Eisenmann*, Cours de Droit, S. 93—103 aufgeführt.

Einwände gegen den Begriff der „généralité“ erhoben hatte⁸⁾, so darf die Allgemeinheit im Gesetzesbegriff nicht mehr erscheinen.

Die Verordnung muß allerdings immer allgemein sein. Jedoch ist das Merkmal der „généralité“ (natürlich) rein rechtstechnisch zu verstehen. Die Verordnung muß sich von den übrigen Akten der Verwaltung unterscheiden. Vom Gesetz trennt sie der unterschiedliche Grad der Nähe zum Recht. Die Verordnung orientiert sich am Recht immer nur durch das Gesetz. Sie führt das Gesetz aus, denn die Verordnung ist ex definitione niemals „expression de la volonté nationale“⁹⁾.

III. Kritik

Man kann sich damit begnügen, die hier kurz skizzierten Ansichten von Berthélémy und de la Bigne de Villeneuve für konventionell zu halten. Aber schon im ersten Teil der vorliegenden Schrift¹⁰⁾ waren wir darauf gestoßen, daß es offensichtlich der menschlichen Natur entspricht, wenn in der Ideengeschichte der Spekulation über das Wesen des Rechtes von Zeit zu Zeit eine Art Renaissance anhebt.

Jetzt, in der vorliegenden Situation, scheint in Frankreich der Punkt erreicht zu sein, an dem mancherorts das Gefühl wach wird, daß im Zuge der Umkehrung der uns hier interessierenden Begriffe möglicherweise eine zu kompromißlose Gangart eingeschlagen worden sein könnte. Sollte wirklich all das, was bisher gelehrt worden ist, nunmehr keine Verwendung mehr finden können?

Diese Vorstellung wird bei den beiden hier behandelten Autoren immer wieder erkennbar.

⁸⁾ Vgl. oben 1. Kap. I. 1. und dort Anm. 11.

⁹⁾ Vgl. *Berthélémy*, *Défense*, S. 321. Etwas nuancierter allerdings de la *Bigne de Villeneuve*, aaO., S. 100, wenn er offensichtlich nicht für jede Verordnungsgattung den gemeinsamen Oberbegriff des „acte administratif“ (in seiner Bedeutung zur Kennzeichnung einer Ausführungsfunktion) bereithalten will, weil er entsprechend seiner Trennung zwischen einer Funktion der Regierung und einer Funktion der Verwaltung (S. 86 ff.), die nicht zuletzt einer Wiederherstellung der Legislativgewalt im herkömmlichen Sinne dienen soll, auf die „libre initiative“ und den „rôle de direction“ einerseits und die „inertie propre“ und die „obéissance nécessaire aux lois et aux instructions gouvernementales“ andererseits abstellt: „C'est ainsi . . . que l'on pourra trancher, avec éclectisme et suivant les hypothèses variées qui se présentent, la question . . . de savoir si les réglemens sont ou non des actes administratifs.“ Die Erwägung, u. U. auch der Verordnungsgewalt eine „Initiativfunktion“ zuzusprechen, scheint durch, wird aber, wie das Zitat erkennen läßt, nicht weiter durchgeführt.

¹⁰⁾ Vgl. oben 2. Kap. IV. 2.

13. Kapitel

Marcel Waline*

Mit der Darstellung von *Walines* Ansichten zu den Problemen um Recht, Gesetz und Verordnung können wir den Anschluß an neueres und neustes französisches Rechtsdenken herstellen. Dabei ist es besonders interessant festzustellen, daß dieses — wie auch sonst im europäischen Rechtskreis — in gewisser Hinsicht zu stagnieren scheint. Es werden jetzt nämlich keine neuen (ideologischen) Systeme mehr aufgebaut. Man arbeitet vielmehr mit dem reichen Bestand an Überliefertem, indem mehr oder weniger empirisch jeweils diejenigen Elemente und Merkmale fortgeführt werden, die „gesichert“ und praktisch noch verwertbar erscheinen.

I. Der Rechtsbegriff

Besonders symptomatisch ist in dieser Hinsicht *Walines* Stellungnahme zum Rechtsbegriff. Überzeugt davon, daß der bei jeder menschlichen Erkenntnis zutage tretende Konflikt zwischen dem Inhalt und der Form auch die Spekulation über den Rechtsbegriff betrifft, geht *Waline* davon aus, daß der Rechtsbegriff entweder positivistisch-voluntaristisch oder entsprechend den „théories objectivistes“ inhaltlich verstanden werden müsse. Jede Kombination, wie das wiederholt versucht worden ist¹⁾, erscheint ihm letztlich aussichtslos²⁾.

Damit wird die Option für einen der beiden möglichen Rechtsbegriffe zu einem Akt persönlicher Präferenz. Daß sich *Waline* für den Rechtspositivismus entscheidet, kann nicht weiter überraschen, denn seit *Carré de Malberg* hat diese Form der Beobachtung des Rechtes ganz allgemein das Interesse der Autoren geweckt.

An die Spitze seiner „Parteinahme“ für den Rechtspositivismus stellt *Waline* daher die typische Frage des Positivisten, der sich nicht vor-

* geb. 1900.

¹⁾ Vgl. besonders *Duguit* oben 7. Kap. I. und IV. und wohl auch *Burdeau* unten 14. Kap. I. und II.

²⁾ *Waline* in *Année politique* 1929, S. 388, 389 und 394 ff. Ähnlich *Bonnard* in *RDP* 1943, S. 242.

stellen kann und will, von welcher Beschaffenheit die überpositiven Werte sind, an die die „objectivistes“ ihre positiven Rechtsnormen anschließen. Kategorisch wird erklärt, daß jede Orientierung an vorrechtliche Finalitäten „(ne sont que des) affirmations arbitraires, reflétant le point de vue personnel de chaque juriste, par des appréciations subjectives“ und „(que) chacun n'y trouve, comme on a pu le dire de l'amour et des auberges espagnoles, que ce que (chacun) y a apporté“. Aber selbst wenn Einigkeit über den höheren Rechtswert zu erzielen wäre, stellt sich nach Waline noch immer das Problem, wieweit die staatliche Norm mit diesem Wert übereinstimmen müßte, welcher Grad der Konformität also zu erzielen wäre, damit eine Norm Rechtsnorm wird und bleibt. Aus diesen beiden Argumenten ergibt sich die Ablehnung der materiellen Theorien wie folgt: „... toute doctrine objectiviste, faisant dépendre la valeur juridique d'une règle de son adaption à un but idéal antérieurement posé, suppose ce but idéal établi tout d'abord avec précision et sans discussion possible. Mais qui aura posé ce but? Si une règle est juridique en vertu de sa conformité à un principe supérieur, ce principe supérieur est-il lui-même juridique? Il tire alors à son tour sa valeur juridique de sa conformité à un principe encore supérieur. Mais on arrive tôt ou tard à une première règle dont la valeur juridique doit dépendre d'une règle supérieure qui, elle, ne sera pas juridique. Mais quelle sera cette règle? Sans doute une règle éthique. Mais comment faire dépendre ainsi la valeur de tout un système juridique, de sa conformité avec un principe moral ou éthique, alors que la morale est faite d'affirmations irrationnelles, indémontrables, de valeur purement sentimentale? Ceci n'est pas dit d'ailleurs pour diminuer la valeur de la morale; mais les règles morales ne peuvent pas se démontrer comme un théorème de géométrie“.

Dieses lange Zitat ist beispielhaft für die Art und Weise, in der in der Gegenwart der Boden für positivistisch-voluntaristische Auffassungen vom Recht vorbereitet wird. Nicht der Inhalt einer Regel, die Konformität mit einem vorgestellten Ziel macht die Norm zur Rechtsregel, sondern allein die Anordnung durch ein bestimmtes Organ in einem bestimmten Verfahren⁶. Die Hereinnahme von ursprünglich außerrechtlichen Wertvorstellungen wird strikt abgelehnt, obwohl die „Verrechtlichung“ von Werten möglicherweise den Vorteil hat, der Rechtsordnung eine gewisse Stabilität zuteil werden zu lassen, was der Ordnungsfunktion derselben zugute kommen könnte.

⁶ L'individualisme, S. 116 und Positivismisme, S. 530, 531.

⁷ L'individualisme, S. 116.

⁸ L'individualisme, S. 116.

⁹ Dito, S. 117: „... j'estime que la valeur juridique d'une règle vient non de son contenu, mais de l'autorité qui l'a édictée.“

Der weit verbreiteten Ansicht, daß durch eine voluntaristische Auffassung vom Recht einer (bewußt) willkürlichen Inhaltsbestimmung des Rechtes Tür und Tor geöffnet werden könnte, versucht Waline dadurch die Spitze zu nehmen, daß er — wie *Carré de Malberg* — auf die Selbstverständlichkeit einer außerrechtlichen Orientierung des positiven Rechtes an den allgemeinen Sätzen der Sitte und Moral hinweist⁷. Damit scheint auch er weit davon entfernt, der natürlichen Anlage des Positivismus nachzugeben⁸.

Gleichwohl kann auch Waline keine Begründung dafür geben, warum die Rezeption eines vorrechtlichen Rechtswertes in das Rechtssystem willkürlicher sein soll als das Zurückgreifen auf Moral oder Ethik bei einer engeren Auffassung vom Recht. Man hätte es daher vielleicht lieber gesehen, wenn Waline bei seiner schlechterdings überzeugenden These, wonach nur zwischen zwei grundsätzlichen Auffassungen zum Recht gewählt werden kann, mehr die Gleichwertigkeit der Optionen zwischen diesen beiden Auffassungen betont hätte⁹. Denn bei gemäßiger Handhabung sowohl einer objektivistischen wie auch einer positivistisch-voluntaristischen Rechtstheorie dürfte es kaum zu großen Abweichungen bei den einzelnen Ergebnissen kommen.

II. Der Gesetzesbegriff

Freilich ist es logisch, wenn Waline nach diesen Stellungnahmen zum Rechtsbegriff für die Abhandlung des Gesetzesbegriffes einigermaßen festgelegt ist. Zwar heißt es in der 1. Auflage seines „Droit Administratif“ aus dem Jahre 1936 noch, „que ce qui caractérise la loi, c'est qu'elle pose une règle générale, s'appliquant à tous les citoyens sans exception de personnes, en quelque sorte anonymement, une règle s'appliquant également à tous“¹⁰. Aber er fügt dieser materiellen Seite des Gesetzesbegriffes eine Einschränkung hinzu, indem er erklärt, daß die materiellen Unterscheidungsmerkmale die Legislativfunktion nur vorläufig und annähernd zu erklären vermöchten. Die Tätigkeit des Parla-

⁷ L'individualisme, S. 117: „... on peut répondre qu'une loi que le législateur a faite sans se soucier de son adoption à des nécessités sociales sera peut-être une loi qui donnera de mauvais résultats dans la pratique, ce sera une loi impolitique, une loi contredisant les idées morales habituellement admises, une loi qui risquera de choquer le sens moral du juriste, mais cela est étranger à son caractère juridique.“ Ähnlich auch in Positivismisme, S. 529, 532/533. Die Hervorhebungen stammen vom Verfasser.

⁸ Vgl. dazu oben 11. Kap. IV. und dort Anm. 88.

⁹ Daß es letztlich gleichgültig ist, welcher der beiden Anschauungen vom Recht man sich anschließt, wird auch von *Bonnard* vertreten, vgl. RDP 1943, S. 243.

¹⁰ Vgl. S. 4.

mentes sei mit der Fähigkeit, allgemeine Gesetze erlassen zu können, nicht erschöpft. Entsprechend bestehe die Funktion der Exekutive nicht allein in der Gesetzesausführung, sondern umgreife jede Tätigkeit, die von der Verwaltung als organisierte Gesamtheit erledigt werde¹¹.

Diese Darlegungen Walines stellen im Grunde noch ein Zugeständnis an die von ihm bekämpften „*théories objectivistes*“ dar, wenn man bedenkt, daß der Begriff der „*généralité de la loi*“ im französischen Recht traditionell die Verbindung zu einem überpositiven Recht herstellte.

Doch spätestens mit der 4. Auflage des zitierten Werkes ist diese Inkonzsequenz beseitigt. Waline schwenkt jetzt ganz auf die von *Carré de Malberg* begründete moderne rechtspositivistische Linie ein: Die Allgemeinheit wird für den Gesetzesbegriff nicht mehr verlangt. Sie wird nur noch als mögliche Form des Gesetzes erörtert. Wesentlich ist, daß — wie bei *Carré de Malberg* — das Gesetz vom Repräsentanten des Souveränitätsträgers ausgeht. Seine Besonderheit besteht darin, daß es die „*plus grande force juridique*“¹² besitzt.

III. Das Verhältnis zwischen Gesetz und Verordnung — Parlamentswille und Verwaltungswille

Demgegenüber ist die Besonderheit der Verordnung die, daß sie von einem anderen Organ erlassen wird. Sie kann inhaltlich dasselbe anordnen wie das Gesetz. Sie muß sich freilich immer an ein Gesetz anlehnen¹³.

In Verfolgung dieser Grundvorstellung gerät Waline allerdings alsbald in dieselben Schwierigkeiten wie *Carré de Malberg*. Wie weit muß sich der Ordnungsgeber an den gesetzgeberischen Willen halten?

¹¹ *Droit Adm.* 1. Aufl. (1936), S. 9.

¹² *Droit Adm.* 4. Aufl. (1946), S. 20 ff. Vgl. auch die Formulierungen von *Carré de Malberg* oben 11. Kap. II. 1 c. u. 2., sowie III.

¹³ So deutlich die 6. Aufl. (1950), S. 6 ff. Nachdem Waline festgestellt hat, daß es falsch sei, die per definitionem allgemeinen Akte der Legislative um dieser Eigenschaft willen allen anderen Staatsakten gegenüberzustellen, weil

a) zwischen dem Allgemeinen und Konkreten eine Unzahl von Zwischenstufen denkbar sei (vgl. Eisenmann in *Cours de Droit*, S. 93—103) und

b) das französische Recht individuelle Gesetze ausdrücklich zulasse (vgl. CE vom 27. 1. 1950, „*Ducasse*“, *Rec.*, S. 62: „une mesure individuelle prise par une loi ne peut être valablement modifiée que par une autre loi“),

schwenkt er ganz auf den Gedankengang von *Carré de Malberg* ein: „L'exécutif, l'administratif, se caractérisent par rapport au législatif, par leur situation de subordination, et non par un genre d'activité différent. L'administrateur ne statue pas nécessairement sur d'autres objets que le législateur, mais il agit sous son impulsion, sous son autorité et son contrôle, dans le cadre des lois.“ (S. 8)

Muß noch ein konkreter Einfluß der Parlamentsentscheidung beim Tätigwerden der Verwaltung feststellbar sein oder genügt formelle Initiierung der Verwaltung, wenn sie die allgemeine Verordnung erlassen will?

Bei konsequenter Verfolgung des modernen Positivismus im voluntaristischen Gewand wäre eine Formalisierung des Verhältnisses zwischen Gesetz und Verordnung m. E. nicht von vornherein unmöglich: Neben dem Parlamentswillen hätte auch ein Wille der Regierung anerkannt werden können. Interessanterweise liegt derartige aber noch ganz außerhalb der Absichten von Waline; wie *Carré de Malberg* kann er sich zu einem solchen Schritt nicht entschließen¹⁴.

1. „*règlements de police*“ und „*règlements des services publics*“

Eine erste Schwierigkeit für die korrekte Begründung des Erfordernisses materieller Abhängigkeit zwischen Gesetz und Verordnung bilden daher wiederum die „halbautonomen“ Verordnungen, die „*règlements de police*“ und die „*règlements des services publics*“¹⁵. Wie schon *Carré de Malberg* erkannt hatte, fehlt hier die unmittelbare Gesetzesausführung, weil in der Mehrzahl der Fälle überhaupt kein Gesetz vorliegt, das ausgeführt werden könnte.

Waline entzieht sich dieser Problematik jedoch dadurch, daß er in den Gang seiner Argumentation nicht nur sehr bald auf eine feste Rechtsprechung verweist, die die Zulässigkeit derartiger Verordnungen ohne eine Gesetzesausführung i. e. S. sanktioniert hat¹⁶, sondern daß er außerdem dem Begriff der „*exécution*“ eine nicht unbedeutende Ausweitung zuteil werden läßt. Es soll jetzt nämlich nicht mehr auf die Ausführung eines einzelnen Gesetzes ankommen; nach der Verfassung von 1875 ist der Staatspräsident auch berufen, „*de veiller à l'exécution des lois*“, und: „*Pour faire appliquer une loi... il faut organiser des procédures...*“¹⁷. Es wird also das Erfordernis der Einzelgesetzesausführung dahin verstanden, daß man daraus das Recht herleitet, „*de*

¹⁴ Vgl. oben 11. Kap. III. 2. Auch für Waline ist also der absolute Parlamentarismus (noch) unbestrittenes Dogma!

¹⁵ Vgl. *Droit Adm.* 6. Aufl. (1950) S. 37 und 8. Aufl. (1959) S. 112 ff.

¹⁶ Vgl. CE vom 8. 8. 1919, „*Labonne*“, *Rec.*, S. 737: „Il appartient au Chef de l'Etat, en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres, de déterminer celles des mesures de police qui doivent en tout état de cause être appliquées dans l'ensemble du territoire.“ Vgl. außerdem CE vom 7. 2. 1936, „*Jamart*“, *Sirey* 1937. 3. 113: „même dans le cas où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire, il leur appartient, comme à tout chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité.“

prendre tous les règlements nécessaires pour assurer l'exécution soit d'une loi déterminée, soit de l'ensemble de la législation¹⁸“.

2. „décrets-lois“

Die Begründung für die Zulässigkeit der sogenannten „décrets-lois“ der ersten Nachkriegszeit ist nicht von grundsätzlich anderer Art. Auch hier ist das Bemühen des Autors deutlich feststellbar, an einer gewissen inhaltlichen Abhängigkeit des „décret-loi“, der gesetzvertretenden Verordnung, vom Gesetz festzuhalten, obwohl einem derartigen Versuch immer dadurch eine Grenze gesetzt ist, daß Waline nur ungern zu dem Ergebnis kommen möchte, in dieser Beziehung von einer verfassungswidrigen Staatspraxis berichten zu müssen. „La seule façon de reconnaître à la loi d'habilitation une valeur juridique quelconque, c'est de refuser de déclarer une telle loi inconstitutionnelle, c'est de reconnaître par suite, qu'elle a bien conféré au gouvernement le droit de méconnaître les lois, tout en affirmant que le décret-loi, s'il peut méconnaître les lois en général, doit cependant respecter la loi d'habilitation¹⁹.“ Die Vorstellung von der Verordnung als einem vom Parlament abhängigen Willensinhalt kann mit einiger Mühe so lange aufrechterhalten werden, als von der formellen Abhängigkeit der Verordnung auf ihre materielle Abhängigkeit vom Parlamentsentscheid geschlossen wird. Auf welch tönernen Füßen diese Argumentation steht, wird freilich klar, wenn Waline sich den Ausführungen *Riveros* anschließt, der erklärt hatte²⁰, daß die „décrets-lois“ schon deswegen eine zu beachtende Realität der Rechtsordnung geworden seien, weil in der Praxis tagtäglich nach ihnen gelebt werde. Einerseits ratifiziere das Parlament zwar einige der „décrets-lois“. Andererseits würden aber andere nur stillschweigend vom Gesetzgeber anerkannt. In dem einen Fall wie in dem anderen weigere sich jedoch die Rechtsprechung konstant, über die Verfassungsmäßigkeit einer solchen Praxis überhaupt zu entscheiden.

Damit erkennt Waline die „normative Kraft des Faktischen“ an! Von der Aufsichtsfunktion des Gesetzgebers über die nachgeordneten Staatsorgane bleibt kaum mehr etwas übrig. Die gesetzvertretende Verordnung beginnt als immer unabhängiger Willensentscheidung aufzu-

¹⁷ Vgl. *Droit Adm.* 5. Aufl. (1946), S. 37.

¹⁸ Vgl. so deutlich die 9. Aufl. (1963), S. 123. Die Hervorhebungen sind vom Verf. angebracht.

¹⁹ *Droit Adm.* 4. Aufl. (1946), S. 25, 26.

²⁰ Vgl. *Cinq ans de réformes*, S. 8.

²¹ *Droit Adm.* 4. Aufl. (1946), S. 26 unten.

treten. „Disons le crument: la Constitution de 1875 s'en allait par morceaux²¹.“

Die Praxis der 4. französischen Republik, die der der 3. französischen Republik seit den zwanziger Jahren sehr bald nahekam, hat hier keine Änderung gebracht. Schwieriger ist nur die Begründung für die verfassungsmäßige Zulässigkeit der sog. „décrets-lois“ geworden. Der Artikel 13 der Verfassung von 1946 verbot nämlich sinngemäß eine Neuaufgabe der „décrets-lois“ schlechthin²².

Wieder ist es aber für Waline das Nichtbestehen einer Normenkontrolle und demzufolge das vom Gesetzgeber geschaffene Verfassungsgewohnheitsrecht, das zur Derogation entgegenstehenden (imperfekten) positiven Rechts führen kann. Hierauf hebt Waline ab, wenn er erklärt, daß es gerade der Sinn z. B. des berühmten Gesetzes vom 17. 8. 1948²³ gewesen sei, die von der Verfassung verbotenen „loi d'habilitations“ wieder zuzulassen²⁴. Im weiteren verbreitet er sich zwar kritisch über die unangenehmen Folgen, die eine solche Staatspraxis nach sich zieht. Lobend wird jedoch hervorgehoben, daß der Gesetzgeber der 4. Republik die Unzuträglichkeiten, die während der 3. Republik beobachtet worden seien, dadurch wett zu machen versuche, daß das parlamentarische Kontrollverfahren verbessert worden sei. Mit keinem Wort wird dagegen die Möglichkeit der Verfassungswidrigkeit eines derartigen Vorgehens in Erwägung gezogen: Der geflügelte Ausspruch *Benthams* vom pünktlichen Gehorchen und ungezwungenen Kritisieren wird in etwas abgewandelter Form zur regelmäßigen Methode des französischen Positivismus.

3. „règlements ordinaires“ und „règlements d'administration publique“

Am besten entsprechen noch die „règlements ordinaires“ und die „règlements d'administration publique“ Walines Vorstellungen vom Gesetz als höchster Rechtsregel, an die alle rangniedrigeren Anordnungen nicht nur formell, sondern auch materiell anknüpfen müssen: Die Gruppe der „règlements ordinaires“ ergeht zwar insoweit spontan, als

²² „L'Assemblée Nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit.“ Vgl. *Prélot*, *Constitutions*, S. 141.

²³ J. O. vom 18. 8. 1948, S. 8082. Zu weiteren Einzelheiten hinsichtlich dieses Gesetzes, das der Exekutive Ermächtigungen innerhalb sog. „matières ayant par leur nature un caractère réglementaire“ erteilt, vgl. unten 15. Kap. I. 1b und II. 3.

²⁴ *Droit Adm.* 8. Aufl. (1959), S. 123. Sehr str., vgl. die Nachweise bei *Burdeau*, *Traité* Bd. VII, S. 423 Anm. 2.

keine ausdrückliche Aufforderung nötig ist²⁵; sie muß sich aber anders als die oben besprochene Gruppe der „halbautonomen“ Verordnungen auf ein Gesetz stützen. Sie bildet daher eine echte Gruppe von Ausführungsverordnungen. Dasselbe gilt für die Gruppe der sog. „règlements d'administration publique“, wenn auch ihre inhaltliche Tragweite schon recht erheblich sein kann. Das Gestaltungsvermögen dieser zuletzt genannten Verordnungen kann so weit gehen, daß das ausführende Gesetz erst im Augenblick des Erlasses des „règlement d'administration publique“ wirksam zu werden beginnt (Gesetzesergänzung).

IV. Kritik

Wenn wir nunmehr Walines Ausführungen zu unseren Problemen zusammenfassen, ist folgendes zu sagen:

Waline ist *Carré de Malberg* in weiten Teilen seines Systems geistig verbunden. Wie bei diesem gibt es bei jenem kein unrechtes Recht: „Il y a donc un droit positif anti-juridique? Qu'est-ce que ce droit (positif ou non) qui est antijuridique? N'est-ce pas contradictoire dans les termes d'appeler une règle du droit positif et d'ajouter immédiatement que ce droit positif est anti-juridique? Si une règle est antijuridique, elle ne saurait constituer du droit, même qualifié positif. La vérité est qu'il n'y a pas de mot pour désigner une règle que son auteur a voulu juridique, qui serait en effet appliqué comme telle, mais qui ne serait pas juridique. Il n'y a pas d'autre mot que „droit positif“²⁶.“ Für Waline wie für *Carré de Malberg* beginnt das Recht dort, wo der gesetzgeberische Wille einsetzt. Weil die französischen Verfassungen traditionell imperfekte Gesetze sind, gilt das — wenn man Waline recht versteht — auch gegenüber der Konstitution. Verfassungsverstöße derogieren die Verfassung. Demgemäß ist es auch ein Widerspruch in sich, von verfassungswidrigen Gesetzen zu sprechen.

Diese Vorstellung vom Recht mußte Waline stärker noch als *Carré de Malberg* einen Aufschwung der ordnungsgebenden Gewalt akzeptieren lassen. Die Formalisierung des Verhältnisses zwischen Gesetz und Verordnung wird immer augenscheinlicher. In der Staatspraxis, die von Waline anerkannt wird und anerkannt werden muß, ist bei der wichtigen Gruppe der „décrets-lois“ längst der letzte Rest einer materiellen Ausführungsfunktion abhanden gekommen. Die Ermächtigungen des

²⁵ Sie wird, da Überwachung der Gesetzesausführung („... il [le Président de la République] surveille l'exécution des lois“) zugleich die Rechtsmacht bedeutet, selbst bestimmen zu dürfen, wann ein Gesetz ausfuhrungsbedürftig ist, unmittelbar aus der Funktion der Exekutive abgeleitet.

²⁶ Individualisme, S. 117.

Gesetzgebers sind einfach zu weit geworden, als daß noch von einer inhaltlichen Ausführung durch den Ordnungsgeber gesprochen werden könnte.

Allerdings hat Waline bis zum Ende der 4. Republik daran festgehalten, daß trotz der Verlagerung wichtiger Teilgebiete der höchsten Staatsstätigkeit auf den Ordnungsgeber das Parlament das oberste Staatsorgan geblieben sei²⁷. Diese Aussage war richtig, denn selbstverständlich konnte der Gesetzgeber „aufgegebene“ Positionen kraft seiner „plénitude de compétence en toutes matières“ jederzeit wieder an sich ziehen. Allerdings sollte sich diese Konstruktion des durch seine Nähe zur Wählerschaft omnipotenten Parlamentes im entscheidenden Augenblick als mehr theoretischer Natur erweisen. Das französische Parlament hat sich auf die Dauer seiner unumschränkten Kompetenzen nicht ungestraft begeben können!

Damit wird deutlich, welches das letzte Element ist, das eine völlige Angleichung zwischen Gesetz und Verordnung bisher verhindern mußte und auch verhindert hat. Es handelt sich um die aus der „hiérarchie des normes“ herausgelöste und allein für wichtig erachtete „hiérarchie des organes“. An dieser Stelle liegt der Ansatzpunkt für die weitere Entwicklung.

Doch beachten wir vorerst noch, wie *Burdeau* im folgenden Kapitel von einer grundsätzlich anderen Warte aus zu fast gleichen Ergebnissen kommt.

²⁷ Diese Überzeugung wurde noch 1959 in der RDP, S. 703 ff. ausgedrückt.

14. Kapitel

Georges Burdeau*

Je mehr die vorliegende Abhandlung Anschluß an die unmittelbare Gegenwart gewinnt, um so empfindlicher wird der Mangel an umfassenden staatsrechtlichen Erörterungen der drei hier interessierenden Probleme. *Burdeau* ist der letzte in der Reihe von zum Teil sehr berühmten Autoren, die innerhalb eines zur allgemeinen Staatslehre oder zum Staatsrecht entwickelten Systems zu Recht, Gesetz und Verordnung Stellung bezogen haben. Dementsprechend können in den nachfolgenden Kapiteln unsere Fragen auch fast nur noch vom Boden positivrechtlicher Verfassungssituationen und deren Veränderungen in der Verfassungswirklichkeit beobachtet werden.

Der tiefere Grund für das Nachlassen des wissenschaftlichen Interesses scheint darin zu liegen, daß gegenwärtig in Frankreich (wie übrigens auch in *Deutschland*) entweder der Ausgang der zu bemerkenden Veränderungen noch nicht absehbar ist oder aber die Probleme um Recht, Gesetz und Verordnung deswegen an Anziehungskraft eingebüßt haben, weil man sich möglicherweise davon überzeugt hat, daß unsere drei Begriffe überwiegend rechtstheoretische Begriffe sind, mit denen sich unter rein rechtstechnischen Gesichtspunkten zu beschäftigen nicht lohnt. Ideologisch-dogmatischen Systematisierungen ist das gegenwärtige Zeitalter aber immer weniger zugeneigt.

Ein wenig von dieser Skepsis kann man auch bei *Burdeau* beobachten. Ähnlich wie bei *Waline* werden keine umwälzend neuen Vorstellungen mehr entwickelt, und *Burdeau* gibt selbst zu, daß er keine Grundlagen erschüttern will. Aber es sind auch kaum noch welche vorhanden! Worum es *Burdeau* geht, liegt daher kurz darin, (noch) Vorhandenes sinnvoll zu ordnen und womöglich besser zu verstehen als es bisher geschehen ist.

Unter diesem Ausgangspunkt erscheint es einigermaßen müßig zu überlegen, von welchem der vorgehend dargestellten Autoren *Burdeau* am meisten beeinflusst sein könnte. *Bonnard* hat gemeint¹, besonders

auf *Hauriou* hinweisen zu müssen. Das ist sicherlich nicht falsch, doch neben Anklängen an *Haurious* Institutionenlehre und neben der Verwendung der umfassenden Erkenntnismethode dieses großen französischen Verwaltungs- und Staatsrechtslehrers sind mannigfaltige weitere Einflüsse im Laufe der Darstellung *Burdeaus* nachweisbar. Und zwar sind hier nicht nur *Duguit* und *Bonnard* zu nennen; ohne das Wirken von *Kelsen*, *Merkel* und *Carré de Malberg* wären weite Teile in *Burdeaus* Werk wohl ebenfalls nicht in der Art und Weise niedergeschrieben worden, wie das tatsächlich geschehen ist. Ein solches Ergebnis darf aber bei der angekündigten synthetischen Methode nicht weiter überraschen.

I. Der Rechtsbegriff

Die Ausführungen *Burdeaus* zum Begriff des Rechtes nehmen in seinem Werk einen verhältnismäßig breiten Raum ein. Da sie im wesentlichen reproduzierender Art sind, genügt die Hervorkehrung einiger interessanter Gesichtspunkte:

Ausgangspunkt ist der Begriff einer fortgeschrittenen Gesellschaft, die sich über die Erscheinungsform einer bloß biologischen Gemeinschaft emporgehoben hat. In ihr bilden sich die sog. „consciences communes“, die von den „consciences individuelles“ getrennt werden müssen und daher keinesfalls eine bloße Summe der Einzelbewußtseinsäußerungen darstellen², wie das z. B. noch *Duguit* angenommen hatte³. Allerdings achtet *Burdeau* getreu einer langen französischen Tradition darauf, daß das Kollektivbewußtsein gegenüber dem Individuum kein zu selbständiges Leben gewinnt: „Il reste que la société n'est pas antérieure aux individus, elle est faite pour eux. Son fondement réside dans un état d'esprit qui peut être collectif en ses manifestations mais qui, en tout cas, est individuel dans son origine⁴.“ Das Kollektivbewußtsein baut sich also auf dem Einzelbewußtsein auf. Durch diese Abhängigkeit soll verhindert werden, daß die Gesellschaft ein Eigenleben annimmt.

Dementsprechend haben die „consciences communes“ auch nur die Rolle, die sozialen Ziele, die sich in der Gesellschaft bilden, zu artikulieren. Dem kollektiven Bewußtsein kommt keine schöpferische Kraft zu, sondern allein eine erkennende und feststellende Rolle. Das trifft allerdings auch für die „consciences individuelles“ zu: „L'identité

² „... il y a vraiment un comportement du groupe entier.“ Vgl. *Pouvoir pol.*, S. 32 u. *Traité* Bd. I, S. 46.

³ Oben 7. Kap. I.

⁴ *Pouvoir pol.*, S. 24 und 28.

* Geb. 1905.

¹ In *RDP* 1943, S. 231.

du contenu des consciences individuelles à propos du but social ne provient aucunement d'une entente préalable entre les sujets, mais de leur participation à un vouloir commun. C'est... l'objet qui crée la communion des consciences, c'est la perception d'un même but qui déclenche leur concours⁵.“ Das alles liegt darin, „(que l'individu) se subordonne à quelque chose qui le dépasse (et qu'il est) loin de créer...“⁶.

In unserem Zusammenhang ist dieses „quelque chose“, das den Menschen überkommt, ohne daß er sich ihm entziehen könnte, dasjenige, was Burdeau die „idée de droit“ nennt. Sie stellt sich dar als die „présentation d'un certain mode d'organisation d'où se dégage la reconnaissance d'un principe susceptible de valoir comme règle de Droit“. Abgesehen davon, daß sich Burdeau damit der Institutionenlehre *Hauriou* angeschlossen hat, ist besonders interessant, daß der Rechtsbegriff, soweit die inhaltliche Seite angesprochen wird, deutlicher, als das bislang geschehen ist, von der formellen Seite des Rechtes geschieden wird. Für die Erscheinung, daß das Recht verbindlich ist, wählt Burdeau einen eigenen Begriff, die sog. „règle de droit“. Sie ist „ce principe lui-même en tant qu'il est reconnu obligatoire“⁷: Nach der Feststellung des Rechtes muß erst noch die Verbindlichkeit des Rechtes gewonnen werden⁸.

Bemerkenswert ist aber auch, daß Burdeau grundsätzlich einen apriorischen Rechtsbegriff vertritt. Auf Willensentscheide soll es bei der Feststellung des Rechtes gerade nicht ankommen! Allerdings werden wir alsbald sehen, daß von der „Regelseite“ des Rechtes her, von der „obligatio“ des Rechtes also, dann doch ein voluntaristisches Element einzufießen beginnt, wenn Burdeau nämlich auf den Begriff des „gouvernement“ stößt und die Stufentheorie von *Merkel* und *Kelsen* für seine Zwecke nutzbar macht. Doch verweilen wir noch bei den Begriffen „idée de droit“ und „règle de droit“ selbst!

1. Die „idée de droit“

Bedeutet die „idée de droit“ die methodisch vorrangige Frage der Wertfeststellung, so wird auf dieser Entwicklungsstufe des Burdeauschen Systems der Einfluß von *Hauriou* für kurze Zeit recht deutlich.

⁵ Pouvoir pol., S. 31.

⁶ Pouvoir pol., S. 28.

⁷ Pouvoir pol., S. 56.

⁸ „... le droit va au delà de (la seule) constatation (du droit) pour en déduire la conséquence.“ Vgl. Pouvoir pol., S. 57. In der Moralphilosophie ist das anders. Hier genügt es, ein abstraktes Prinzip abzuleiten, das danach ohne weiteres als Basis für die moralischen Wertungen verwendet werden kann.

Burdeau hält es nämlich wie dieser für unmöglich, daß Werte und Prinzipien einer geplanten Ordnung im Wege einer losgelösten Spekulation erkannt werden können. Der Weg ist vielmehr umgekehrt! Der Geist erfaßt zuerst einen bestimmten Typ von Organisation, dann erst werden die Prinzipien dieser vorgestellten Organisation entnommen und der Organisation wieder überbaut: „Il existe... chez l'individu un ensemble de sentiments et de convictions qui se cristallisent autour de l'avenir social souhaité. De ces convictions naît l'idée de ce qui est équitable et de ce qui ne l'est pas...“⁹.

Jedoch verläßt Burdeau *Hauriou*s Denken schon wieder, wenn er nunmehr nachweisen will und muß, auf welche Weise die Objektivität seiner „idée de droit“ zu erzielen ist. Er muß nämlich zugeben, daß sich die oberen Prinzipien, aus denen man schließlich die Grundlagen einer gesellschaftlichen Ordnung ableitet, vielfach schon im persönlich-individuellen Bereich vorgeformt finden, und zwar mit allen Pflichten, die diese Prinzipien auferlegen, und allen Möglichkeiten, die sie zuerkennen. Von einem Prinzip aber, das aus den Tiefen eines individuellen Bewußtseins aufsteigt, kann man nur sagen, daß es allein eine individuelle Verhaltensregel, aber keine „idée de droit“ liefern kann. Deswegen muß Burdeau auf den Umstand Wert legen, daß das jeweilige Prinzip am Fundament der sozialen Ordnung aufgefunden wird. Erst hierdurch erhält die Verhaltensregel einen besonderen Charakter: Sie wird zur Rechtsregel: „Réfléchi par l'organisation sociale, les valeurs fondamentales de l'activité humaine dépouillent ce caractère de subjectivité qu'elles tiennent de leur origine dans notre conscience“¹⁰.“ Damit leitet Burdeau die Objektivität seiner „idée de droit“ ähnlich wie *Bonnard* aus der Unterwerfung unter die Finalität der Gesellschaft ab, die ihrerseits „per definitionem“ wie bei *Duguit* ein objektives Geschehnis ist“¹¹.

Der wesentliche Inhalt der Burdeauschen „idée de droit“ ergibt sich nunmehr aus der Feststellung derjenigen Prinzipien, die das Wesen der gesellschaftlichen Ordnung ausmachen. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint die Rechtsidee unter einem dreifachen Aspekt¹²: Zuerst ist sie „idée sociale“. Das ergibt sich ohne weiteres daraus, daß nicht das isolierte Individuum in Betracht gezogen, sondern der Mensch als Teil eines

⁹ Pouvoir pol., S. 61.

¹⁰ Pouvoir pol., S. 63.

¹¹ Dito S. 67 und bes. deutlich S. 78: „Mais ces données (de l'ordre social) elles-mêmes n'acquiescent de valeur juridique que lorsque le phénomène de représentation les intègre aux principes qui serviront de base à l'organisation juridique: L'idée de droit participe à leur objectivité alors même qu'elle les interprète.“

¹² Dazu vgl. Pouvoir pol., S. 80 ff., 91 ff., 104 ff.

Kollektivs gesehen wird. Dann ist die „*idée de droit*“ aber auch „*Ordnungsidee*“. Die Rechtsidee widerspiegelt nämlich eine bestimmte Konzeption der Gesellschaft und beschreibt damit ihre Organisation. Organisation und Ordnung lassen sich nicht trennen. Um das Ziel der Organisation zu erreichen, muß die „*idée de droit*“ die Unterordnung der gesellschaftlichen Äußerungen unter die Regeln verfügen, die die Gesellschaft bedeutet. Endlich ist die „*idée de droit*“ eine „*idée de l'avenir*“. Weil die Idee vom Recht von einer wünschenswerten, also erst zu verwirklichenden Sozialordnung ausgeht, ist ihre Blickrichtung notwendigerweise in die Zukunft gerichtet. Insoweit ist sie nicht allein eine konkret entwickelte Vorstellung über das, was sein soll, sondern trägt aus sich heraus dazu bei, diese Zukunft zu schaffen. Einerseits weist die Rechtsidee dem Menschen seinen Platz in der Rechtsordnung an, zugleich gibt sie aber noch ein Werturteil über die bestehende Ordnung ab.

2. Die „*règle de droit*“

Der Begriff der Burdeauschen „*règle de droit*“ bringt demgegenüber zum Ausdruck, auf welche Weise die „*idée de droit*“ in Raum und Zeit wirkt. Er bezeichnet also den Abschluß der Entwicklung vom Rechtsprinzip zur verbindlichen Regel.

Die Verbindlichkeit der Rechtsregel entsteht erst kraft des Dazwischentretens eines der Regel an sich fremden Gesichtspunktes. Burdeau stellt auf das Fernziel des Rechtes ab, nämlich das sog. „*bien commun*“. Durch dieses Ziel soll der „*respect de la règle*“ hervorgebracht werden.

Die Verpflichtung zum Einhalten der Regel rührt nicht daher, daß die Regel sagt, was Recht ist (Verpflichtung schon aus dem Inhalt der Regel), sondern daher, daß die unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit geordneten und stabilisierten gesellschaftlichen Beziehungen verlangen, daß der Regel gehorcht wird: Moralisch bin ich verpflichtet, weil die Regel sagt, was recht ist; rechtlich bin ich verpflichtet, weil das „*bien commun*“ verlangt, daß ich das tue, was die Regel anordnet¹³.

Damit schließt sich für Burdeau der Kreis: Ausgehend von einem gewissen (objektiven) sozialen Ideal, welches durchzusetzen sich das Recht zur Aufgabe gemacht hat oder an das die menschliche Gesellschaft mög-

¹³ Vgl. *Pouvoir pol.*, S. 117 und 122: „*Donc l'obligation juridique a pour fondement un acte de représentation par lequel les membres d'un groupe social considèrent qu'un principe de conduite préalablement constaté correspond à l'idéal de Bien commun que l'on tient comme devant servir d'objectif à l'ordonnement juridique.*“

lichst nahe herangeführt werden soll, sind die Individuen nicht nur der Meinung, daß die Beachtung des Inhaltes der bestehenden Regeln dem vorgestellten Ziel förderlich sein kann, sie gründen vielmehr auch Geltung und Wirkung der Norm auf diese Vorstellung. Die rechtliche Verbindlichkeit der Regel beruht also auf einer doppelten Vorstellung („*représentation*“): Zuerst kommt die Vorstellung der gesellschaftlichen Ordnung, dann kommt die Vorstellung der Möglichkeiten, die mit Hilfe einer bestimmten Regel erzielt werden können, um das Heraufkommen einer bestimmten Ordnung zu erwirken.

Es ist interessant zu beobachten, daß der so gewonnene Rechtsbegriff trotz der apriorisch-objektiven Grundlage der „*idée de droit*“ dem Voluntarismus und Dezisionismus geöffnet bleibt. Wir waren auf ein derartiges Ergebnis bisher schon zweimal gestoßen, und zwar einmal bei *Hauriou*¹⁴ und das andere Mal bei *Bonnard*¹⁵. Seit *Duguit*¹⁶ erscheint jede Kompromißlösung zwischen den beiden Grundansichten des Rechts einigermaßen problematisch. Allein das Institutionendenken *Hauriou*s kann die Spannung zwischen den beiden Anschauungen wohl in vertretbarer Weise lösen, wenn auch z. B. ein so kompromißloser Autor wie *Waline*¹⁷ sogleich einwenden oder nachweisen würde, daß in Wahrheit und von den Ergebnissen her gesehen eine eindeutige Option zwischen „*théories objectivistes*“ und „*théories positivistes*“ stattgefunden hat.

Wir müssen an dieser Stelle nicht erneut zu diesem Problem Stellung beziehen. Jedoch war der Hinweis auf die Problematik erforderlich, um den Leser davor zu warnen, wegen der grundsätzlich apriorischen Ausgangspunkte bei Burdeau die für diese Ausgangslage üblichen Ergebnisse in der Gesetzes- und Verordnungslehre zu erwarten. Burdeau ist ein „*Kompromißautor*“. Die Trennung seiner „*idée de droit*“ von der „*règle de droit*“ ist in der Tat symptomatisch.

II. Gesetz und Verordnung

Gleichwohl hat es verständlicher Weise für Burdeaus Gesetzesbegriff eine Bedeutung, daß die inhaltliche Seite des beschriebenen Rechtsbegriffes apriorisch angelegt gewesen ist: Es kann bei diesem Autor keinerlei notwendige Berührungspunkte zwischen Gesetz und Recht geben. Zwar muß das Recht seine Verbindlichkeit nach der Feststellung

¹⁴ Vgl. oben 8. Kap. I.

¹⁵ Vgl. oben 10. Kap. I., bes. a. E.

¹⁶ Oben 7. Kap. I., II., IV.

¹⁷ Vgl. oben 13. Kap. I.

der Prinzipien noch ausdrücklich erlangen. Aber der Umstand, daß für diesen Vorgang der Gesetzgeber zuständig ist, darf nicht überbewertet werden. In früheren Zeiten mag die besondere Stellung des Gesetzgebers zumindest ideologisch zutreffend gewesen sein. Heute kann man von diesem Organ nur noch sagen, daß es in keiner Weise besonders befähigt erscheint, Recht zu sanktionieren. Das Parlament hat nicht den Beweis erbringen können, daß es den Anforderungen der modernen Gesellschaft gewachsen ist. Den raschen Veränderungen in der Gesellschaft hinkt der Gesetzgeber ohne durchschlagenden Erfolg nach. Die komplizierten und differenzierten Sachlagen, die auf ihn zukommen, kann er meistens nur mit „ad hoc“-Regelungen begegnen. Die Folge ist, daß kaum noch eines der überlieferten Begriffsmerkmale des Gesetzes verwandt werden kann. Weder sind die Gesetze notwendig von Dauer noch müssen sie allgemein und abstrakt sein¹⁸.

Der eigentliche Grund für die Auflösung des engen Verhältnisses zwischen Gesetz und Recht liegt aber in dem Umstand begründet, daß das Gesetz kaum je noch eine Rechtsregel im herkömmlichen Sinne enthält. Heute ist das Gesetz „tantôt une solution à un problème précis, tantôt un plan d'action destiné à modifier l'ordre social existant, mais dans tous les cas elle inclut une volonté constructive. Les règles qu'elle édicte ne pré-existent pas à son adoption; elles résultent de son texte et tiennent exclusivement de lui leur force exécutoire“¹⁹. Die Gesellschaft bedarf des Gesetzes auch nicht mehr zum Schutze einer persönlichen Freiheitssphäre. Die Relativität einer solchen Freiheit ist längst eingesehen worden. Alle Hoffnungen richten sich jetzt auf die Etablierung einer neuen Gesellschaft. Von ihr erwartet man die bessere Zukunft. Das Gesetz ist allenfalls noch der „code de la richesse et des phénomènes économiques plutôt que la science du juste et de l'injuste“²⁰.

Damit spricht Burdeau die uns in *Deutschland* unter der Bezeichnung „Maßnahmegesetze“ bekannten Probleme an. Während jedoch in *Deutschland* unter dem Gesichtspunkt der Rechtsstaatlichkeit, der Gewaltengliederung und der Allgemeinheit des Gesetzes das Spannungsfeld zwischen „Rechts-“ und „Zweckgesetz“ innerhalb der Gesetzgebung

¹⁸ „... chaque groupement réclame et obtient son droit qui lui est propre.“ *Essai*, S. 44.

¹⁹ *Traité* Bd. VII, S. 355, 356. Vgl. auch schon *Essai*, S. 46. Bei dieser Art von Gesetzen (Maßnahmegesetzen) wird man in Verfolgung der Burdeauschen Begriffsbildung von einem Recht zu sprechen haben, bei dem die „idée de droit“ unterentwickelt geblieben ist. Da aber das Recht bei Burdeau wie schon bei *Hauriou* (Institutionendenken!) immer auch gestalten kann, bleibt bei diesen Erscheinungen der Charakter als Recht (natürlich) erhalten. M. E. handelt es sich insoweit um eine Ausprägung von Recht, bei dem die Seite besonders entwickelt ist, die von Burdeau als „règle de l'avenir“ bezeichnet worden war.

²⁰ *Josserand*, aaO., S. 47.

beobachtet wird und damit ein positivrechtliches Problem entsteht, hat sich der überwiegende Teil der französischen Rechtslehre wegen dieser Erscheinungsformen des Gesetzgebers längst veranlaßt gesehen, den überkommenen Gesetzesbegriff überhaupt aufzugeben und einen möglichst wertfreien Gesetzesbegriff zu vertreten. Diese Entwicklung haben wir im Verlaufe unserer Darstellungen an der fortlaufenden Formalisierung des Gesetzesbegriffes erkennen können. Infolgedessen ist in Frankreich das Problem der sog. „Maßnahmegesetze“ kein praktisches Problem geworden. Ist nämlich der Rechtsbegriff gewissermaßen „vor die Klammer gezogen“ und die Stellung der Legislativkörperschaft traditionell unbeschränkbar und unbeschränkt, bleiben die angesprochenen Fragen im „vorrechtlichen“ Raum.

Gleichwohl trägt Burdeau grundsätzlich derselben Problematik Rechnung, wenn er das Gesetzgebungsverfahren für Frankreich neuerdings als ein „procédé de gouvernement“ kennzeichnet, um damit das dem Gesetz Typische auf eine Formel zu bringen²¹. Die Technizität des Gesetzes wird in den Vordergrund gerückt, hohe ethische Festlegungen sind als Gesetzesinhalte nicht länger zu erwarten. Daß überhaupt noch ein „Gesetzgeber“ mit solchen Aufgaben beschäftigt wird, ist Burdeau fast nur noch Ausdruck einer positivrechtlichen Verfassungslage und natürlich Folge historischer Reminiszenzen. Ein anderes Organ könnte wohl ebensogut diese Funktionen übernehmen²². Nicht übersehen darf man freilich, daß diese Ergebnisse zu einem guten Teil durch Burdeaus Rechtsbegriff überhaupt erst provoziert werden: Hatte er nicht erklärt: „L'idée de droit oppose son objectivité au positivisme, à l'universalité du droit naturel, elle oppose sa contingence?“ Hatte er nicht gesagt, daß es die „idée de droit“ in ihrer freien Interpretierbarkeit sei, „(qui) permet la coexistence, dans une notion de droit unique, de la diversité des systèmes juridiques en vigueur“²³? Ist aber schon das Recht nach den jeweils neuesten Vorstellungen über das gesellschaftliche Ziel, das „bien commun“, wandelbar, müssen es erst recht diejenigen positivrechtlichen Akte sein, die diese Vorstellungen ins Werk setzen. Die Annahme eines Rechtes mit dauernd wandelbaren Inhalten muß notwendig Unruhe hervorbringen und Konsolidierungen verhindern.

Im Jahre 1939 war Burdeau daher auch nur noch aus politischer Rücksichtnahme bereit²⁴, den erniedrigten Gesetzesbegriff zu stützen. 1945

²¹ Vgl. *Essai*, S. 47 und *Traité* Bd. VII, 356.

²² „... le Parlement reste en somme seul qualifié pour connaître des questions qui relevaient au XIX^e siècle de l'action de l'Etat. Il ne l'est pas devenu pour la plupart de celles dont l'Etat a commencé à s'occuper au XX^e siècle.“ Vgl. *F. Goguel*, *Défiance du Parlement*, 1953, S. 854 zit. nach *Burdeau*, *Traité* Bd. VII, S. 360.

²³ *Pouvoir pol.*, S. 75, 76.

²⁴ *Essai*, S. 54, 55.

waren keine solchen Rücksichten zu nehmen. Offen bekennt er, daß es nun wohl nicht mehr möglich sein werde, das Gesetz auch weiterhin als Mittelpunkt im System der staatlichen Normen und Funktionen zu erhalten. Damit bekämpft Burdeau, möglicherweise in Verfolgung starker Strömungen innerhalb der französischen „résistance“, die das Wiederaufleben des Vorkriegsparlamentarismus verhindern wollten, diejenigen Theorien, die nach wie vor auf der Funktionentrennung aufbauen und sodann von einem Primat der Legislativfunktion ausgehen. Er schlägt demgegenüber vor, eine neue Klassifizierung von der Gesamtheit der staatlichen Funktionen her zu versuchen²⁵. „Définir la fonction par l'acte, c'est oublier que la fonction a d'abord un objet. Accomplir une fonction, c'est faire quelque chose, et c'est ce quelque chose qu'il faut préciser avant de considérer les moyens employés²⁶.“ Zu behaupten also, daß die Funktionen des Staates allein darin bestünden, Rechtsakte zu erlassen und zu vollziehen, ist eine Verzerrung. Die staatlichen Funktionen bestehen vielmehr darin, die „idée de droit“ zu realisieren; und diese Rechtsverwirklichung geschieht in einer Vielzahl von unterschiedlichen Vorgängen, deren Besonderheit jeweils in dem zu erreichenden Ziel zum Ausdruck kommt, nicht aber in der tätig gewordenen Staatsfunktion.

Falsch ist aber auch der zweite Gesichtspunkt, der seit dem Neubeginn durch die Französische Revolution von 1789 und in der Theorie besonders seit den Ausführungen von Carré de Malberg in der Lehre von der Funktionenteilung benützt worden ist, nämlich das Gesetz zum Angelpunkt aller Staatstätigkeit zu erheben. Der Fehler liegt hier dar-

²⁵ Vgl. Burdeau, Remarques, S. 207: „On peut dire que doctrinalement l'étude des fonctions a souffert de l'attrait exercé par le problème de leur distribution. Cette orientation initiale (der Gewaltengliederungstheorie) donnée à la pensée juridique devait être lourde de conséquences puisqu'elle a conduit à élaborer, à propos du problème qui nous occupe, une théorie qui se rapporte davantage à l'activité législative qu'à l'examen et à la classification de l'ensemble des fonctions étatiques.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser.)

Ähnlich war allerdings schon de la Bigne de Villeneuve vorgegangen (Vgl. oben 12. Kap. II. u. dort Anm. 9), der 1934 eine Vierteilung der Gewalten vorgeschlagen hatte und innerhalb dieser zwischen „fonctions primordiales, caractérisées par leur initialité et leur indépendance“, nämlich der „fonction législative“ und der „fonction gouvernementale“, und sog. „fonctions dérivées“, nämlich der „fonction administrative“ und der „fonction juridictionnelle“ unterschieden hatte. Vgl. de la Bigne de Villeneuve, aaO., S. 86 ff. und bes. S. 104, 105. Vgl. außerdem Maspétiol, aaO., S. 50 ff., 51.

²⁶ Remarques, S. 209. Auf diese Ansätze ist es Lehre und Praxis aber bis dahin angekommen. So schrieb z. B. Waline noch in der 2. Aufl. seines Droit Adm. (1939): „Montesquieu est un anarchiste qui s'ignore. Il ne songe qu'à sauvegarder les libertés des individus contre les gouvernants, et ne se préoccupe nullement d'assurer à ses derniers les pouvoirs spéciales pour diriger l'Etat.“ (Hervorhebung durch den Verf.) Hier interessieren ganz augenscheinlich Kompetenzteilungen und der Umfang dieser Zuteilungen.

in, daß die Gesetzgebung nur einen Teil, und zwar einen abnehmenden Teil originärer Normen hervorbringt. Demgemäß kann Anknüpfungspunkt für eine Funktionenteilung allein der Umstand sein, daß der Staat eine „entreprise de gouvernement“ ist. An die Spitze aller Einteilungen gehört daher der Begriff des „gouvernement“!

Dieses Vorgehen ist für französische Verhältnisse ein Vorgang von einiger Bedeutsamkeit. Bedenkt man nämlich, daß es das Kennzeichnende der französischen Rechtslehre seit 1789 gewesen ist, den Gedanken der Herrschaft konsequent aus allen Begriffsbildungen herauszuhalten, die solch staatsleitende Akte wie z. B. das Gesetz betrafen, weil man den Staat ganz unter der Herrschaft des Rechtes organisieren wollte, so erscheint es diesen Vorstellungen gegenüber fast als Ketzerei, daß der Begriff des „gouvernement“, den man allenfalls innerhalb der Exekutivfunktion anerkennen wollte²⁷, zum Zentralbegriff einer Staatsfunktionenteilung macht. Gewiß hatte in dieser Hinsicht schon Carré de Malberg die hauptsächlichsten Vorarbeiten geleistet, wenn er den Gesetzgeber mit der sog. „puissance inconditionnée“ begabte²⁸. Willensmacht bedeutet Herrschaft und Herrschaft ist „gouvernement“! Aber Carré de Malberg hatte noch nicht den Begriff des „gouvernement“ abstrahiert und damit die Beziehung zum „imperium“ so ganz unmißverständlich hervorgekehrt. In dieser Klarheit hat erst Burdeau formuliert.

Richtig ist darum nach Burdeau folgendes: „Les faits nous proposent, de l'activité étatique, une vue extrêmement simple. Elle comporte des décisions et des actes qui mettent à l'exécution ces décisions. Cette division que révèle l'analyse objective de l'activité étatique permet de distinguer deux catégories de fonctions, identifiées cette fois par leur objet: la fonction qui consiste à décider et que l'on peut appeler la fonction gouvernementale et la fonction qui consiste à mettre en œuvre des décisions antérieures que l'on peut désigner fonction administrative²⁹.“

Rechtlich bewertet werden diese beiden Funktionen mittels der zu ihrem Erlaß erforderlichen Rechtsmacht. Wenn man zugibt, daß alle Staatsfunktionen die Ins Werksetzung der Staatsgewalt bedeuten und daß die Staatsgewalt einheitlich ist, gelangt man dazu zu sagen, daß die Staatsfunktionen hierarchisch abgestuft sein müssen. Sie sind es an sich

²⁷ Vgl. z. B. Esmein, oben 5. Kap. III. und Hauriou, oben 8. Kap. III. — Nur de la Bigne de Villeneuve, aaO., S. 86 ff. (vgl. Anm. 25 vorstehend im Text), war über diese Vorstellungen hinausgegangen.

²⁸ Vgl. oben 11. Kap. II. 2.

²⁹ Remarques, S. 213 und Manuel, S. 96.

schon von der Bedeutung der Objekte her, sie sind es aber auch insoweit als zu ihrer Verwirklichung verschiedene qualitative Grade der öffentlichen Gewalt verwendet werden: „Au lieu de tenter l'impossible en cherchant à définir les fonctions par leurs matières où la nature des actes, il suffit, pour les distinguer, de tenir compte de l'intensité de la puissance que met en œuvre leur titulaire“³⁰. An die Spitze eines so verstandenen Normengebäudes sind diejenigen Regeln und Akte zu stellen, die sich zum Ziel setzen, erstmalig ein neues Problem in den Bereich des positiven Rechtes zu überführen. Auf den dann folgenden Stufenrängen (*Merkl*³¹) sind all die anderen Akte und Regeln anzusiedeln, die die erstrangigen Äußerungen der obersten Staatsgewalt nur zu präzisieren oder weiterzuentwickeln haben³².

Deutlich macht sich hier der Einfluß von *Carré de Malberg* bemerkbar, der als erster die Dualität der Staatsakte an Hand des Kriteriums der „puissance inconditionnée et initiale“ herausgearbeitet hatte³³. Burdeau baut diesen Gedanken jedoch weiter aus. Der organhaft-potentiellen Hierarchie bei *Carré de Malberg* stellt Burdeau die vom Objekt her bestimmte Qualität der angewandten Staatsmacht gegenüber; „Ce n'est pas le titre juridique de l'auteur de l'acte qui commande la qualité de puissance employée, c'est l'objet même de l'activité en cause“³⁴. Um dieser oder jener Aufgabe zu genügen, die die sozialen oder poli-

³⁰ Remarques, S. 216.

³¹ Die Lehre von der Rechtskraft S. 176 ff. (Wiener staatswissenschaftliche Studien Bd. 15, Leipzig/Wien 1923).

³² Die „idée de droit“ ist hierbei der Ausgangspunkt: „(Elle) ne retient pas toutes les règles possibles; seulement, les quelques préceptes dont elle considère favorablement l'adoption comme règle de conduite suffisent, car, de ces principes, se déduiront d'autres normes d'où procéderont, à leur tour toute une série de règles de plus en plus détaillées et précises: Si bien qu'en définitive, l'ordre juridique que postule l'idée de droit se présente comme un enchaînement de normes unies dans un rapport de succession tel qu'une règle ne pourra acquérir de valeur juridique qu'autant qu'elle sera émise en vertu d'une règle préexistante qui légitime sa création. Grace à cette hiérarchisation des éléments de l'ordonnement juridique, l'idée de droit pourra faire sentir son action jusque dans la réglementation des plus lointaines activités humaines. Parallèlement, le plan politique correspondant au type social à instaurer, conservera sa cohérence puisque toutes les règles de droit seront reliées non seulement dans un rapport de subordination, mais encore dans un enchaînement de causalité en tant qu'à chaque degré de la hiérarchie, la règle sera conditionnée, quant à sa contenu, par la règle qui la précède.“ (Die Hervorhebungen stammen vom Verf.) Das ist ein Hinausgehen über *Kelsen*: Bei Burdeau ist die Grundnorm in das Recht hereingekommen, wohingegen sie bei *Kelsen* außerhalb des Rechtssystems bleibt. Außerdem sind bei Burdeau die einzelnen Stufen eine notwendige Folge der „idée de droit“, die sich anders gar nicht entfalten könnte, während *Kelsen* nur die Stufen der positiven Rechtsordnung erklären kann.

Vgl. dazu *Pouvoir politique*, S. 100 u. *Traité* Bd. I, S. 149 ff.

³³ Siehe oben 11. Kap. II. 2.

³⁴ Remarques, S. 219.

tischen Umstände aufwerfen, muß die Staatsmacht eingesetzt werden, zuweilen in ihrer umfassenden unmittelbar schöpferischen Kraft, der „fonction gouvernementale“, bald in nur abgeleiteter Form, der „fonction administrative“³⁵.

Es leuchtet ein, daß damit dem Ende des „monopole législatif des assemblées“ das Wort geredet wird. Burdeau ist sehr deutlich, wenn er das folgende ausführt: „Ainsi il semble bien que, si l'on veut s'en tenir à une docile soumission aux exigences de la vie politique, la confection de la vie de la loi ne mérite pas de se voir érigée en fonction spéciale. Elle ne forme qu'une partie de l'activité gouvernementale, et la loi n'est, parmi d'autres, qu'un instrument de la fonction gouvernementale“³⁶.

Der bedeutendste Einbruch in das gesetzgeberische Monopol, den Staat und die Gesellschaft unter Ausschluß anderer Kompetenzinhaber mit den obersten konstituierenden und organisierenden Normen versorgen zu dürfen, hat durch das Eindringen der Regierung in das Gesetzgebungsverfahren, ja in die herkömmliche Legislativfunktion selbst stattgefunden³⁷. Nach Burdeau ist diese Erscheinung „directement commandée par l'esprit même du régime de la démocratie gouvernante“³⁸. Rechtlich zwar deswegen problematisch, weil sich nach dem Grundsatz des Vorrangs der Verfassung kein Organ seiner Kompetenz zugunsten eines anderen Organs begeben darf, soweit eine verfassungsmäßige Verteilung der Gewalten erfolgt ist, stößt sich eine solche Auffassung jedenfalls nicht an politisch-ideologischen Notwendigkeiten. Während freilich für den bürgerlichen Rechtsstaat demokratischer Prägung der Erlaß eines Gesetzes immer nur die letzte Zuflucht war, „destiné à parer à la carence ou aux insuffisances de l'ordre qui se dégage spontanément des relations sociales“³⁹, denn „pour les fondateurs de la démocratie classique, la règle de droit a pour objet d'encadrer ce qui est et non de créer ce qui n'est pas“⁴⁰, stellt das Gesetzgebungsverfahren für den modernen leistungsgewährenden Staat („démocratie gouvernante“) einen kategorischen Imperativ dar, weil „à l'opposition de sa signification révolutionnaire la loi (est devenue) une création artificielle. C'est une direction imposée aux relations sociales:

³⁵ Dieser Gedanke klingt im Ansatz schon bei *de la Bigne de Villeneuve* an (vgl. oben 12. Kap. II. und dort Anm. 9), ohne daß freilich im einzelnen die entsprechenden Folgerungen gezogen werden.

³⁶ Remarques, S. 224. Vgl. dazu noch *Quermonne*, aaO., S. 107 ff. und unten 16. Kap. und 17. Kap. III.

³⁷ Burdeau meint damit insbes. das Verfahren der „décrets-lois“, in einem weiteren Sinne aber auch die Erscheinung, daß die meisten Gesetze auf Grund einer Regierungsvorlage entstehen, vgl. *Traité* Bd. VII, S. 419 ff. und 376 ff.

³⁸ *Traité* Bd. VII, S. 415.

³⁹ *Traité* Bd. VII, S. 415.

⁴⁰ *Traité* Bd. V, S. 491.

elle énonce la conduite qui doit être suivi quand telle circonstance se présente, en s'inspirant d'un plan général d'organisation sociale ...⁴¹.

Diese Art von Gesetzgebung vermögen die Volksvertretungen jedoch nur in immer geringerem Umfang hervorzubringen. Zerrissen durch die Vielheit der durch sie repräsentierten Interessen, sind sie manchmal überhaupt nicht mehr in der Lage, ein kohärentes Legislativ-Programm zu erarbeiten⁴². Wegen dieses gesetzgeberischen Verzichtes ist man darum genötigt, „de reconnaître à l'équipe gouvernementale la faculté de légiférer“⁴³. Denn keinen Augenblick kann die Produktion von leitenden Normen unterbrochen werden, ohne daß das skizzierte System früher oder später zusammenbrechen würde.

Die Argumentation mit der verfassungsmäßigen Unzulässigkeit der aufgefundenen Regierungsgesetzgebung erscheint demgegenüber letztlich unfruchtbar. Zwar würde man rein logisch und unter der Prämisse, daß die gewählte Volksvertretung tatsächlich alleiniger Normgeber wäre, dem politischen Ideal der Regierung durch das Volk äußerst nahe kommen. Denn gilt, daß der oberste Normsetzer mit dem repräsentierten Volk mehr oder weniger identifiziert werden kann, und bedeutet Gesetzgebung außerdem Regierung, so folgt hieraus mit logischer Notwendigkeit, daß das Volk sich selbst regiert. Das wichtigste Anliegen aller demokratischen Systeme wäre somit erfüllt.

Im leistungsgewährenden, leitenden Staat ist diese Beweisführung jedoch in dem Augenblick unzulässig geworden, in dem sich die Prämisse als unrichtig erweist, nach der nur der dazu legitimierte Gesetzgeber das Gesetz erläßt und erlassen kann. Wird schlüssig dargetan, daß die Volksvertretung zum Erlaß von Gesetzen der modernen Gattung unfähig ist, weil sich Inhalt und Ziel der Gesetze geändert haben, so ist es auch nicht länger erforderlich, ausschließlich den Gesetzgeber mit der Gesetzgebung zu beauftragen: „La théorie juridique de l'inconstitutionnalité de la délégation du pouvoir législatif suppose que le Parlement *peut* faire la loi. S'il lui est interdit de s'en déposséder, c'est parce que l'on admet implicitement qu'il lui est possible de l'exercer. Mais la compétence juridique ne crée pas la capacité matérielle. Par conséquent, la démocratie gouvernante se trouve enfermée dans un dilemme qui met en cause le principe démocratique lui-même: ou bien respecter la technique démocratique de formation de la loi, ce qui risque de conduire à la paralysie de l'œuvre législatif, ou bien assurer la production législative fût-ce en marge de la technique démocratique. Et ce qui

⁴¹ Remarques, S. 224.

⁴² Traité Bd. VII, S. 419.

⁴³ Traité Bd. VII, S. 416.

aggrave le dilemme, c'est que chacun de ses termes peut se réclamer d'une exigence démocratique: d'un côté, l'exigence classique de l'intervention de la représentation nationale, de l'autre, l'exigence moderne d'une abondante production législative requise pour satisfaire les aspirations populaires⁴⁴.“ Somit liegt das Problem nunmehr nur noch darin begraben, daß das bis zur 4. Republik in Frankreich gültige politische System weder die traditionellen Formen der Gesetzgebung noch deren Inhalte aufgeben wollte. Notwendigkeiten hierzu gäbe es jedenfalls mehr als genug⁴⁵.

III. Kritik und Ausblick

Ohne Frage können wir Burdeau nach diesen Ausführungen als einen derjenigen Autoren kennzeichnen, der nicht nur als einer der ersten auf die fundamentalen inhaltlichen Veränderungen hingewiesen hat, die unser moderner Rechtsbegriff durchgemacht hat. Burdeau ist auch, so scheint es, derjenige Autor, der das für Frankreich typisch gewordene Verhältnis zwischen Gesetz und Regierungsgesetzgebung („*décret-loi*“) am klarsten erkannt und gedeutet hat⁴⁶. Damit aber ist der Weg für diejenige Entwicklung vorbereitet, die (z. Z. der 5. Republik) in größerem Umfang staatsleitende Akte von höchster Wichtigkeit aus der Kompetenz des Gesetzgebers herausgelöst hat⁴⁷.

Die Verteilung der Rechtsmacht zum Erlaß der obersten Normen zu Händen zweier verschiedener Organe deutet sich somit an, nachdem

⁴⁴ Vgl. Traité Bd. VII, S. 417.

⁴⁵ Außer von Burdeau ist die mutmaßliche weitere Entwicklung im Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive, Gesetz und Verordnung auch von Charpentier (aaO., S. 267 ff.) frühzeitig erkannt worden. Wie Burdeau, der schon 1945 andeutete (in Remarques, S. 227), daß sich grundsätzlich mehrere Organe in die „*tache gouvernementale*“ teilen könnten, geht er davon aus, daß der moderne Staat nicht mehr bloßer Ordnungsstaat ist, sondern laufend intervenieren muß. Diese Interventionen gehören nach Charpentier unzweifelhaft zur „*fonction gouvernementale*“. Kompromißloser als Burdeau meint dann aber dieser Autor, daß die Ausübung der „*fonction gouvernementale*“ wegen ihres spezifischen Erscheinungsbildes an sich am besten in die Hände der Regierung gehörten, die als Spitze der Verwaltung zu dieser Aufgabe geradezu berufen sei.

Hier kommt deutlich zum Ausdruck, wohin die zukünftige Entwicklung in Frankreich gehen muß: Zwischen Parlament und Regierung muß eine Arbeitsteilung durchgeführt werden, da die extreme Vorzugsstellung, die in Frankreich dem Parlament traditionsgemäß eingeräumt worden ist, den Anforderungen unserer Zeit nicht mehr genügt. Die Zuflucht des Parlamentes zu den Verfahren der „*Ermächtigungsgesetze*“ („*lois cadres*“ und „*lois d'habilitation*“) ist ein ernstes Anzeichen dafür, daß das (erforderliche) Gleichgewicht zwischen Parlament und Regierung gestört ist.

⁴⁶ Zu weiteren Einzelheiten vgl. noch unten das 15. Kap.

⁴⁷ Vgl. unten das 17. Kap.

nicht zuletzt von Burdeau insoweit dogmatische Vorarbeit geleistet worden ist, als er auf die Hervorkehrung einer besonderen „fonction législative“ verzichtete. Erst hierdurch ist die Monopolstellung des Gesetzgebers dogmatisch durchschlagend erschüttert worden.

Dritter Teil

Die Entwicklung nach dem zweiten Weltkrieg

15. Kapitel

Gesetz und Verordnung in Praxis und Lehre während der vierten französischen Republik

Wie schon in den beiden letzten Kapiteln des zweiten Teils angekündigt und begründet worden ist, muß in den abschließenden Kapiteln des dritten Teils der vorliegenden Schrift die Darstellung der Entwicklung der Begriffe Recht, Gesetz und Verordnung auf einige wichtige, die Verfassungsordnung berührende Entscheidungen der Verfassungsgebung, der Gesetzgebung und Rechtsprechung und nur einige wenige Hinweise aus der Lehre beschränkt werden. Aus diesem Grunde ergibt sich auch die Nötwendigkeit, die Form der Darstellung erneut den besonderen Erfordernissen des Gegenstandes anzupassen. Es müssen die Entwicklungstendenzen der interessierenden Begriffe unmittelbar der konkreten Verfassungslage entnommen werden. Das hat zur Folge, daß von jetzt an wieder eine mehr induktive Methode der Berichterstattung Platz greifen muß, was insbesondere auch darin zum Ausdruck kommt, daß der Behandlung des jeweiligen Gesetzes- und Verordnungsbegriffes Ausführungen zum Rechtsbegriff nicht mehr vorangestellt werden, sondern unter einem neuen (einschränkenden) Blickwinkel nachfolgen.

I. Der Gesetzesbegriff und sein Zerfall in unterschiedliche Gesetzesspielarten

Stellt man für den Zeitraum der 4. französischen Republik die Frage nach der Orientierung des in der Verfassung vom 27. 10. 1946 niedergelegten Gesetzesbegriffes, so erhält man auf diese Frage — in dieser Eindeutigkeit wohl erstmals in Frankreich — eine nirgendwo ernsthaft bestrittene Antwort. Seit der Verfassung von 1946 wird der Terminus „loi“ im französischen Recht nur noch unter formellen Aspekten definiert¹. Damit hat diejenige Komponente in der Definition des Ge-

¹ de Laubadère, *Traité* 1. Aufl., S. 159; 2. Aufl., S. 140: „... il est bien exact que le point de vue formel joue un rôle prédominant (en droit positif fran-

setzes als „*expression de la volonté générale*“ die Vorherrschaft gewonnen, die schon im revolutionären Gesetzesbegriff vorhanden war und auf den Urheber der Legislativnorm hinweisen sollte². Alle Versuche, dieser schon längere Zeit erkennbaren Entwicklungstendenz einen mehr materiellen Gesetzesbegriff entgegenzusetzen (*Duguit, Hauriou*), sind also gescheitert.

Das ergibt sich mit großer Klarheit insbesondere aus den Artikeln 13, 20 und 36 der Verfassung vom 27. 10. 1946³. In Verbindung mit dem Repräsentationsprinzip entsprechend Artikel 3 der gen. Verfassung, das die gesetzgeberische Kompetenz nur auf den sog. „*matières constitutionnelles*“ einschränkte⁴, galt als Gesetz nunmehr jede Anordnung, die die beiden Kammern (Nationalversammlung und Rat der Republik) passiert hatte und sodann unter den üblichen Förmlichkeiten verkündet worden war: Von inhaltlichen Bestimmungen dieser Anordnungen wird mit keinem Wort gehandelt. Wird weiterhin erwähnt, daß in der vierten Republik ebensowenig wie in vorangegangenen demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassungssystemen eine Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze in Betracht kam⁵, so galt für die 4. französische Republik, was *Carré de Malberg* schon für die 3. Republik hatte feststellen können⁶ und was *Burdeau*⁷ nur noch plastischer dargestellt hat: Gesetz

(*çais*)“; *Vedel*, *Droit adm.* 1. Aufl. Bd. I, S. 147: „*Dans notre droit public, le terme de 'loi' dans son sens strict est défini de façon purement formelle...*“; *Rivero*, *Droit adm.* 1. Aufl., S. 48: „*(C'est l')aspect formel, c'est-à-dire la qualité de l'auteur de l'acte qui détermine le régime juridique de la loi.*“

² Vgl. oben 1. Kap. I. 2. u. II. 2.

³ Art. 13: „*L'assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit.*“

Art. 20: „*Tout projet ou proposition de loi est examiné successivement dans les deux chambres du Parlement en vue de parvenir à l'adoption d'un texte identique...*“

Art. 36: „*Le Président de la République promulgue les lois dans les 10 jours qui suivent la transmission au gouvernement de la loi définitivement adoptée...*“

⁴ Art. 3: (1) „*La souveraineté nationale appartient au peuple français.*“

(2) ...

(3) „*Le peuple l'exerce, en matière constitutionnelle, par le vote de ces représentants et par le référendum.*“

(4) „*En toutes autres matières, il l'exerce par ses députés à l'Assemblée nationale,...*“

⁵ Immer wieder entschied z. B. der Conseil d'Etat (Urt. v. 6. 11. 1936, „*Arighi et Dme Coudert*“, *Dalloz (P.)* 1938.3.2): „*En l'état actuel du droit public français ce moyen (nämlich die Verfassungskontrolle des Gesetzes) n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux.*“

⁶ Vgl. *Contribution Bd. I*, S. 334: „*... la vraie destination et fonction de la loi, c'est de créer des règles d'une essence supérieure, de créer l'ordre régulateur supérieur de l'Etat...*“

⁷ Vgl. *Essai*, S. 47: „*La loi est un procédé de gouvernement.*“ Ähnlich auch in *Remarques*, S. 222 ff.

ist, was die Legislativkörperschaften als Gesetz verabschieden: und sie verabschieden als Gesetz, was sie wollen⁸.

Im Vollbesitz einer praktisch absoluten Machtstellung, sollte sich der französische Gesetzgeber jedoch wie ein Wesen verhalten, das sich von den ihm übertragenen Machtmitteln und Aufgaben überwältigt zeigte⁹. Sicherlich war es nicht allein die Verwirrung über die praktisch unbegrenzten Möglichkeiten, die das französische Parlament immer häufiger zu Verfahren Zuflucht nehmen ließ, die augenfällig vom gewöhnlichen Gesetzgebungsverfahren abwichen. Für diese Entwicklung sind wohl auch die politische Zerrissenheit Frankreichs und außerdem die immer größer werdenden sozialen und wirtschaftlichen Schwierigkeiten verantwortlich zu machen, denen man sich seit 1945 gegenübergestellt sah. Gleichwohl beschreibt die bildliche Wendung sehr augenfällig eine überraschende Erscheinung: Ein Gesetzgeber, der mit den größtmöglichen Machtmitteln ausgestattet ist, weiß die be- und entstehenden Situationen im gewöhnlichen Gesetzgebungsverfahren nicht mehr zu meistern. Neben dem „*loi ordinaire*“¹⁰, auf das die eben angegebene Begriffsbestimmung des formellen Gesetzes zutrifft, mußte daher der französische Gesetzgeber noch zu einer Reihe von weiteren Gesetzespielarten Zuflucht nehmen — ein für die klassische Gesetzeskonzeption undenkbarer Vorgang! Diese Gesetzesabarten sollen daher im folgenden behandelt werden.

1. Das „*loi d'habilitation*“

Bei den sog. „*loi d'habilitation*“ muß man zwischen zwei in der Praxis eingeschlagenen Verfahren trennen, die sich insbesondere durch die Art und Weise der erteilten Ermächtigung unterscheiden:

a) Das eigentliche Ermächtigungsgesetz

Für die erste Gruppe von Ermächtigungsgesetzen wurde die Ermächtigung in der Weise ausgesprochen, daß der Exekutive für eine beson-

⁸ Typisch ist die Formulierung bei *Durand*, aaO., Nr. 1: „*Depuis la Révolution, notre pensée juridique était restée fidèle à un même principe: la primauté de la loi. Expression de la volonté générale, formulée par un Parlement souverain, la loi était la règle suprême devant laquelle devaient se courber toute autorité et toute autre règle.*“

⁹ So *Cotteret*, aaO., S. 37.

¹⁰ Einer näheren Darstellung ist auch das sog. „*loi organique*“ nicht zu unterziehen. Es erging in Ausführung verfassungsrechtlicher Aufträge, ohne daß ein bestimmtes Verfahren vorgeschrieben gewesen wäre. Diese Verfassungsaufträge sind von ähnlicher Beschaffenheit gewesen wie in Deutschland z. B. die Anweisungen des ordentlichen Gesetzgebers in den Art. 6 Abs. V, 21 Abs. III, 38 Abs. III des Bonner Grundgesetzes.

dere regelungsbedürftige Situation die Befugnis eingeräumt wurde, an Stelle des „par résignation parlementaire“¹¹ keine materiellen Regelungen aussprechenden Gesetzgebers selbständig und eigenverantwortlich tätig zu werden.

Zu dieser „Spezialermächtigung“ trat i. d. R. noch eine sog. Ziel- oder Zweckbestimmung, mit deren Hilfe man die Ermessensausübung der Exekutive lenken wollte, und nicht zuletzt die Angabe eines Zeitpunktes, bei zu dessen Ablauf sich die Regierung der Ermächtigung zu bedienen hatte, falls sie ihrer gesetzvertretenden Regelungsbefugnis nicht verlustig gehen wollte. Zuweilen war auch ein besonderes parlamentarischer Ratifikationsverfahren in Aussicht genommen, um den Gesetzgeber wenigstens in gewissem Umfang an den von der Regierung konzipierten Reformen zu beteiligen. Um aber der parlamentarischen Destruktion vorzubeugen, wurde z. B. schon in einem die überseeischen Territorien Frankreichs betreffenden Gesetz vom 23. 6. 1956¹² festgesetzt, daß die „absence de décision de l'une ou de l'autre assemblée vaudra adoption ou reprise du texte gouvernemental“. Das konnte im Ergebnis dazu führen, daß sich eine Zustimmung des Gesetzgebers erübrigte¹³.

Als wichtigsten Zusatz in einem jeden Ermächtigungsgesetz der hier besprochenen Gattung finden wir indessen die Anordnung einer sog. Vorbehaltsklausel. Fast möchte man in dieser Klausel eine „Angstklausel“ sehen, denn in diesen Vorbehalt waren all diejenigen Sachgebiete aufgenommen, die nach traditioneller französischer Rechtsauffassung in jedem Fall dem Gesetzgeber ausschließlich vorbehalten bleiben sollten.

¹¹ Vgl. *Burdeau*, *Traité* Bd. VII, S. 419.

¹² Abgedruckt in *Dalloz & Sirey* 1956, *Législation*, S. 215 ff. und *J. O. v.* 24. Juni, S. 5782.

¹³ Im übrigen unterschied man bei dem zit. Gesetz vom 23. 6. 1956 zwischen einer sog. „ex post“-Ratifikation (Art. 5) und der „ex ante“-Ratifikation (Art. 1). Obwohl man annehmen möchte, daß sich der französische Gesetzgeber beim Verfahren der „ex post“-Ratifikation hätte scheuen können, bereits ins Werk gesetzte Regelungen nachträglich wieder umzustößen, berichtet *Charpentier*, aaO., S. 235, daß von den 28 nach dem Verfahren des Art. 5 erlassenen Dekreten gleichwohl 27 von den gesetzgebenden Versammlungen beraten und von diesen wiederum 23 abgeändert worden seien. Man sieht, dem französischen Parlament ist nichts unmöglich erschienen!

Freilich sind diese übertriebenen, nachträglichen parlamentarischen Kontrollen zugleich eine Ursache für die sich in immer rascherer Reihenfolge ablösenden französischen Kabinette gewesen. Die Kammern sahen ihre (theoretische) Allzuständigkeit auf die Kontrolle der Regierung beschränkt und hatten häufig genug Übereinstimmung im Ratifikationsverfahren nur unter dem Druck erzielt, daß andernfalls die Regierungsvorlagen in ihrer ursprünglichen Gestalt in Kraft gesetzt werden konnten. Es war daher nur natürlich, wenn die gesetzgebenden Körperschaften ihre volle Handlungsfreiheit dadurch wiederzuerlangen suchten, daß sie die Regierung bei der ersten sich bietenden Gelegenheit stürzten, vgl. auch *de Soto*, aaO., S. 259.

Diese Praxis ging auf ein Gutachten des Conseil d'Etat aus dem Jahre 1953 zurück¹⁴, das zur Interpretation des berühmten Art. 13 der Verfassung von 1948 eingeholt worden war, weil in ihm nach Meinung vieler ein klares Delegationsverbot enthalten war¹⁵. In einer sehr großzügigen Auslegung ließ aber der Conseil d'Etat die Rückkehr zu dem Verfahren der „décrets-lois“ der dritten Republik wiederum zu und verlangte bei dieser Gelegenheit allein die beiden folgenden Einschränkungen:

aa) Der Gesetzgeber müsse beachten, daß gewisse Materien allein dem Gesetz vorbehalten sind, „soit en vertu des dispositions de la Constitution, soit par la tradition constitutionnelle républicaine résultant notamment du Préambule de la Constitution et de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789“¹⁶.

bb) Das Ermächtigungsgesetz, das „loi d'habilitation“, dürfe durch seine Allgemeinheit und Unbestimmtheit nicht den Willen der Nationalversammlung zutage treten lassen, daß die Ausübung der „souveraineté nationale“ der Regierung übertragen werden solle.

Im übrigen hat der Conseil d'Etat aber gerade aus der Souveränität des Gesetzgebers gefolgert, daß dieser grundsätzlich den Aktionsbereich der Exekutive abstecken könne, wie er wolle.

¹⁴ *Avis v. 6. 2. 1953* in *RDP* 1953, S. 170 f.

¹⁵ Wie wir sehen konnten, hatte wohl erstmals *Esmein* auf die dogmatische Unmöglichkeit einer Delegation hingewiesen, vgl. oben 5. Kap. III, a. E.

Einen Überblick über den Stand der Meinungen zu diesem Problem überhaupt gibt *Ballreich*, aaO., S. 333 ff. Danach scheint man sich mittlerweile dahingehend geeinigt zu haben, das Verbot der Delegation — in welcher Erscheinungsform auch immer — unter der Verfassung von 1946 allgemein anzuerkennen, ohne allerdings dieses Verbot für unüberwindlich zu halten. In diesem Sinne: *J. Lafferrière*, aaO., S. 1000; *Waline*, *Droit Adm.* 8. Aufl. (1959), S. 124; *Morange*, *Dalloz* 1948 chr., S. 178; *Chapus*, *RDP* 1953, S. 1000; *Rivéro*, *Droit Adm.* 1. Aufl., S. 51/52; *Vedel*, *Manuel*, S. 500. Zweifelnd: *de Laubadère* in *Dalloz (R.) Chr.* 1952, S. 35 ff. A. A.: *Donnedieu de Vabres* in *Dalloz*, chr. 1949, S. 5 und in *Dalloz* chr. 1953, S. 137; *Pinto*, aaO., S. 536 ff.; neuerdings auch *Vedel*, *Droit Adm.* 1. Aufl., S. 135. Schon 1947 hatte *J. Lafferrière* diese Entwicklung vorausgesehen, wenn er aaO., S. 1000 A 1 schrieb: „Reste à savoir si les mêmes nécessités pratiques qui ont provoqué l'usage des décrets-lois... n'obligent pas à revenir de façon inavouée, à un système analogue.“

¹⁶ Ein Versuch, diese Gebiete enumerativ aufzuzählen, ist von *Galichon*, aaO., S. 797 unternommen worden. Dabei unterschied er zwischen solchen Gebieten, die von Verfassungen wegen dem Gesetzgeber vorbehalten worden sind (wie die Organisation moderner rechtsstaatlicher Einrichtungen und die traditionellen Zuständigkeiten hinsichtlich des Budgetrechtes, der Amnestie usw.), und denjenigen Gebieten, die nur kraft Gewohnheitsrechtes zur ausschließlichen Kompetenz des Parlamentes gehörten (wie die Aufzählungen der Menschen- und Bürgerrechtserklärung von 1789). Für diese letzteren Materien gibt es in der deutschen „Freiheits- und Eigentumsklausel“ eine Entsprechung, die heute allerdings ihren positiv-rechtlichen Niederschlag im Grundrechtskatalog des Bonner Grundgesetzes gefunden hat.

Diesen Richtlinien sind die dem Gutachten des Conseil d'Etat nachfolgenden Ermächtigungsgesetze allerdings nur mehr oder minder treu gefolgt: Im Ermächtigungsgesetz vom 11. 7. 1953¹⁷ nahm der Artikel 7 Ziff. III noch auf die Klausel des Conseil d'Etat ausdrücklich Bezug, indem er sie fast wörtlich zitierte. Im Ermächtigungsgesetz vom 14. 8. 1954¹⁸ zugunsten der Regierung *Mendes-France* war es der Regierung zudem verboten, das laufende Budget zu verändern. Das Gesetz vom 2. 4. 1955¹⁹ sah hingegen trotz seiner Verweisung auf die Vorbehaltsklausel des vorzitierten Gesetzes bereits bedeutende Eingriffe der Regierung in das allgemeine und besondere Steuerrecht vor, dessen normenmäßige Behandlung unzweifelhaft von der herkömmlich ausschließlichen Kompetenz des Gesetzgebers umfaßt wurde. Hinsichtlich einer kleineren Steuerrechtsreform und einer Rechtswegbestimmung hatte freilich schon das zitierte Gesetz vom 14. 8. 1954 Schrittmacherdienste geleistet²⁰. Im Gesetz vom 23. 6. 1956²¹ endlich fehlte ein ausdrücklicher „Spezialvorbehalt“ überhaupt. Von der Regelungsbefugnis des Verordnunggebers ausgenommen wurde allein das Arbeitsschutzrecht²². Allerdings ist hervorzuheben, daß dieses Gesetz überseeische Gebiete betraf, für welche der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung niemals in dem strengen Maße gegolten hat, wie dies für das Mutterland der Fall gewesen ist.

¹⁷ Abgedruckt in Dalloz (R.) *Législation* S. 237 ff. und J. O. v. 11. 7., S. 6143. Das Gesetz betraf den wirtschaftlichen Wiederaufbau Frankreichs. Es bediente sich dabei des durch ein Gesetz vom 17. 8. 1948 eingeführten Verfahrens (vgl. fortl. im Text unter I. 1 b.), jedoch mit der Ausnahme, daß die Befugnisse, die der Exekutive eingeräumt wurden, nur bis zum 31. 12. 1953 von der Regierung *Laniel* ausgeübt werden durften. Dafür waren allerdings Eingriffe auf folgendem, dem Gesetzgeber traditionell und ausschließlich zustehendem Gebiete erlaubt: „organisation judiciaire“ (Art. 5), Miet- und Transportgesetzgebung (Art. 7) und Reform des Verwaltungsgerichtsprozesses (Art. 7 Abs. II). Der Bezug (Art. 7 Abs. III) auf die Vorbehaltsklausel gemäß „avis“ des Conseil d'Etat v. 6. 2. 1953 war unter diesen Umständen widersprüchlich.

¹⁸ Abgedruckt in Dalloz (R.) 1954 *Législation*, S. 352/353 und J. O. v. 15. August, S. 7858. Dieses Gesetz ermächtigte die Regierung zu einem Programm des Haushaltsausgleiches, der wirtschaftlichen Expansion und des sozialen Fortschrittes. Der einzige Artikel dieses Gesetzes bestimmte, daß durch Dekrete z. B. eine Bodenreform, die Zusammenlegung unrentabler Unternehmen, eine Reform der Verwaltung und der Gerichte und schließlich eine Anregung der Investitionstätigkeit bewirkt werden sollten. Der Gesetzesvorbehalt i. e. S. war damit neuerlich nicht in vollem Umfange gewahrt, und typisch ist wieder der persönliche Charakter der Ermächtigung, vgl. *Duverger*, *Institutions*, S. 68.

¹⁹ Abgedruckt in Dalloz 1955 *Législation*, S. 133 ff. und J. O. v. 3. April, S. 3289.

²⁰ Vgl. vorstehend Anm. 18.

²¹ Vgl. vorstehend Anm. 12.

²² Dafür konnten Freiheits- (bis zu drei Monaten) und Geldstrafen (bis zu 200 000 ffrs.) ausgesprochen werden: Art. 6 des zitierten Gesetzes.

Im letzten Ermächtigungsgesetz²³ der vierten Republik zugunsten des Generals *de Gaulle* tauchte zwar die Vorbehaltsmaterie wieder vollinhaltlich auf. Dafür ist aber die erteilte Ermächtigung von einer beispiellosen Weite gewesen: Gegenstand für die als Ordonnanzen bezeichneten Verordnungen ist ganz allgemein das „redressement de la Nation“ gewesen²⁴.

b) Das Gesetz vom 17. 8. 1948

In den Zusammenhang der „lois d'habilitation“ der 4. französischen Republik gehört aber endlich das berühmte Gesetz vom 17. 8. 1948²⁵. Es stellt die zweite Gruppe von Ermächtigungsgesetzen dar und erhält seine besondere Bedeutung dadurch, daß in seinen Artikeln 6 und 7 der Begriff der „matières ayant par leur nature un caractère réglementaire“ in die französische Rechtssprache eingeführt worden ist.

In der Sprachregelung und nach der Auffassung dieses Gesetzes stellte man die These auf, daß es katalogmäßig aufzählbare Sachgebiete gäbe, in die der Gesetzgeber bisher aus einer irrigen Vorstellung eingegriffen habe. In Wahrheit bestünden regelungsbedürftige Materien, die — wegen ihrer relativ untergeordneten Bedeutung²⁶ — nicht in die Hände des Gesetzgebers gehörten. Konsequenterweise sah dieses Gesetz deswegen weder eine nachträgliche Ratifikation der von der Regierung zu erlassenden Verordnung vor noch ordnete es eine zeitliche Beschränkung der „Ermächtigung“ an. Nach der Konzeption des Gesetzes lag nämlich überhaupt keine Ermächtigung vor. Vielmehr wollte man ein durch den Gesetzgeber selbst verfälschtes Gleichgewicht zwischen Legislative und Exekutive wiederherstellen.

Gerade wegen der richtigen Erkenntnis des Gesetzgebers von 1948, daß das Übel mangelnder Zusammenarbeit und fehlender Ergänzungen zwischen Parlament und Regierung in der von *Carré de Malberg* aufgedeckten und seitdem immer unverhüllter durchgeführten französischen Gewaltengliederung seinen Ursprung hatte, muß der Leser gleichwohl darauf hingewiesen werden, daß mit diesen Überlegungen eine gänzlich neue Sprache angeschlagen worden ist: Es interessieren

²³ Gesetz v. 3. 6. 1958, abgedruckt in Dalloz (R.) 1958 *Législation*, S. 222 und J. O. vom 4. Juni, S. 5327.

²⁴ Abweichend vom Art. 90 der geltenden Verfassung war die Regierung außerdem zur Ausarbeitung einer neuen Verfassung ermächtigt worden.

²⁵ Abgedruckt in Dalloz (R.) 1958 *Législation*, S. 278, 279 und J. O. v. 18. August, S. 8082.

²⁶ Man beachte die grundsätzliche Übereinstimmung mit der traditionellen Prinzip/Detail-Lehre!

jetzt weniger Begriffe wie Delegation, Delegalisierung²⁷ oder Kompetenzzuweisung, sondern es geht um Vorbehalte, die der Idee nach der Exekutive genauso ausschließlich zustehen können wie die „matières législatives“ dem Gesetzgeber. Die Abkehr von der unumschränkten Parlamentsouveränität und damit die Rückkehr zu einer echten Gewaltenbalance beginnt also mit normativer Kraft in die Verfassungswirklichkeit einzufließen.

2. Das „loi cadre“

Die sog. „lois cadres“ bieten hinsichtlich ihrer Einordnung Schwierigkeiten. Es will scheinen, daß sie sich weder vom gewöhnlichen Gesetz noch vom eigentlichen Ermächtigungsgesetz trennen lassen.

Erstmalig traten sie in Frankreich in einem Gesetz vom 6. 7. 1934 auf²⁸, das eine Finanzreform betraf. Sodann bediente sich ihrer Léon Blum in einem Gesetz vom 20. 6. 1936²⁹, welches den bezahlten Urlaub einführte, und einem weiteren Gesetz vom 21. 6. 1936³⁰, das die 40-Stunden-Woche anordnete, um das Programm der von ihm geleiteten Volksfrontregierung durchzusetzen.

Diese Gesetze ließen einer Reglementierung durch Ausführungsverordnungen weitesten Raum. Man hielt es für richtig, durch die sog. „lois-cadres“ Reformen nur in großen Linien zu skizzieren, insbesondere über Art, Ausmaß und Ziel einer größeren Reform verbindliche Richtlinien abzugeben, dagegen die Ausführung der festgelegten Prinzipien und die dabei etwa nötig werdenden organisatorischen Regelungen ganz der verordnungsgebenden Gewalt des Regierungschefs zu überlassen³¹.

Jedenfalls enthielt diese Gattung von Gesetzen, auch „lois de principe“ genannt, keinerlei Ermächtigungen i. e. S. Soweit erforderlich, änderten die „Richtlinienentscheide“ der Kammern bereits selbst entgegen-

²⁷ Der Begriff hat sich in Frankreich seit einem Aufsatz von *Rolland*, aaO., S. 42 ff. eingebürgert. Vgl. dazu auch oben 11. Kap. III. 2 und dort die Anm. 73.

²⁸ Abgedruckt in *Dalloz* (P.) 1935.4.1. ff.

²⁹ Abgedruckt in *Dalloz* (P.) 1937.4.121 ff.

³⁰ Abgedruckt in *Dalloz* (P.) 1937.4.305 ff.

³¹ Zu weiteren Einzelheiten: *Bonnard*, *Précis*, S. 292; *Duverger*, *Droit Constitutionnel*, S. 531; *Burdeau*, *Traité* Bd. VII, S. 425; de *Laubadère* in *Dalloz* (R.) chr. 1952, S. 38.

Rechtsvergleichend sei in dieser Beziehung noch auf die deutsche Erscheinung der sog. „Rahmengesetzgebung“ nach Art. 75 des Bonner Grundgesetzes hingewiesen. Auch hier ist es sehr schwierig zu bestimmen, wann und wodurch die Rahmengesetzgebung aufhört, Rahmen zu setzen, und beginnt, das Detail zu regeln.

stehendes Gesetzesrecht ab, indem sie dieses, wenn auch nur stillschweigend, außer Kraft setzten. Gesetzesänderungen durch gesetzabändernde Verordnungen wurden nicht nötig. Gewöhnlichen „rèlements d'administration publique“ fiel die Aufgabe der Gesetzesausführung zu, wenn diesen auch wegen des allgemein gehaltenen Gesetzestextes besondere Gestaltungsmöglichkeiten offenstanden. Es handelte sich bei den „lois-cadres“ der 3. Republik somit letztlich um nichts anderes als eine besondere Spielart des „loi ordinaire“.

In eine grundsätzlich andere Richtung führte die Entwicklung des „loi-cadre“ während des Zeitraums der 4. französischen Republik. Zwar ist versucht worden, an die praktische Erfahrung der Regierung Léon Blum unmittelbar anzuschließen³². Aber die Fortführung des Begriffes des „loi-cadre“ wurde schließlich nur dadurch möglich, daß man ihn stillschweigend einen Bedeutungswandel durchmachen ließ. Kennzeichnete diese Erscheinung früher das Vorhandensein eines ausführbaren Prinzips, steckte ein „cadre“ während der 4. Republik nur noch den Rahmen ab, den der Ordnungsgeber selbständig und eigenverantwortlich ausfüllen konnte. Der Gesetzgeber löste nicht mehr selbst, wenn auch nur dem Prinzip nach, die anstehenden Fragen. Er erklärte vielmehr in voller Offenheit, daß er selbst das oder die anstehenden Probleme nicht lösen könne und darum den Ordnungsgeber mit dieser Aufgabe betraue.

Der Begriffswandel ist offenkundig³³. Die „lois-cadres“ der 4. Republik sind zu schlichten Ermächtigungsgesetzen geworden³⁴. Meines

³² Das bereits zitierte Gesetz vom 23. 6. 1956 ist vielfach in diesem Zusammenhang genannt worden, so z. B. von *Charpentier*, aaO., S. 220 ff.

³³ Das wird auch von sonst erklärten Anhängern der Idee des „loi-cadre“ anerkannt, vgl. *Charpentier*, aaO., S. 250 ff. Er hat jedoch gemeint, daß die mod. „lois-cadres“, wenn sie auch begrifflich zum „loi d'habilitation“ tendierten, durch den Umstand erhöhter parlamentarischer Kontrolle wieder dem gewöhnlichen Gesetz angenähert werden könnten. Das zunächst vernachlässigte Bemühen um ein konkret bestimmbares Programm werde später bei den parlamentarischen Beratungen „nachgeholt“.

Der Gedanke hat etwas Bestechendes für sich. Gleichwohl kommt es m. E. wesentlich darauf an, daß das ermächtigende Gesetz die Reform wenigstens im Prinzip selbst durchgeführt hat, wenn man noch von einem Rahmengesetz sprechen will. Die spätere Beschäftigung des Parlamentes mit den vorgelegten VOen entspricht auch nicht dem vorhergesehenen Gesetzgebungsverfahren. Wesentlich dürfte aber vor allem der Umstand sein, daß das Parlament in seinem „Genehmigungsverfahren“ nicht in dem Maße in seiner Entscheidung frei war wie bei der Beratung eines gewöhnlichen Gesetzes. Das geht besonders daraus hervor, daß es z. B. das Gesetz vom 23. 6. 1956 (vorstehend Anm. 12) beim Vorliegen gewisser Umstände zuließ, zur Ratifikation vorgelegte Regierungsvorlagen ohne förmliche Genehmigung durch den Gesetzgeber als ratifiziert anzusehen.

³⁴ Gleichwohl hat man in Praxis und Lehre den größten Teil der vorstehend zitierten Gesetze nach wie vor als „lois-cadres“ bezeichnet. Da es bei unseren Ausführungen jedoch um Klassifikationsversuche geht, braucht man sich daran nicht weiter zu stören.

Erachtens hat daher z. B. *Quermonne*³⁵ zu Recht behauptet, daß zwischen dem „loi ordinaire“ und dem „loi d'habilitation“ keine dritte Gruppe sog. „lois-cadres“ möglich erscheine. Läßt das Gesetz nämlich eine eigene, wenn auch prinzipielle Problemlösung vermissen, liegt ein Ermächtigungsgesetz vor, das zu gesetzvertretenden Verordnungen auffordert. Löst dagegen das Gesetz die anstehenden Fragen selbst, können wir von einem gewöhnlichen Gesetz sprechen.

Interessant ist freilich wieder das Bemühen, durch ein weiteres besonderes Gesetzgebungsverfahren, und zwar tendenziell ganz ähnlich wie bei dem berühmten Gesetz vom 17. 8. 1948, nach Wegen zu suchen, um den mißlichen Folgen eines über die Maßen formalisierten Gesetzesbegriffs zu entgehen. Ganz diese Vorstellung ist anzutreffen, wenn *Cotteret* zum echten „loi-cadre“ einmal geäußert hat: „On revalorise la loi qui devient à nouveau générale et impersonnelle“³⁶; und auch *Burdeau* hatte die sog. „fonction gouvernementale“ wohl zugleich mit der Zielsetzung entwickelt, die Parlamentarier zu zwingen, sich allein mit den prinzipiellen Lösungen zu beschäftigen und die Detailfragen selbst bei bevorstehenden Wahlen hintenanzustellen³⁷.

Die Erfahrung hat indessen gezeigt, daß weder die „législation de principe“ noch die Bemühungen um eine „matière réglementaire par nature“, noch endlich die bloß verfahrensmäßige Zusammenarbeit zwischen Regierung und Legislative, wie sie durch die „lois d'habilitation“ bzw. unechten „lois cadres“ geplant war, eine grundsätzliche Besserung im Verhältnis des Gesetzgebers zur Verwaltung herbeiführen konnten. Die Gründe hierfür haben, wie *Charpentier* überzeugend nachgewiesen hat, in der mangelnden Homogenität des französischen Parlaments gelegen³⁸.

Fast dieselben Erfahrungen haben wir während der Geltungszeit der Weimarer Reichsverfassung in *Deutschland* machen können: Regelmäßig war es in Frankreich wie in Deutschland so, daß eine bestimmte Regierungsvorlage durch die Debatten in den beiden Kammern in seiner Effektivität schließlich so gefährdet erschien³⁹, daß die Regierung sich genötigt sah, ihr Programm mit der Vertrauensfrage zu verbinden oder überhaupt ihre Investitur von der vorherigen Annahme eines bestimmten Programms abhängig zu machen. Sollte in Frankreich

³⁵ aaO., S. 170.

³⁶ aaO., S. 67. Ähnlich de *Laubadère* in *Dalloz* (R.) chr. 1952, S. 38: „les lois ne devraient jamais être que des cadres.“

³⁷ *Burdeau*, *Traité* Bd. VII, S. 425.

³⁸ aaO., S. 263 ff.

³⁹ *Burdeau*, *Traité* Bd. VII, S. 419 spricht von einer „atmosphère de patrie en danger“.

über ein echtes „loi-cadre“, ein „loi de principe“, abgestimmt werden, verlangte das schon zu diesem Zeitpunkt eine stabile Mehrheit für die Regierung. Es wurde nämlich ein Votum für ein konkretes Programm verlangt, dessen Ausführung nicht von einer bestimmten Regierung abhing und keine weitere Mitarbeit der Legislativkörperschaften mehr erforderte. Darum war es oft einfacher, das Programm eines unechten „loi-cadre“, eines „loi d'habilitation“ also, verabschieden zu lassen. Dann mußte freilich die anfängliche (schon nicht sehr stabile) Mehrheit auch noch bei den anschließenden „décrets de développement“ vorhanden sein, falls diese der parlamentarischen Ratifikation zuzuführen waren. So war das eine Verfahren letztlich so ungünstig wie das andere.

Ganz beiläufig stoßen wir damit noch auf ein weiteres Element, das für den Verfall der klassischen französischen Konzeption vom Gesetz wie auch die soeben geschilderten Ereignisse verantwortlich zu machen ist. Hier wird auf das für den französischen Gesetzgeber der jüngsten Gegenwart typische Bild einer tiefgreifenden ideologisch-weltanschaulichen Zerrissenheit aufmerksam gemacht. Dieser Vorgang ist wohl rechtlich gar nicht exakt zu beschreiben, er deutete sich indessen nicht zuletzt in den immer komplexeren Begründungen für das Wesen und die Bedeutung des Rechtes schlechthin an: Welches sind die Werte, welches sind die Ziele, die ein Rechtsbegriff zu berücksichtigen hat⁴⁰?

3. Das „décret-loi“ i. e. S.

Als dritte Abart vom „loi ordinaire“ muß man schließlich für das französische Recht noch die Gattung der „décrets-lois“ im eigentlichen Sinne erwähnen, zu denen diejenigen Akten gehören, die von sog. „gouvernements de fait“ erlassen werden. Hierhin zählten in neuester Zeit sowohl die Akte der *Vichy*-Regierung als auch die Ordonnanzen der provisorischen Regierung des General de *Gaule*. Natürlich konnte man ihnen den Charakter eines Gesetzes nur deswegen beilegen, weil man davon ausging, daß eine Legislativfunktion (dem modernen Staate ex definitione inhärent) immer vorhanden ist und daher auch ständig ausgeübt wird. Um Gesetze im formellen Sinne konnte es sich freilich niemals handeln.

⁴⁰ Hand in Hand mit dieser Erscheinung ist die Selbstorganisation der Gesellschaft neben dem Staat und die Verfestigung des Parteienwesens für den Verfall der bisherigen Gesetzesbegründung verantwortlich zu machen. Die Gleichheit und Allgemeinheit des revolutionären Gesetzes setzte eine Gesellschaft voraus, die dem Staat ohne Mediatoren gegenübertrat. Folgerichtig hatte die Französische Revolution jede Gruppenbildung außerhalb des Staates unterbunden. Mit dem Zeitpunkt, in dem diese sich neu bildeten, mußte das Begriffsmerkmal der Allgemeinheit und Gleichheit beim Gesetz wieder zurücktreten.

4. Das Wesen der sog. „*domaine de l'intervention législative*“

Fragt man nunmehr nach dem Inhalt der im Zusammenhang mit dem modernen französischen Gesetzesbegriff immer wieder erwähnten „*domaine de l'intervention législative*“, muß man sich vor allem davor hüten, in der genannten Wendung ein Element für die Bildung des Gesetzesbegriffs selbst zu sehen. Die sog. „*domaine législative*“ (Spezialvorbehalt) hat nämlich in Frankreich bis zum Jahre 1958 niemals die Funktion besessen, die Kompetenz des Gesetzgebers in irgendeiner Weise zu beschränken.

Besinnt man sich auf den Ursprung des französischen Gesetzesvorbehaltes, so ist es zur Aufstellung des Katalogs der Menschenrechte im Jahre 1789 nur deswegen gekommen, weil man sich in den im einzelnen angesprochenen Lebensbereichen am fühlbarsten durch die Willkür des „*ancien régime*“ beeengt sah. Aber niemals hat sich die Volksvertretung (jedenfalls in demokratischen Perioden) davon abbringen lassen, auch außerhalb des Kataloges der Menschenrechtserklärung liegende Zusammenhänge zu regeln, wenn sich ein Bedürfnis ergab. Daher ist die französische „*domaine législative*“ von jeher eine flexible gewesen. *Vedel*⁴¹ hat diesen Tatbestand dadurch anschaulich zum Ausdruck gebracht, daß er zwischen einer „*matière législative par nature*“ und einer „*matière législative par détermination de la loi*“ unterschieden hat. Zu der ersten Gruppe zählte er all diejenigen Gebiete, die die Verfassung ausdrücklich reserviert hatte, zusätzlich aber auch die Gebiete, die nach allgemeiner republikanischer Überzeugung dem Gesetz vorbehalten bleiben sollten. Die zweite Gruppe war per definitionem unbegrenzt. Ihr zeitlicher Stand hing von der Gesamtheit der jeweils geltenden Gesetzesrechtsordnung ab.

Will man hier die entsprechenden *deutschen* Begriffe einsetzen, wird man auf den Begriff des Allgemeinvorbehaltes zurückgreifen müssen. Während aber in Deutschland nach jetzt gültigem Recht für jede neue abstrakte Rechtsetzung der Exekutive formell- und materiellrechtliche Ermächtigung durch die Legislative erforderlich ist⁴², bedarf es in Frankreich keiner Spezialermächtigung. Es enthält nämlich die herkömmliche „*fonction d'exécution*“, die der französischen Exekutive allgemein zukommt, eine Generalemächtigung von Verfassungswegen. Dem Allgemeinvorbehalt („*bloc légal*“) wäre der engere Bereich an obligatorischem Gesetzesvorrecht gegenüberzustellen, wie er schon im deutschen historisch-konventionellen Rechtssatzbegriff nieder-

⁴¹ *Droit Adm.*, 1. Aufl. Bd. I, S. 133.

⁴² So z. B. H. J. Wolff, *Verw.R.* Bd. I, 6. Aufl., § 30 III b 1. (S. 144).

gelegt worden ist. Und für Deutschland wie für Frankreich gilt, daß der Allgemeinvorbehalt (Vorrang) eine Folge des Vorbehaltes sein kann.

Allerdings scheint, die Betrachtungsweise des französischen Rechtes eine etwas andere zu sein als die des deutschen: Dort wird auf das Ergebnis der Kompetenzausübung durch den Gesetzgeber geachtet, auf das wachsende Feld des „*bloc légal*“, hier werden schon die Folgerungen der Existenz von Gesetzesrecht für die übrige Staatsverwaltung gezogen. Dieser Aspekt der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im Begriff des „*Vorranges*“ und des „*Vorbehaltes*“ ist beim französischen Denken in „*matières*“ und „*domaines*“ m. E. weniger berücksichtigt und findet seine volle Entsprechung erst, wenn man den Begriff der „*exécution*“, der Gesetzesausführung, hinzunimmt.

II. Der Verordnungsbegriff

Damit können wir zu der Behandlung des Verordnungsbegriffes während der 4. Republik übergehen.

1. Begriff

Die Begriffsbildung ging hier entweder von dem Akt der Verwaltung mit der Bezeichnung Verordnung („*règlement administratif*“) aus oder aber von der Verordnungsgewalt („*pouvoir réglementaire*“). Unter diesem Blickwinkel ist z. B. für de *Laubadère*⁴³ „*le trait commun à tous les règlements administratifs... leur généralité*“. *Rivero*⁴⁴ sieht in der Verordnung „*un acte à portée générale*“, *Vedel*⁴⁵ „*des décisions exécutoires générales et impersonnelles*“. *Walline*⁴⁶ schließlich definiert die Verordnung als „*une décision de l'autorité administrative qui édicte une règle applicable à un nombre indéterminé de personnes*“.

Die Allgemeinheit ist somit für alle Autoren bedeutsam. Jedoch sind die Folgerungen unterschiedlich gewesen, die aus diesem, bei allen Verordnungen vorhandenen Begriffsmerkmal gezogen worden sind. De *Laubadère* hat z. B. gemeint, daß die Verordnung materiell ein Gesetz sei⁴⁷. Diese Übereinstimmung mit dem Gesetz ist auch von anderen

⁴³ *Droit Adm.* 1. Aufl., S. 188.

⁴⁴ *Droit Adm.* 1. Aufl., S. 48.

⁴⁵ *Droit Adm.* 1. Aufl. Bd. I, S. 116.

⁴⁶ *Droit Adm.* 9. Aufl. (1963), S. 117.

⁴⁷ Auch *Walline* hat in der 8. Aufl. (1959) seines zit. Werkes auf die materielle Übereinstimmung zwischen Gesetz und Verordnung hingewiesen: „*pourquoi le Parlement ne fait-il pas lui-même tous les actes relevant de la fonction législative, c'est-à-dire tous les actes qui posent des règles de Droit applicables impersonnellement?*“

Autoren zugegeben worden. Jedoch ist es ihnen darauf meistens nicht besonders angekommen. Am deutlichsten wird das bei *Vedel*, wenn er schrieb: „En réalité, le règlement a un régime beaucoup plus proche de celui des décisions non réglementaires que de celui de la loi. L'acte réglementaire n'est qu'une variété de décision exécutoire; c'est un acte administratif entre autres; il ne participe en rien à la souveraineté et à l'infaillibilité juridique de la loi“⁴⁸.

Aber auch für de *Laubadère* gilt im Grunde nichts anderes. Wenn er die Formel vom Gesetz im materiellen Sinne benutzt, so bedeutet das eine nur begriffliche Anknüpfung an ein bestimmtes Merkmal des Gesetzes. Schon immer hat die französische Rechtslehre den Unterschied zwischen Gesetz und Verordnung nicht nur im Vorhandensein zweier verschiedener Organgruppen, sondern auch in der Unterschiedlichkeit der jeweiligen Rechtsmacht gesehen.

Zusammenfassung darf daher niedergeschrieben werden, daß die französische Lehre zur Zeit der 4. Republik darin einig gewesen ist, daß die Verordnung dem Gesetz zwar inhaltlich ähneln konnte, ihm aber an „Rechtskraft“ niemals gleichkam.

2. Die „*domaine réglementaire*“ und die einzelnen Verordnungsarten

Dies vorausgeschickt können wir uns den einzelnen Verordnungsarten zuwenden, die während des Zeitraumes der vierten Republik dem Verordnungsgeber zur Verfügung gestanden haben.

a) Die „*règlements d'application*“

An erster Stelle sind die sog. „*règlements d'application des lois*“⁴⁹ oder „*règlements complémentaires*“⁵⁰ zu nennen. Sie ergingen ohne spezielle Aufforderung des Gesetzgebers mit der Zielsetzung, das reibungslose Funktionieren der Gesetzesordnung zu gewährleisten. Sie hatten zur Aufgabe, das formelle Gesetz zu komplettieren, seine Ausführung sicherzustellen und ggf. die Modalitäten seiner Anwendung näher zu bestimmen. Eine Anhörung des Conseil d'Etat, wie sie im französischen Recht für Verordnungen besonderer Tragweite regelmäßig vorgeschrieben ist, war unnötig. Geschah sie gleichwohl, so machte dieser Umstand allein die „*règlements complémentaires*“ noch nicht z. B. zum „*règlement d'administration publique*“ (vgl. unten). Man nannte

⁴⁸ Droit Adm. Bd. I (1. Aufl.), S. 117.

⁴⁹ So *Waline*, Droit Adm. 3. Aufl. (1959), S. 115.

⁵⁰ So de *Laubadère*, Droit Adm. 1. Aufl., S. 198.

sie jedoch dann „*règlement en forme des règlements d'administration publique*“⁵¹. Weder konnten die „*règlements complémentaires*“ contra legem ergehen; sie mußten vielmehr auch an das Gesetz angelehnt sein (secundum legem), ohne daß allerdings eine spezielle Ermächtigung nötig gewesen wäre.

b) Die „*règlements d'administration publique*“

Die sog. „*règlements d'administration publique*“ ergingen demgegenüber immer auf Grund förmlicher Aufforderung durch den Gesetzgeber (Spezialermächtigung) und hatten bereits zur Aufgabe, das Gesetz auszuführen oder zuweilen dessen Anwendung überhaupt erst zu ermöglichen⁵².

Aus diesem Grunde mußten die „*règlements d'administration publique*“ der Beratungssektion des Conseil d'Etat vorgelegt werden, was zu ihrer Rechtswidrigkeit führte, wenn sie nur in der Form der „*règlements complémentaires*“ ergingen. Wenngleich die Regierung als Verordnungsgeber nicht gehalten war, dem sog. „*avis*“ des Conseil d'Etat zu folgen, so konnten sie jedenfalls keine Maßnahmen auf dem Verordnungswege treffen, die diesem Kollegium nicht vorher vorgelegen hätten.

Das hatte zur Folge, daß die hier besprochene Verordnungsgruppe auch wiederum nur nach einem „*avis*“ des Conseil d'Etat aufgehoben werden konnte. Formenkongruenz war also erforderlich, wodurch es zugleich zu einer Art von Hierarchie unter den verschiedenen Verordnungsgattungen kommen konnte.

Ausgangspunkt für die Beurteilung der rechtlichen Tragweite und des Inhalts der „*règlements d'administration publique*“ muß die Überlegung sein, daß jede Verordnung, indem sie vom Gesetz aufgestellte Prinzipien konkretisiert oder ergänzt, notwendigerweise der Rechtsordnung etwas hinzufügt. Diese theoretische Beurteilung des Verordnungsproblems ist in Frankreich an sich immer gesehen worden. War jedoch in den Anfangszeiten des französischen Staatsrechtes die Abhängigkeit der Verordnung vom Gesetz wenigstens theoretisch äußerst stark und dementsprechend der verbleibende Spielraum für die Regierung, bzw. Verwaltung klein, hat sich später diese grundsätzliche Ein-

⁵¹ So de *Laubadère*, Droit Adm. 1. Aufl., S. 198 und *Encyclopédie Dalloz* Bd. I, Stichwort „*décret*“ No. 42 u. 55.

⁵² Der Gesetzgeber pflegte bei einem solchen Anlaß zu verfügen: „*Un règlement d'administration publique réglera les conditions d'application de la présente loi.*“

stellung nicht nur in der Praxis, sondern auch auf Grund theoretischer Erörterungen verändert.

Für diese Veränderungen sind insbesondere zwei Strömungen in der Lehre entscheidend gewesen: Zunächst benutzte man zur Begründung einer erweiterten Rechtsmacht des Ordnungsgebers den Ermessensspielraum, der dem Chef der französischen Exekutive bei der Entscheidung darüber zur Seite stand, ob er überhaupt auf dem Ordnungswege tätig werden wollte⁵³. Dieser Ermessensspielraum hatte seinen Ursprung in dem Umstand, daß der französische Staats(Minister-)präsident in der Regel keiner besonderen Ermächtigung bedurfte, um Ordnungen erlassen zu können. Es galt grundsätzlich das Prinzip der Generalmächtigung durch die Verfassung. Außerdem führte man aber zur Erweiterung der Befugnisse der verordnunggebenden Gewalt auch die Stufentheorie von *Kelsen* und *Merkel* ins Feld⁵⁴.

Ettori als Vertreter der ersten Richtung hat zwischen dem gesetzgeberischen Verlangen nach einer Gesetzesausführung, welches sich in diesem Verlangen erschöpfte, und denjenigen Ausführungsanweisungen unterschieden, die besondere Richtlinien über die Art und Weise der Gesetzesausführung enthielten. Im ersten Falle hielt er es für richtig, daß der Ordnungsgeber dem Gesetz nichts hinzufügen könne. Allerdings meinte der Autor, daß dieses Prinzip vernünftig interpretiert werden müsse. Bei der Rangordnung der juristischen Texte nehme nämlich der Grad der Abstraktheit der Regeln kontinuierlich ab. Gerade das aber mache es fast unausweichlich, daß die Verordnung, indem sie konkretisiere, dem Gesetz etwas hinzufüge. In der Praxis müsse daher der Chef der Exekutive einfach die notwendigen und zweckmäßigen Maßnahmen ergreifen, um den reibungslosen Fortgang der Staatstätigkeiten sicherzustellen. Diese Initiativgewalt⁵⁵ besäße die Regierung von Verfassungen wegen. Daraus ergäbe sich, daß das Gesetz nicht nur entsprechend seinem ausdrücklichen Text angewendet werden dürfe, sondern daß auch darauf geachtet werden müsse, was ein Gesetz unter Berücksichtigung des Sachzusammenhanges enthalte. Dieses Problem der Erforschung des gesetzgeberischen Willens stellte sich nach *Ettori* nur dann nicht, wenn das Gesetz ausdrücklich Anweisungen erteilt hatte, nach denen der Ordnungsgeber verfahren mußte. Sei z. B. der „Auftrag“ erteilt worden, eine Übergangsregelung auf dem Ordnungswege zu erlassen, müsse diese Anweisung so verstanden werden, daß

⁵³ Conclusions von *Ettori* zu der Entscheidung des C. E. vom 26. 4. 1929, „Union des voies ferrées et transports automobiles“, in *Sirey* 1929.3.50 ff. und *RDP* 1929 S. 319 ff.

⁵⁴ Anmerkung von *Waline* zu den Entscheidungen des C. E. v. 25. 10. 1957, „Duval“ 2° + 3° espèce, in *RDP* 1958 S. 510—512.

⁵⁵ Sog. „puissance gouvernementale“.

dann auch die Abänderung gesetzlicher Anordnungen zulässig ist, ohne daß es auf die weitere Auslegung des Gesetztextes ankomme.

Nicht grundsätzlich anders ist die Argumentation von *Waline* gewesen. Allerdings verzichtete er ganz darauf, den Ermessensspielraum des Chefs der Exekutive in den Gang seiner Ausführungen einzubeziehen. Dafür wird der Gedanke der Entwicklung des Rechtes auf verschiedenen Stufen viel klarer als bei *Ettori* hervorgekehrt, wenn er feststellt, „(que) tout règlement d'application d'une loi, en concrétisant les règles posées par celle-ci, y ajoute nécessairement quelque nouvelle règle... si le règlement d'application n'ajoutait rien à la loi, s'il se bornait à recopier, il n'aurait pas d'utilité ni même de sens“.

Eine gewisse Bandbreite für das Betätigungsfeld des Ordnungsgebers ist somit bereits Selbstverständlichkeit. Die Praxis der gesetzvertretenden Ordnungen macht sich bemerkbar. Das trifft besonders für die Ausführungen von *Ettori* zu, der offensichtlich diese Ordnungsgruppe noch ganz den „règlements d'administration publique“ zuordnen will. Aber zwischen den letzteren und den sog. „décrets-lois“ besteht (wenigstens theoretisch) ein klarer Unterschied: Wenn auch die Grenze durch ein allgemeines, genügend bestimmtes Kriterium kaum oder nur schwer zu ziehen ist, so scheint doch die jüngere französische Verwaltungsrechtsprechung aus diesem Problem eine Frage des Maßes gemacht zu haben⁵⁶. Gelegentlich der Besprechung der vorzitierten Entscheidung des Conseil d'Etat vom 25. 10. 1957 klingt bei *Waline* auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Notwendigkeit) an, wenn er ausführt, daß die „obligations (imposées aux citoyens par l'autorité réglementaire) devaient être nécessaires (pour l'application de la loi en vue de laquelle est fait ce règlement)“. Ergab sich die Notwendigkeit („nécessite“), gegen weiter zurückliegende Gesetze verstoßen zu müssen, wurde zusätzlich darauf abgestellt, ob ein solches Gesetz nicht schon nach der ratio des auszuführenden Gesetzes als abgeändert zu gelten hatte. Erst dann sah man die Befugnisse und Möglichkeiten einer bloßen Ausführungsverordnung als überschritten an, wenn dem Gesetz „de nouvelles conditions de fonds“ hinzugefügt worden waren.

So ist z. B. in einem Gesetz vom 3. 1. 1950 über die Tbc-Impfung⁵⁷ der Spielraum für die Gesetzesausführende Regierung so weit gezogen worden, daß sie die Befugnis besaß, alle Maßnahmen zu treffen, die überhaupt im Zusammenhang mit der Impfkation nötig werden konnten. Im Streitfalle betrafen diese Maßnahmen, die auf dem Verord-

⁵⁶ Vgl. *Waline*, *Droit Adm.* 8 Aufl. (1959), S. 127.

⁵⁷ Zitiert nach *Lemasurier*, aaO., S. 373 ff.

nungswege erlassen worden waren, insbesondere die technische Bewältigung des Verfahrens. Der Conseil d'Etat hat das für legal erklärt⁵⁸.

Ettori hätte dem zugestimmt, weil die Ermächtigung des Gesetzgebers (ohne eine Ermächtigung im eigentlichen Sinne zu sein) so gefaßt war, daß der Verordnungsgeber sein pflichtgemäßes Ermessen zu einer vernünftigen Lösung einsetzen mußte, wenn er nicht die ganze Impfaktion gefährden wollte. *Waline* würde dagegen ausgeführt haben, daß es sich insoweit eben nicht um „nouvelles conditions de fonds“ gehandelt habe und daß die Maßnahmen der Regierung auf dieser Stufe des Rechtes erforderlich und verhältnismäßig gewesen seien.

In Wahrheit ist zu sagen, daß in dem besprochenen Fall die Grenze zum „décret-loi“ erreicht wird. Dieser Verordnungsgruppe sollen daher die folgenden Ausführungen dienen⁵⁹.

c) Die „décrets-lois“

In Erscheinung getreten sind die hier zu behandelnden Verordnungen unter der Bezeichnung „règlement pris sur habilitation législative“ oder kürzer „décret-loi“. Auf die Hintergründe ihrer Entstehung an dieser Stelle einzugehen, ist nicht nötig. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit dieser Staatsakte ist bereits angeschnitten worden⁶⁰. Uns genügt es hier festzustellen, daß gegen Ende der 4. Republik die zahlreichen Erklärungs- und Begründungsversuche in bezug auf die vorliegende Verordnungsgruppe in den Begriff der „supralégalité de crise“ eingemündet sind. Damit wurde zum Ausdruck gebracht, daß sich die Frage der Illegalität und Verfassungswidrigkeit eines Verfahrens dann nicht mehr stellt, wenn es vernünftig und unerlässlich ist, um einer nicht vorhergesehenen Krise Herr zu werden⁶¹. In einer solchen Argumentation liegt freilich das Eingeständnis, daß insoweit die geschriebene Verfassungsordnung versagt hat⁶².

⁵⁸ C. E. vom 12. 12. 1953, „Confédération nationale des associations catholiques de chef de famille“, in Dalloz 1953, S. 511.

⁵⁹ Auf die Ausführungsverordnungen im Anschluß an ein sog. „loi-cadre“ braucht nicht weiter eingegangen zu werden, da es sich insoweit immer um gewöhnliche Ausführungsverordnungen handelte oder aber um gesetzvertretende Verordnungen, vgl. den vorstehenden Abschnitt I. 2.

⁶⁰ Vgl. vorstehend I. 1 a., a. E. und dort Anm. 15.

⁶¹ So z. B. *Chapus*, aaO., S. 1001 mit weiteren Nachweisen.

⁶² Das hatte schon 1947 *Lafférière* vorausgesehen. Vergleiche sein Zitat vorstehend A. 15, a. E. Ein ähnlicher, wenn auch auf etwas anderer Ebene liegender Vorwurf kann aber auch dem deutschen Verfassungsgeber von 1949 nicht ganz erspart bleiben. In vergleichbarer Weise ist hier die starke Bevormundung des Verordnungsgebers durch Art. 80 des Bonner Grundgesetzes zu rügen, vgl. dazu bes. H. J. *Wolff*, VerwR Bd. I, 6. Aufl., § 25 VII a, (S. 107).

Unter Berücksichtigung dieser Vorzeichen interessiert jetzt zuerst das Verfahren, das nach dem sog. Delegalisationsgesetz vom 17. 8. 1948 beschritten werden konnte:

Formell mußten die nach diesem Gesetz zulässigen Verordnungen als sog. „décrets en Conseil des Ministres“ ergehen. Beteiligt waren mindestens die interessierten Minister. Auch war ein „avis“ des Conseil d'Etat einzuholen. Trotz dieser äußeren Anknüpfung an die Verfahrensformen der soeben behandelten „rèlements d'administration publique“ konnten die hier zu behandelnden Verordnungen jedoch gesetzliche Anordnungen in weitestem Umfang aufheben oder durch andere Maßnahmen ersetzen, wenn es sich nur um durch das gen. Gesetz vom 17. 8. 1948 delegalisiertes Gebiet handelte. Bis zu einem neuerlichen Eingriff des Gesetzgebers auf den „matières ayant par leur nature un caractère réglementaire“ konnte der Verordnungsgeber somit auf den enumerativ aufgezählten Gebieten selbständig und eigenverantwortlich tätig werden. Weder bedurfte er von Fall zu Fall einer besonderen weiteren Ermächtigung noch war er gehindert, seine eigenen „décrets“ wieder aufzuheben, wenn das nötig erschien.

Sieht man den Vorrang des Gesetzes als eine Sicherung der überragenden Stellung des Gesetzgebers an, wäre es an sich logisch zu erwarten, daß mit einer teilweisen Verkürzung des „bloc légal“ auch eine Minderung der „suprématie“ des Gesetzgebers im übrigen hätte eintreten müssen. Offenbar aber lassen sich beide Begriffe ohne Schaden voneinander trennen. Denn wie beschaffen die Kompetenzzuteilung an den Verordnungsgeber auch immer gewesen sein mag: dem Gesetzgeber verblieb immer die Kompetenzkompetenz. Jederzeit konnte er in den „bloc légal“ zurückholen, was er aus ihm entlassen hatte, und jederzeit entstand dann aufs neue der Vorrang des Gesetzes⁶³.

Viel weniger günstig schneidet in dieser Beziehung das Verfahren ab, das in Verfolgung eines „loi de pleins pouvoirs“ im eigentlichen Sinne eingeschlagen werden konnte: Auch die in diesem Verfahren erlassenen Verordnungen wurden als „décrets en Conseil des Ministres“ verabschiedet. Jedoch schon der „avis“ des Conseil d'Etat ist nicht immer notwendig gewesen⁶⁴.

⁶³ So ausdrücklich C. E. vom 24. 6. 1953, „Ville de Lyon“, Dalloz & Sirey 1955, jurisprudence, S. 719 ff.

⁶⁴ *Vedel*, Droit Adm. 1. Aufl. Bd. I, S. 139 und vorstehend im Text I. 1. — Der Ausschluß des Conseil d'Etat von der Ausarbeitung der „décrets-lois“ erscheint mir besonders bedeutsam. Wie schon ausgeführt wurde, hat man in Frankreich den Conseil d'Etat vorzugsweise mit der Begutachtung solcher Verordnungen betraut, die auf Grund von Spezialermächtigung des Parlamentes ergingen. Wird nun der Conseil d'Etat in den vorliegenden Fällen von der Vorberatung der „décrets-lois“ ausgeschlossen, drängt sich die Vermutung

Die Durchbrechung des Grundsatzes vom Vorrang des Gesetzes war ebenso deutlich wie in dem soeben geschilderten Verfahren der Verordnungen, die auf Grund des Delegalisationsgesetzes vom 17. 8. 1948 ergehen konnten. Auch hier ist die in die Zukunft reichende Entscheidungsfreiheit der Legislativen nicht eigentlich angetastet worden. Jedoch erscheint hier die gesetzvertretende Eigenschaft dieser „décrets-lois“ besonders deutlich: Es wird nicht einmal mehr durch eine vorweggezogene Delegalisation verdeckt, daß Verordnungen ergehen dürfen, die das Gesetz abändern können. Außerdem ist diese Verordnungsgattung der Abänderung durch einfache Verordnungen schlechthin entzogen gewesen. Es galt also keine Formenkongruenz. Hinzu kam, daß die „décrets-lois“ in der Regel ganz unzulänglich durch die Verweisung auf ein bestimmtes Sachgebiet festgelegt waren. Häufig genug wurde nur ein durch das „décret-loi“ zu erreichendes Ziel angegeben. Das ist ersichtlich weniger als die katalogmäßigen Aufstellungen des Gesetzes vom 17. 8. 1948 und zeigt an, daß klare Vorstellungen über die Materien, welche diese Verordnungsgattung im Einzelfall berühren würde, beim Erlaß des einzelnen Ermächtigungsgesetzes kaum bestanden haben.

Deswegen meine ich, daß hier erstmals eine echte Beeinträchtigung der parlamentarischen Entscheidungsfreiheit festzustellen ist. Der Legislativen ist nämlich für eine bestimmte Zeit im Staate ein Konkurrent entstanden, dessen Kompetenzzusübung für den Einzelfall weder genügend bestimmt noch bestimmbar ist. Pauschale Ermächtigungen lassen nun einmal keine tendenzielle Festlegung des Ermächtigten zu⁶⁵.

Dieser Mangel ist dem französischen Gesetzgeber auch selbst bewußt geworden. Besonders augenfällig kommt das in einem Gesetz vom 23. 6. 1956 zum Ausdruck, in welchem eine enge Zusammenarbeit zwischen Nationalversammlung und Regierung bei den zu erarbeitenden Verordnungen (dort „décrets de développement“ genannt) angeordnet war. Je nach dem zu beobachtenden Verfahren mußte der Veröffentlichung der Dekrete entweder eine parlamentarische Stellungnahme vorangehen, oder aber das einmal erlassene Dekret konnte auf Veranlassung der beiden Kammern hin geändert werden⁶⁶.

Interessant ist die Umkehrung der Verhältnisse: Das Gesetz hatte in Frankreich seinen Siegeszug begonnen, nachdem es Willensakt der Re-

auf, daß dies deswegen geschah, weil man eine gesetzgeberische Kompetenz betroffen sah. Bei der Ausarbeitung der Gesetze ist der Conseil d'Etat nicht beteiligt gewesen!

⁶⁵ Bezeichnenderweise hat denn auch z. B. *Burdeau* (Traité Bd. VII, S. 415 ff.) für diesen Vorgang den Begriff der „législation gouvernementale“ gewählt.

⁶⁶ Vgl. vorstehend den Abschnitt I.

präsidenten der Nation geworden war. Zwar hatte die Verfassung vom 3. 9. 1791 noch eine anschließende Sanktionierung der Entscheidung des „corps législatif“ durch den König verlangt⁶⁷. Jedoch hat sich im Verlaufe der jüngeren und jüngsten französischen Verfassungsgeschichte das Erfordernis der Abstimmung in den gesetzgebenden Körperschaften immer mehr als das allein wichtige Merkmal in den Vordergrund geschoben. Nunmehr schlägt die Regierung den Gesetzestext vor, setzt ihn ggf. bereits als (vorläufiges) Dekret in Kraft und wartet die Stellungnahme der Legislativen ab oder kommt gar schon ganz ohne die Zustimmung der gesetzgebenden Körperschaften aus.

Aus diesem Verlauf der Entwicklung wird man das Gegenteil dessen zu schließen haben, was *Charpentier*⁶⁸ ihr hat entnehmen wollen. Nicht wird in einem solchen Verfahren die Allmacht des Gesetzgebers bestätigt. Es ist vielmehr das verzweifelte Bemühen zu beobachten, eine gegenüber dem Ordnungsgeber nur noch organschaftlich bestehende Überordnung möglichst hinhaltend zu verteidigen und abzusichern. Dem Gesetzgeber muß immer klarer geworden sein, daß die vorherige oder nachträgliche „Ratifikation“ der von der Regierung vorgeschlagenen „décrets de développement“ seine einzige Beteiligung an gewissen zu realisierenden Reformen zu werden drohte.

Gleichwohl hat die französische Rechtslehre zur Zeit der 4. Republik ihre Beurteilung des Verhältnisses von Gesetz und Verordnung nicht wesentlich geändert. Die Ablösung des Vorranges des Gesetzes durch einen bloßen Vorrang der Organe ist vielfach nicht richtig erkannt worden. Vielmehr hat man zuweilen beides miteinander vermengt.

Diese mangelhafte begriffliche Trennung dürfte nicht zuletzt auf *Carré de Malberg* zurückzuführen sein, der bekanntlich die unterschiedliche Rechtskraft von Gesetz und Verordnung allein aus dem verschiedenen Rang der Organe ableitete. Freilich erscheinen uns *Carré de Malberg*s Ausführungen noch heute richtig, und ebenso gilt das z. B. für Formulierungen, die das Verhältnis von Gesetz und Verordnung darum klar aus dem organhaften Abhängigkeitsverhältnis des Ordnungsgebers vom Gesetzgeber definierten. Aber von einer Rangordnung der Normen sollte besser nicht mehr gesprochen werden, wie das z. B. auch

⁶⁷ Titre III, chap. III, sect. III, art. 6: „Les décrets sanctionnés par le roi ... ont force de loi et portent le nom et l'intitulé de lois.“ Vgl. *Duverger*, Constitutions, S. 19.

⁶⁸ Dieser hatte (aaO., S. 248) ausgeführt: „c'est par rapport à cette loi (d'habilitation), par rapport à la volonté actuelle du législateur que l'infériorité du pouvoir réglementaire se manifeste, et non par rapport aux lois antérieures, à la volonté passée du législateur.“

Immer wieder wird offenbar, daß die Möglichkeit des Tuns mit dem, was tatsächlich getan wird, gleichgestellt wird.

Waline noch versucht hat: „Le règlement est inférieur en force juridique à la loi. Il est l'œuvre du pouvoir exécutif; or, dans ce même mot, il y a l'expression d'une certaine subordination; un exécutant est nécessairement le subordonné de celui dont il ne fait qu'exécuter les décisions. Le pouvoir exécutif n'est certainement pas... l'égal du pouvoir législatif...“⁶⁹ Hier wird der Vorrang des Gesetzes mit dem Vorrang des Gesetzgebers in so enge Verbindung gebracht, daß man beides kaum noch unterscheiden kann. Und besonders symptomatisch für die Austauschbarkeit der Begriffe wird es, wenn dem von anderer Seite hinzugefügt wird: „User d'une autorisation législative ne peut pas être une infraction à la loi, ni au respect de la loi“⁷⁰.

Eine solche Feststellung wäre nur dann richtig, wenn für alle Fälle der gesetzgeberischen Ermächtigung an der Delegalisierungsmöglichkeit festgehalten werden könnte. Die Methode der gesetzgeberischen Aufhebung des Gesetzesvorranges für gewisse Sachgebiete mag bei dem vergleichsweise präzise gefaßten Gesetz vom 17. 8. 1948 noch angängig sein. Bei den ganz unbestimmten Ermächtigungen gegen Ende der 4. Republik war es jedoch völlig ausgeschlossen vorauszusagen, welches einzelne Gesetz oder welche Gruppe von Gesetzen einer Abänderung durch das „décret-loi“ anheimfallen würden. Ist das aber richtig, so ist zu fragen, wie die hier behandelten „décrets-lois“ intra legem verbleiben konnten, wenn man unter dieser Formulierung den gesamten „bloc légal“ versteht.

Aber an sich verrät auch der Begriff der Delegalisation bereits, was gemeint ist. Sieht man einmal davon ab, innerhalb welcher Grenzen eine solche überhaupt möglich sein kann, so wird jedenfalls deutlich, daß eine Verschiebung der Akzente Platz gegriffen hat: Delegalisierung von Teilen des „bloc légal“ durch Überweisung in die „domaine réglementaire“ bedeutet Ausübung der „volonté gouvernementale“ durch den Gesetzgeber. Somit ist der Wille des Gesetzgebers das Entscheidende; und intra legem bedeutet nur noch die Vereinbarkeit mit dem jeweils jüngsten Gesetz des Gesetzgebers. Nicht dagegen bedeutet intra legem die Vereinbarkeit mit dem gesamten „bloc légal“!

Jedoch auch diese letzte Vorzugsstellung des Gesetzgebers erscheint bedroht⁷¹. In der Spätzeit der 4. Republik ist das Ermächtigungsgesetz nämlich fast zur Normalform des Gesetzes geworden. Frankreich ist durch die „décrets-lois“ viel intensiver regiert worden als durch „lois ordinaires“. Gibt aber eine gesetzgebende Körperschaft schon quanti-

⁶⁹ In Droit Adm. 8. Aufl. (1959), S. 126.

⁷⁰ Eisenmann, Le droit administratif, S. 39.

⁷¹ A. A. aber z. B. Lemasurier, aaO., S. 373 ff.

tativ der Entscheidungsbefugnis der Regierung und Verwaltung weitesten Raum, und ist schließlich die Legislative sogar weitgehend unfähig, überhaupt noch Beschlüsse zu fassen, wird die beherrschende Stellung des Gesetzgebers immer imaginärer. Diese Vorgänge sind jedoch dem deutschen Leser aus eigener Anschauung noch viel zu vertraut, als daß hierüber noch weitere Ausführungen gemacht werden müßten.

d) Die „règlements autonomes“

Eine vierte und letzte Gruppe von Verordnungen stellten schließlich die sog. „règlements autonomes“ dar.

Ihre erste Untergruppe, die sog. „règlements organiques des services publics“, sind in unserem Zusammenhang nur teilweise von Interesse⁷². In der Mehrzahl der Fälle handelte es sich nämlich um solche allgemeinen Anordnungen, die ganz im Bereich der inneren Verwaltung verbleiben und keine Außenwirkungen zeigen (sog. „circulaires“ = Dienstanweisungen). Hier konnte sich der „chef de service“ (Behördenleiter) immer auf eine sog. „pouvoir de réglementation interne de (son) service“ berufen, wenn er (gesetzes-)interpretative Anweisungen an die ihm nachgeordneten Dienststellen gab. Einer besonderen Ermächtigung bedurfte es nicht⁷³.

Da in diesen Fällen der Rechtsordnung nichts hinzugefügt wurde, kam im Streitfalle auch der verwaltungsgerichtliche Rechtsweg nicht in Betracht⁷⁴. Der „Verletzte“ mußte sich damit begnügen, die Inangasetzung eines Disziplinarverfahrens anzuregen.

Anders war es nur, wenn der Richter feststellen konnte, daß die Verwaltung sich in der Wahl ihrer Mittel gewissermaßen vergriffen, wenn sie m. a. W. an Stelle eines „circulaire interprétative“ in Wahrheit einen „circulaire réglementaire“ erlassen hatte⁷⁵. In diesen Fällen war nämlich eine unmittelbare Berührung der Rechtsordnung

⁷² Der „service public“ selbst wurde z. B. von Vedel (Droit Adm., 1. Aufl. Bd. I, S. 16) wie folgt definiert: „... le service public se caractérise à la fois par son but (satisfaction d'un besoin social) et par ses moyens (mise en œuvre par l'Etat ou par une collectivité publique d'un ensemble organique d'hommes et de biens). Son mode d'action est constitué par des prestations fournies aux individus qui en sont les usagers.“

⁷³ Vgl. C. E. vom 7. 2. 1936, „Jamart“, in Sirey 1937.3.113 ff. mit „note“ Rivo: „... il leur (den Behördenleitern) appartient, comme à tout chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité...“. Vgl. auch oben 11. Kap. III. 2., a. E.

⁷⁴ Vgl. die Nachweise bei de Laubadère, Traité 2. Aufl. (1957), S. 165.

⁷⁵ Zu den Abgrenzungskriterien im einzelnen vgl. Tricot in RPDA 1954, S. 50 ff. (Concl. zu CE v. 29. 1. 1954, „Institution Notre Dame du Kreisker“).

vorhanden, da „éléments nouveaux de la légalité“ geschaffen wurden. Eine Kompetenz zur Setzung von Rechtsverordnungen mußte vorhanden sein, wenn diese allgemeinen Anordnungen nicht der Aufhebung durch den Conseil d'Etat verfallen sollten⁷⁶.

Bei einem Vergleich mit Entsprechungen im deutschen Recht wird am ehesten auf unsere modernen Verwaltungsverordnungen hinzuweisen sein, die, ohne der Qualifikation von Recht in einem rechtstheoretischen Sinn zu entbehren, gleichwohl keine Rechtsquellen im eigentlichen Sinne darstellen⁷⁷. Gleichwohl dürfte hier die Grenze zu den Verordnungen im besonderen Gewaltenverhältnis, die nach neueren Anschauungen durchaus Rechtsquellen im eigentlichen Sinne enthalten können, nicht immer leicht zu ziehen sein. Die Ausführungen de *Laubadères* zur Problematik der „recevabilité“ der hier besprochenen Verordnungsgattung vor dem Conseil d'Etat geben dazu ein beredtes Zeugnis ab⁷⁸. Wann es sich insoweit um die verwaltungsgerichtliche Kontrolle eröffnendes Recht handelt, scheint für das französische Recht noch nicht ganz zweifelsfrei geklärt.

Eindeutig um Rechtsverordnungen handelte es sich hingegen bei der zweiten Gruppe der „règlements autonomes“, den sog. „règlements de police“. Hier kam keine räumliche oder sachliche Beschränkung des Wirkungsbereiches in Betracht, denn die französischen Polizeiverordnungen auferlegten wie die deutschen „à tout citoyen, et à toute personne se trouvant même momentanément sur le territoire français, certaines obligations et certaines règles de conduite dans l'intérêt du maintien du bon ordre, de la sécurité publique ou de la salubrité publique“⁷⁹. Das sind jedoch alles Begriffe, die dem deutschen Leser hinreichend vertraut sind, so daß sich eine Vertiefung hier erübrigt⁸⁰.

3. Zusammenfassende Betrachtungen zur „domaine réglementaire“.

Der Abschied vom Vorrang des Gesetzes

Bei diesem Stand der Erörterungen über die Verordnungsgewalt zur Zeit der 4. französischen Republik kann die Frage nach dem Wesen der

⁷⁶ Vgl. C. E. vom 1. 4. 1949, „Chevneau“, D. 1950, 531.

⁷⁷ Vgl. dazu H. J. Wolff, *VerwR* I 6. Aufl. § 24 II b 2. (S. 99).

⁷⁸ *Traité* Bd. I 3. Aufl., S. 257 ff.

⁷⁹ So *Waline*, *Droit Adm.* 8. Aufl. (1959), S. 113.

⁸⁰ Interessant ist freilich, daß z. B. eine so wichtige Kodifikation wie der noch heute gültige „code de la route“ durch Polizeiverordnung in Kraft gesetzt worden ist. Entgegenstehendes Gesetzesrecht war damals allerdings auch nicht vorhanden! — Für diese Art von Verordnungen bestand von der Rechtsprechung „sanktionierte“ Generalermächtigung, vgl. C. E. vom 8. 8. 1919, „La-bonne“, *Rec. S.* 737. Vgl. auch oben 13. Kap. III. 1.

sog. Verordnungsdomäne nunmehr mit der notwendigen Vertiefung behandelt werden: Gab es im französischen Staatsrecht bis 1958 eine „domaine réservé au pouvoir réglementaire“, die sich mit den Vpr-behalten für den Gesetzgeber vergleichen ließe?

Unter dem Gesichtspunkt der Dogmatik ist diese Frage sicherlich zu verneinen. Es bestanden keine Gebiete, in die sich der Gesetzgeber nicht auf Grund eines formellen Gesetzes hätte einschalten können⁸¹. Insoweit verschlägt die Tatsache nichts, daß in praxi weite Gebiete der staatlichen Rechtsordnung unter die Herrschaft der Verordnung geraten waren. Allerdings kann die vorgelegte Frage auch in einer minder provozierenden Weise gestellt werden, indem man nämlich fragt, ob es Gebiete gab, auf denen die Verordnung ohne vorangehendes Gesetz in einer dem Gesetzgeber ähnlich spontanen Art und Weise ergehen konnte⁸².

Diese Frage ist für den Zeitraum der 4. französischen Republik uneingeschränkt zu bejahen: Ein eigener, sachlich bestimmter Wirkungsbereich kam sicherlich in den Fällen der zuletzt beschriebenen Gruppe der autonomen Verordnungen in Betracht. Zu erwähnen sind jedoch auch die sog. „règlements complémentaires“, für die im Begriff der „exécution des lois“ die permanente Aufforderung beschlossen lag, ohne erneuten Auftrag um die Gesetzesausführung bemüht zu sein. Aber hier wie bei den oben unter II b) und c) behandelten Verordnungen bestand zugleich das Erfordernis der Ausführung „secundum legem“. Soweit man unter dem Begriff „à titre primaire“ die Abwesenheit jeder vorrangigen Ermächtigung versteht, wird die Befolgung des vorgeschlagenen Einteilungsschemas also schwierig. Allein es muß erneut darauf hingewiesen werden, daß es trotz eines Systems, das wie das französische von der „pouvoir inconditionné et à titre primaire“ des Gesetzgebers ausgeht, nicht allein davon abhängen kann, ob ein Akt ein ihm zugeteiltes Gebiet besitzt, um diesen Akt Autorität und hervorragende rechtliche Tragweite zu verschaffen. Niemand wird sagen wollen, daß beispielsweise die „règlements autonomes“ an Autorität, Bedeutung und Reichweite dem Gesetz gleichkämen. Wenn sie auch spontan, ohne Spezialermächtigung, ergehen konnten, mußten sie doch alle in Kraft befindlichen gesetzlichen Bestimmungen beachten. Gerade dieses Gebot bestand aber bei den im Anschluß an ein Ermächtigungsgesetz ergehenden „décrets-lois“ nicht. Wenn auch bei ihnen eine Spe-

⁸¹ Vgl. statt aller: *Encyclopédie Dalloz* Bd. II, Stichwort „réglement administratif“ No. 7.

⁸² So ist die Frage insbesondere von de *Laubadère*, *Traité* I. Aufl., S. 196 gestellt worden.

zialermächtigung vorliegen mußte, gab es hinsichtlich ihrer rechtlichen Tragweite kaum einen Unterschied zum eigentlichen Gesetz⁸³.

Damit finden wir auch hier wieder zu der Formel zurück, die weiter oben schon für die „décrets-lois“ speziell erarbeitet worden war: Bei der Beurteilung der sog. „domaine réglementaire“ kann es keine abschließende Aussage über den Gegenstand und die Reichweite der Verordnungsgewalt geben, und auch die Frage, ob der Verordnungsgeber auf bestimmten Sachgebieten „à titre primaire“, dh. ohne Spezialermächtigung tätig werden kann, führt nicht weiter. Vielmehr ist darauf abzuheben, daß mit Hilfe des Begriffes der „domaine réglementaire“ das Residuum der ursprünglich allumfassend verstandenen Beachtung des „bloc légal“ (intra legem), die heutige Hierarchie der Organe also, abgesichert werden konnte. Damit stellte die „domaine réglementaire“ ein sehr probates Mittel zur Konservierung des Vorranges des Gesetzgebers dar; aber auf der anderen Seite war sie von ebenso hervorragender Bedeutung für den Verordnungsgeber: Die „domaine réglementaire“ konnte den Verordnungsgeber aus seiner umfassenden Abhängigkeit von jedem einzelnen Gesetzestext lösen. Sie ist m. a. W. die Ablösung des Vorranges des Gesetzes. Die Verfassung der 5. französischen Republik brauchte insoweit nur noch die organisatorischen Folgerungen zu ziehen.

4. Die Inhaber der Verordnungsgewalt

Unsere Ausführungen über die Organisation der Inhaberschaft der verschiedenen „pouvoir réglementaires“ müssen sich im Rahmen der vorliegenden Untersuchung auf einige wenige Bemerkungen beschränken. Als Titulare der Verordnungsgewalt sind hier zu erwähnen: der Chef der Exekutive, die Minister, die Präfekten und „maires“ sowie schließlich gewisse Gebietskörperschaften.

Die wichtigste Regelungsbefugnis lag beim Chef der französischen Exekutive. Der Artikel 47 Abs. I der Verfassung von 1946⁸⁴ gab mit der Wendung, daß der Président du Conseil des Ministres für die Ausführung der Gesetze verantwortlich sei, den Rechtstitel für seine all-

⁸³ Auch die Möglichkeit der richterlichen Überprüfung des „décret-loi“ auf einen sog. „excès de pouvoir“ kann zu keiner anderen Beurteilung führen. Bei einem nur hinreichend unbestimmt gefaßten Ermächtigungsgesetz ist der Fall kaum denkbar, daß dem Verordnungsgeber ein Verstoß gegen das Ermächtigungsgesetz nachgewiesen werden könnte.

⁸⁴ „Le Président du Conseil des Ministres assure l'exécution des lois.“ Vgl. *Duverger*, *Constitutions*, S. 146.

gemeine Anordnungsbefugnis ab. Als Inhalte dieser Regelungsbefugnis hatten wir u. a. die „règlements complémentaires“ und (unter einem anderen Gesichtspunkt) die sog. autonomen Verordnungen kennengelernt. Sie wurden, um auf den Urheber hinzuweisen, auch „décrets“ genannt und mußten die Unterschrift des Président du Conseil (Ministerpräsident) tragen. Gegenzeichnung des oder der interessierten Minister war erforderlich. Hinzu trat u. U. die Pflicht, einen „avis“ des Conseil d'Etat einzuholen. Die Kompetenzzuweisung hinsichtlich der übrigen Ordnungsgruppen, wie vor allem beim „règlement d'administration publique“ und beim „décret-loi“ geschah durch den Gesetzgeber selbst.

Die französischen Minister besaßen keine allgemeine Befugnis zum Erlass von Verordnungen. Jedoch konnte ihnen durch Sondervorschrift im Einzelfall eine besondere Kompetenz übertragen werden. Der Artikel 54 der Verfassung von 1946 sah sogar vor, daß der Chef der Exekutive seine Befugnisse auf einen Minister delegieren konnte. Die Tragweite dieser Delegation war streitig⁸⁵. Außerdem konnten die Minister als Leiter ihres „service public“ unbeschränkt im Rahmen und zur Erfüllung der Aufgaben dieser Dienststelle tätig werden. Ihre Verordnungen wurden einheitlich „arrêtés ministériels“ genannt.

Im Departement war der Präfekt der „dépositaire de l'autorité de l'Etat et représentant de chacun des ministres“⁸⁶. In dieser Stellung war er mit wenigen Ausnahmen der einzige Empfänger von Delegationen seitens der Minister. Seine Befugnisse lagen vorwiegend auf dem Gebiet der Ordnungsverwaltung. Ihm stand aber auch die Aufsicht über die französischen Gemeinden („communes“) zu (Gesetz vom 5. 4. 1884, Art. 99). Seine Verordnungen nannte man „arrêtés préfectoraux“.

Die Verordnungsgewalt der „maires“ leitete sich ebenfalls aus dem angeführten Gesetz vom 5. 4. 1884 ab. Seine allgemeinen Anordnungen trugen die Bezeichnung „arrêtés réglementaires“ und konnten Angelegenheiten der Selbstverwaltung wie auch eigentliche Staatsaufgaben betreffen.

Ähnliche Befugnisse kamen schließlich noch sog. „assemblées délibérantes“ wie dem „Conseil municipal“ zu; und ein atypisches Ordnungsrecht war schließlich den sog. „offices des changes“ gegeben worden, die durch ihre sog. „avis anonymes“ auf ähnlichen Gebieten tätig wurden wie die Devisenbewirtschaftungsstellen in Deutschland.

⁸⁵ Vgl. *Encyclopédie Dalloz* Bd. I Stichwort „décret“ No. 37 und Bd. II Stichwort „règlement“ No. 13.

⁸⁶ *Encyclopédie Dalloz* Bd. II, Stichwort „règlement“ No. 15.

5. Die jurisdiktionelle Überprüfung der Verordnung

Nach unseren Ausführungen zu Begriff, Arten, Gegenstand und Inhaberschaft der ordnungsgebenden Gewalt gewinnt eine Darstellung des modernen französischen Verwaltungsrechtes ihre Vollständigkeit aber erst durch die Berichterstattung über das für das französische Recht typische Kontrollverfahren, das etwa seit Beginn des laufenden Jahrhunderts mit dem Recht der Verordnungsgebung verknüpft ist, um den „*bloc légal*“ vor Übergriffen zu schützen. Seit dem Jahre 1907 konnte der französische Verwaltungsrichter nämlich die bis dahin bekannten Verordnungsgattungen auf einen sog. „*excès de pouvoir*“ überprüfen.

Diese Möglichkeit, die Verordnung am Gesetz zu überprüfen, ist noch im 19. Jahrhundert keineswegs eine Selbstverständlichkeit gewesen⁸⁷. Vielmehr weigerte sich der Verwaltungsrichter i. d. R., ein Verfahren mit dem Ziel, eine Verordnung zu überprüfen, überhaupt zuzulassen⁸⁸. Eine Ausnahme bestand nur, soweit es sich um individuell-konkrete Ausführungsmaßnahmen, also Verwaltungsakte im eigentlichen Sinne handelte⁸⁹. Mit der Entwicklung des „*recours pour excès de pouvoir*“ seit der Mitte des vergangenen Jahrhunderts, gab die Rechtsprechung dann allerdings zusehends ihren ursprünglichen Standpunkt auf, bis im Jahre 1907 schließlich sogar die Kontrollmöglichkeit der sog. „*règlements d'administration publique*“ anerkannt wurde⁹⁰. Als letztes setzte man die gerichtliche Überprüfbarkeit bei den sog. „*décrets-lois*“ durch. Hier wurde zur Zeit der 3. französischen Republik geprüft, ob die gesetzvertretenden Verordnungen nicht den Rahmen des Ermächtigungsgesetzes verlassen hatten⁹¹. Unter der Verfassung von 1946 wurde noch zusätzlich darauf geachtet, daß das „*décret-loi*“ nicht dem Gesetzgeber ausdrücklich vorbehaltenes Gebiet (Spezialvorbehalt) berührte⁹².

Die nur allmähliche Zulassung des „*recours pour excès de pouvoir*“ bei den „*règlements d'administration publique*“ und den „*décrets-lois*“ hatte ihren tieferen Grund eindeutig darin, daß man wegen der jeweils ausdrücklichen Ermächtigung durch den Gesetzgeber vielfach Gesetzes-

⁸⁷ Vgl. de Laubadère, *Traité* Bd. I 3. Aufl., S. 75.

⁸⁸ Vgl. *Cormenin*, aaO., S. 64, 66 ff.

⁸⁹ So *Encyclopédie Dalloz* Bd. II, Stichwort „*règlement*“ No. 45.

⁹⁰ Conseil d'Etat vom 6. 12. 1907, „*Chemin de fer de l'Est*“, Sirey 1908.3.1, concl. *Tardieu*, note *Hauriou*.

⁹¹ Vgl. die Rspr.-Nachweise bei *Rolland* in einer Anmerkung zu C. E. vom 25. 6. 1937, „*Union des véhicules industriels et autres*“, Dalloz (R.) 1937.3.33 ff., bes. S. 34.

⁹² Vgl. C. E. vom 10. 2. 1950, gekürzt abgedruckt in Sirey 1951.3.54. Die Entscheidung betraf Verordnungen, die nach dem Gesetz vom 17. 8. 1948 ergangen waren.

wert der so zustande gekommenen Verordnungen annahm⁹³. Die richterliche Kontrolle dieser Verordnungen mußte daher wie eine (unzulässige) Normenkontrolle erscheinen. Diese Haltung konnte sich erst ändern, nachdem die Möglichkeit echter Delegation allgemein abgelehnt und die für das französische Recht typische Überzeugung herrschend wurde, daß Anordnungen der Verwaltung dieser Funktion nicht nur formell zuzurechnen seien, sondern daß es sich auch materiell-funktionell immer nur um echte Verwaltungsakte handeln könne. Wie sich aus unseren Ausführungen zu den Vorstellungen *Carré de Malberg's* zu Recht, Gesetz und Verordnung ergibt, ist erst seit ihm dieser Stand der Dinge allgemein akzeptiert worden. Seitdem war die Zulassung des „*recours pour excès de pouvoir*“ zur Kontrolle von Verwaltungsakten im Sinne der deutschen Terminologie und zugleich zur Überprüfung der allgemeinen Anordnungen der Verwaltung, der Verordnungen, freilich die logische Konsequenz.

Allerdings kommt in der Zulassung dieser Prozeßart zur Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der Verordnung auch der große Unterschied in der Betrachtungsweise des französischen Rechts gegenüber dem deutschen Recht zum Ausdruck. Während in Frankreich die Verordnung letztlich zu einer bloßen Untergruppe der Verwaltungsakte wurde, hat die Verordnung in Deutschland ihre Sonderstellung unter den übrigen Akten der Verwaltung behalten, was nicht zuletzt darin deutlich wird, daß eine unmittelbare Überprüfung der Gesetzwidrigkeit der Rechtsverordnung i. d. R. ausgeschlossen ist⁹⁴; und selbst wo sie zugelassen wird, ähnelt das zur Verfügung gestellte Verfahren eher der gegenüber dem Gesetz durchgeführten Normenkontrolle als dem gewöhnlichen Verwaltungsprozeßverfahren⁹⁵.

An diesem Zustand wird sich hinsichtlich eines wesentlichen Bereichs der ordnungsgebenden Gewalt in Frankreich, und zwar jeweils so-

⁹³ Vgl. oben bes. das 6. Kap. I. und *Holstein*, aaO., S. 318 ff., 342 ff.

⁹⁴ Vgl. § 47 der deutschen VerwGO vom 21. 1. 1960 (BGBl. I S. 17).

⁹⁵ M. E. erklärt sich diese Erscheinung nicht nur dadurch, daß in Deutschland die materielle Betrachtungsweise im Verhältnis von Gesetz und Verordnung immer eine gleichbleibende Bedeutung gehabt hat. Vielmehr wird viel zu wenig beachtet, daß die modernen Rechtsverordnungen ihr großes Vorbild nicht zuletzt auch in den Verwaltungsverordnungen der konstitutionellen Monarchien in Deutschland besaßen. Für deutsche Verhältnisse war es daher niemals besonders problematisch, daß neben dem Gesetz allgemeine Anordnungen der Verwaltung zu beobachten waren, die diesem völlig ebenbürtig und durchaus wesensverwandt sein konnten.

Interessanterweise werden in Frankreich die in der Dogmatik äußerst verhärteten Fronten bei der Beurteilung des Verhältnisses zwischen Gesetz und Verordnung ihre Belebung gerade durch die Orientierung an derartigen Vorbildern erfahren. Zwar wird diese Anknüpfung nicht sehr bewußt, sondern letztlich empirisch geschehen. Gleichwohl kann jetzt schon gesagt werden, daß die Ergebnisse substantiell nicht weit vom ehemaligen deutschen Rechtssatzdenken entfernt sein dürften. Vgl. dazu unten noch das 17. Kap.

weit in irgendeiner Weise gesetzesabhängige Verordnungen in Betracht kommen, auch für die nachfolgenden Kapitel nichts mehr ändern. Daher kann auf diese hier erneut herausgearbeitete Unterscheidung gar nicht deutlich genug aufmerksam gemacht werden.

III. Rückblick und Ausblick

Nach alledem bietet sich im Entwicklungsbild der beiden Begriffe Gesetz und Verordnung ein ähnliches Bild, wie wir es schon im Verlaufe des zweiten Teils der vorliegenden Untersuchungen antreffen konnten: Das Gesetz soll — jedenfalls der Konzeption nach — der wesentliche, die Gesellschaft und den Staat organisierende Akt bleiben, während der Verordnung in dieser Hinsicht nur Hilfsfunktionen zugedacht sind.

Allerdings sah die Verfassungswirklichkeit ganz anders aus, nachdem man seit den Jahren 1953/1954 wiederum gezwungen war, auf das Verfahren der „décrets-lois“ zurückzugreifen. Bedenkt man den Hintergrund, der sich für französisches Rechtsdenken mit den Begriffen „loi“ und „décret“ verbindet, dh. beachtet man, daß in der funktionalen Bedeutung dieser Begriffe das Verbindungsglied zu den zugehörigen Staatsgewalten hergestellt wird, kann es kaum überraschen, was sich hier anbahnt: Es verwischt sich die strenge Scheidung der Staatsfunktionen in der Form, wie sie durch die französische Spielart des Parlamentarismus als „parlementarisme absolue“⁹⁶ ausgeprägt worden war.

Dieser Abbau der modernen französischen Gewaltengliederung geht klar zu Lasten der Legislative. Zwar erfolgt die Neuverteilung der Kompetenzen noch unter der grundsätzlichen Anerkennung, daß jedenfalls ursprünglich ausschließliche Legislativfunktionen betroffen sind: Der Gesetzgeber muß selbst die Grenzen der neuen Balance bestimmen. Deswegen bleibt ihm (vorerst) auch noch die Verfügungsgewalt über diese für französische Verhältnisse durchaus neuartige Aufwertung der „puissance réglementaire“. Aber der Nachteil dieser Art von Neuordnung ist offenkundig: Wer über die Voraussetzung, den Umfang und die Dauer einer im höchsten Maße die Staatsverfassung selbst betreffenden Neuorganisation der Staatsgewalten befinden kann, scheint geneigt, die einmal errichtete Ordnung schon aus durchaus nichtigen Anlässen und häufig im eigenen Interesse zu durchbrechen. Dadurch entsteht ein Faktor der dauernden Störung. Die „instabilité ministérielle“ waren die Folgen, der „multipartisme“ eine wesentliche Voraussetzung⁹⁷.

⁹⁶ Vgl. schon oben 3. Kap. II.

⁹⁷ Vgl. Prélôt, Institutions, S. 339 und 340 ff.

Daher trug diese von der 3. bis zur 4. Republik dauernde Zeitspanne einer „empirischen Gewaltengliederung“ wohl von Anfang an den Keim eines Mißerfolges in sich. Es scheint unmöglich zu sein, prinzipielle Ordnungselemente der Verfassung in dauernder Schwebelage zu halten. Zwar unterscheidet man seit geraumer Zeit zwischen den Begriffen einer „starrten“ und einer „biegsamen“ (flexiblen) Verfassung und auch dürfte man sich darüber einig sein, daß eine absolut starre Verfassung keineswegs von Vorteil ist. Aber jedem Begriff der Verfassung liegt in viel höherem Maße noch als dem Gesetz die Anlage zur Dauer und relativen Unabänderbarkeit inne⁹⁸. Wird daher (bewußt) auf die Regelung der Kompetenzverteilung im Staate verzichtet, wie das in der Verfassungswirklichkeit der 3. und 4. Republik zu beobachten war⁹⁹, so herrscht in Wahrheit ein Mangel an Verfassungsordnung.

Die Notwendigkeit einer neuen Verfassung im Jahre 1958, die die Frage der Gewaltenteilung zwischen Exekutive und Legislative abschließend regelte und damit dem einfachen Gesetzgeber die Verfügung hierüber entzog, beweist die Richtigkeit dieser Ausführungen in nicht unbeträchtlichem Maße. Doch ehe wir deswegen zum letzten Kapitel (Kapitel 17) der vorliegenden Schrift übergehen, ist im nächsten Kapitel noch ein Teilausschnitt unseres Themas, nämlich die weitere Entwicklung des Rechtsbegriffs unter dem Blickwinkel seiner zunehmenden Institutionalisierung und Positivierung nachzutragen.

⁹⁸ G. Jellinek, aaO., S. 263: „... sind Verfassungsgesetze diejenigen, welche erschwerenden Formen bezüglich ihrer Abänderung unterliegen, denen aber ... eine gesteigerte formelle Gesetzeskraft zukommt.“

⁹⁹ Duverger, Institutions, S. 49: „... une véritable coutume constitutionnelle s'était créée à cet égard.“

16. Kapitel

„Les principes généraux du droit“

Mit dem Kapitel 16 soll diejenige Seite unseres Themas wieder aufgegriffen werden, die sich bisher mit den Vorstellungen zum Rechtsbegriff ganz allgemein beschäftigt hatte. Allerdings zeigt schon die Überschrift an, daß nicht mehr wie bisher auf den Rechtsbegriff in seiner ganzen Breite eingegangen werden kann, sondern vielmehr auch hier eine Beschränkung angestrebt wird. Der Leser wird die Konzentration auf die Erscheinung der „principes généraux du droit“ jedoch ohne weiteres zugestehen, wenn er bedenkt, daß seit den Ausführungen *Carré de Malberg*s ganz überwiegend von einer positivistisch-voluntaristischen Rechtsauffassung ausgegangen wird. Weitere Erörterungen zum Rechtsbegriff im allgemeinen müßten daher zu unnützen Wiederholungen führen.

Trotz dieser Beschränkung auf die sog. „principes généraux du droit“ ist die Beschäftigung mit dem Gegenstand aber von Interesse, weil sich mit ihm für die tägliche Rechtsanwendung eine neue echte Rechtsquelle herausgebildet hat, die mehr darstellt als der unverbindliche Hintergrund für eine existente positive („geschriebene“) Rechtsordnung. Dieser Vorgang ist für das französische Recht von großer Bedeutung, da es in weit geringerem Umfange als etwa das deutsche ungeschriebene (Gewohnheits-)Recht anzuerkennen geneigt ist¹ und deswegen das Problem der „hiérarchie des normes“ überwiegend unter dem Blickwinkel des Verhältnisses der geschriebenen Normen zueinander betrachtete.

Wie dem jedoch sei, eine feste Überzeugung hat sich in Frankreich schließlich ebenso sehr wie in Deutschland durchgesetzt: Mit dem Gesetzes- und Verordnungsrecht kann das den Staat organisierende Regelrecht nicht ausgedöpft sein. Deshalb stellte man sich etwa seit Beginn unseres Jahrhunderts immer häufiger die Frage, ob und wie auch ohne ausdrückliche staatliche Anordnungen allgemeine Rechtsprinzipien mit allseitiger Verbindlichkeit anerkannt werden könnten. Interessanterweise ist diese Frage nicht nur von Verfechtern einer überpositivistischen Rechtsauffassung gestellt und beantwortet worden; vielmehr

¹ Typisch die Ausführungen bei *Waline*, *Droit Adm.* 4. Aufl. 1946, S. 16.

hat diese Problemstellung die positivistischen Rechtsschulen in gleicher Weise beschäftigt.

Diese Feststellung erscheint wichtig, denn man ist nur zu schnell geneigt anzunehmen, daß eine Theorie sog. „principes généraux du droit“ im geltenden Recht die konsequenteste Ablehnung der Positivisten hervorrufen müßte. Freilich ist richtig, daß die starke Herausstellung des Gesetzesbegriffes in Frankreich, die schon sehr früh eine erste Spielart des Rechtspositivismus hervorgebracht hatte, lange Zeit verhinderte, daß die hier zu behandelnde Erscheinung beim rechten Namen genannt wurde; und wenn sich gegen Ende des ersten Weltkrieges auch langsam die Überzeugung ausbreitete, daß der Gesetzgeber wohl nur theoretisch ein Monopol an allgemeiner Rechtsetzungsbefugnis besaß, so wurde diese Erkenntnis doch lange Zeit dadurch beiseite geschoben, daß man im gegebenen Fall den (erklärten) Willen des Gesetzgebers so lange auslegte, bis man ein gewünschtes allgemeines Rechtsprinzip als implizit miterklärt erkannte. Auch die Rechtsprechung des Conseil d'Etat lag etwa bis zum Jahre 1950 genau in dieser Richtung.

I. Die Lehre des „Conseil d'Etat“

1. Bis zum 2. Weltkrieg

Bis zu diesem Zeitpunkt verwahrte sich der Conseil d'Etat nämlich immer wieder dagegen, jemals als Schöpfer oder Interpret von allgemeinen Rechtsprinzipien aufzutreten zu sein². Solange ein Gesetzestext aufzufinden war, auf den ein vorgefaßter Richterspruch zu gründen war, gingen die Richter des Conseil d'Etat den Weg einer solchen Begründung. Das galt z. B. nicht nur für das Prinzip der Gewerbefreiheit und der freien Unternehmensbetätigung überhaupt, das auf ein Gesetz vom 2./7. März 1791 (!) gestützt³, sondern auch für das Rückwirkungsverbot von Verwaltungsakten, das aus dem Artikel 2 des code civil⁴ herausgelesen wurde. Und schließlich stützte man das Prinzip der Rechtskraft („autorité de la chose jugée“) ebenfalls auf nur einen Artikel des code civil, den Artikel 1351⁵. Andererseits gab es in der Recht-

² Vgl. die „conclusions“ der Commissaires du gouvernement und besonders die „conclusions“ von *Chenot* zu C. E. vom 4. 2. 1944, „*Sieur Guisse*“, in RDP 1944, S. 166.

³ So z. B. die Entscheidung des C. E. vom 6. 3. 1914, „*Syndicat de la boucherie*“, Rec., S. 308.

⁴ „La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif.“

⁵ „L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.“ Vgl. dazu *Letourneur*, aaO., S. 21.

sprechung des Conseil d'Etat allgemeine Rechtsprinzipien, die, obwohl sie häufig angewandt wurden, selten oder niemals ausdrücklich Erwähnung fanden⁶. Das traf insbesondere für den Gleichheitssatz zu.

Einer besonderen Begründung dieser Grundsätze bedurfte es solange nicht, als diese Prinzipien derartig selbstverständliche Grundlage einer jeden Äußerung staatlicher Autorität waren, daß es überflüssig erschien, noch ein Wort darüber zu verlieren⁷. Überdies hatte fast jede französische Verfassung seit der Revolution von 1789 die Erklärung der Menschenrechte in irgendeiner Weise aufgegriffen. Ein großer Teil der allgemeinen Rechtsprinzipien, wie sie später von der Rechtsprechung angewendet wurden, war in ihnen niedergelegt oder konnte durch Interpretation aus ihnen erschlossen werden. Es war daher nur folgerichtig, wenn sich der Conseil d'Etat gegenüber diesen mittelbaren Rechtsquellen als der Diener „d'un corps de règles non écrites“ fühlte, „qui s'imposent à lui de l'extérieur et qu'il se borne à constater“⁸.

Mit dieser Haltung blieb das oberste französische Verwaltungsgericht zwei Anforderungen treu, die einerseits vom Wesen der richterlichen Funktion bestimmt waren, andererseits aus der herrschenden Auffassung vom Gesetzespositivismus herrührten: Als rechtsprechende Gewalt anerkannte es durch seine Methode der Rechtsfindung, daß es sich dem Recht in jeder Beziehung unterworfen fühlte. Ausdrücklich verschloß es sich jeder aktiven Fortbildung des Rechtes. Indem der Conseil d'Etat das geschriebene Recht anwendete, verhalf er aber auch denjenigen Prinzipien zur Geltung, denen sich der Gesetzgeber immer und ohne besondere Hervorhebung verpflichtet fühlte. Es galt die unwiderlegliche Vermutung, daß seine Äußerungen von den allgemeinen Rechtsprin-

⁶ So die für Frankreich berühmte Entsch. des C. E. vom 30. 11. 1923, „Coutéas“, Rec., S. 789 = RDP 1924 S. 74 ff. und 208 ff. = Sirey 1923.3.57 mit einer Anmerkung von *Hauriou*. In dieser Entscheidung ging es um die Vollstreckung eines Titels mit Vollstreckungsklausel. Aus hier nicht näher zu erörternden Gründen war dem Kläger die staatliche Mithilfe bei der Realisierung des Titels versagt worden. Das tadelte der C. E.: „Considérant que si, comme il a été dit ci-dessus, le gouvernement a le devoir d'apprécier les conditions de cette exécution et le droit de refuser le concours de la force armée, tant qu'il estime qu'il y a danger pour l'ordre et la sécurité, le préjudice qui peut résulter de ce refus ne saurait, s'il excède une certaine durée, être regardée comme une charge incombant normalement à l'intéressé et qu'il appartient au juge de déterminer la limite à partir de laquelle il doit être supporté par la collectivité.“

Der kursiv gestellte Teil der Urteilsbegründung ermangelte jeglicher ausdrücklicher Rechtsgrundlage.

⁷ Vgl. *Vedel*, Droit Adm., 2. Aufl., S. 188 und *Letourneur*, aaO., S. 28, außerdem *Huberlant*, aaO., S. 663.

⁸ Zitiert nach *Letourneur*, aaO., S. 22. Ähnlich *Jeanneau*, Les principes, S. 123.

zipien durchdrungen waren. Somit konnten die „principes généraux du droit“ aus den Texten selbst geschöpft werden.

2. Seit dem 2. Weltkrieg

Erst nach dem zweiten Weltkrieg, nach einigen Darstellungen⁹ schon zu Zeiten der Vichy-Regierung, hat der Conseil d'Etat seine Ansicht grundsätzlich revidiert. Die bisher ohne nähere Bezeichnung verwendeten allgemeinen Rechtsprinzipien wurden nunmehr ausdrücklich bei diesem Namen genannt: Um die unter der Vichy-Regierung gefährdeten Freiheitsrechte zu schützen und um dem einzelnen bei der zunehmenden Staatstätigkeit möglichst umfassenden Rechtsschutz zu kommen zu lassen, löste er die allgemeinen Rechtsprinzipien aus ihrer Abhängigkeit von den Gesetzestexten und anerkannte sie als unabhängige Rechtsquellen. Das ging im Einzelfall u. U. so weit, daß Akte des Gesetzgebers völlig übergangen wurden — ein für Frankreich höchst bemerkenswerter Vorgang, da die Nichtbeachtung des Vorrangs des Gesetzgebers nahe an die (unzulässige) Normenkontrolle der allgemeinen Anordnungen dieses Organs heranreichte. Freilich sind derartige Entscheidungen des Conseil d'Etat vereinzelt geblieben¹⁰. Immerhin erschien von jetzt ab in den Entscheidungen des Conseil d'Etat an Stelle der bis dahin geläufigen Formulierung „Aucune disposition de loi ou de règlement n'imposait à l'administration de...“ der folgende Urteilsengang: „Aucun texte ou principe général n'obligeait...“¹¹. Die neue dogmatische Errungenschaft wurde also als solche gekennzeichnet und vor allem mit dem Gesetz auf eine Stufe gestellt. Die Verletzung der „principes généraux du droit“ durch Akte der Verwaltung konnte zur Klageerhebung im „recours pour excès de pouvoir“ mit anschließender

⁹ Vgl. *Letourneur*, aaO., S. 22. Ähnlich auch *Jeanneau*, Les principes S. 154. Zu dem interessanten Thema des Verhaltens der frz. Rspr. unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen Rechtsprinzipien gegenüber den Rechtsetzungsakten der Vichy-Regierung vgl. vor allem *Bouffandeau*, La continuité et la sauvegarde des principes du droit public français, in EDCC 1947, z. B. S. 23. Rspr.-Nachweise aus dieser Zeit siehe bei *Jeanneau*, Les principes S. 154/155.

¹⁰ C. E. v. 17. 2. 1950, „Ministre de l'Agriculture contre Dame Lamotte“, Rec., S. 110 = RDP 1951, S. 479. Noch eine weitere Entscheidung (Tribunal de Conflit v. 27. 3. 1952, „Dame de la Murette“) hatte ebenfalls den Konflikt zwischen einem klaren Gesetzestext und traditionellen Rechtsprinzipien zugunsten der letzteren gelöst, vgl. RDP 1952 S. 757 ff. — In einer Anmerkung zu dieser Entscheidung ist dieses Ergebnis von *Waline* besonders deswegen kritisiert worden, weil Richter, die sich sonst weigerten, die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zu kontrollieren, diese nunmehr an allgemeinen Rechtsprinzipien überprüften. — Zwischen beidem unterscheiden zu können, meint m. E. zu Unrecht *Jeanneau*, Les principes, S. 150, 164/165, 171, 223 usw.

¹¹ So z. B. C. E. vom 22. 3. 1950, „Société des Ciments français“, Rec., S. 175.

Annullierung der betroffenen Maßnahme oder der Verpflichtung zur Wiedergutmachung des Schadens führen¹².

II. Die Stellungnahme der Rechtslehre

Wir hatten bereits darauf hingewiesen, daß die Vorkriegsrechtsprechung des Conseil d'Etat sich deutlich am Rechtspositivismus orientiert hatte. Diese Stellungnahme ist in der Lehre nicht immer und vor allem nicht allgemein akzeptiert worden. Gerade in jüngster Zeit scheinen hier naturrechtlich inspirierte Anschauungen Platz zu greifen.

1. Hauriou

Als erster in der französischen Rechtslehre scheint sich, soweit ersichtlich, *Hauriou* mit dem vorliegenden Problem beschäftigt zu haben. Unter „*principes généraux du droit*“ verstand er die „*principes individualistes tirés des grandes idées civilisatrices qui ont fait la civilisation sédentaire*“¹³. Sie können zuweilen von einem „*ordre purement technique*“ sein: „*Mais les plus importants de ses principes sont de fond. Ce sont les grands principes d'ordre social et de justice qui ... se trouvent ... placés au-dessus des constitutions elles-mêmes*“¹⁴.

¹² Systematisch sind die sog. „*principes généraux du Droit*“ auf die beiden großen Gruppen der bürgerlichen Abwehrrechte gegenüber dem Staat, die sog. Freiheits- und Gleichheitsrechte, zurückgeführt worden:

Zu der ersten Gruppe zählt z. B. *Letourneur*, aaO., S. 24—28: a) das Gesetzmäßigkeitserfordernis für die Beschränkung der Grundfreiheiten (= Vorbehalt), b) das Prinzip des Überwiegens des Wertes des Menschen als Bürger gegenüber den Ansprüchen kollektiver Zusammenschlüsse (= Vereinsfreiheit usw.), c) die Gewissensfreiheit, d) die Freiheit vor unerlaubtem Zwang schlechthin, e) das Verbot des Rückwirkens der Akte der Verwaltung, f) das rechtl. Gehör bei außerordentlich belastenden Einzelakten der Verwaltung, g) das Vorhandensein eines Rechtsweges, h) die Rechts- und Opportunitätskontrolle der vorgesetzten Behörde über die nachgeordnete Behörde. — Zur zweiten Gruppe zählt er folgende Ausprägungen des Gleichheitssatzes: a) das Verbot der Ungleichbehandlung aus rassistischen o. religiösen Gründen, b) die Neutralität der „*services publics*“ gegenüber den Benutzern. (= Gleichbehandlung Privater durch die staatlichen Behörden auf dem Gebiet der Daseinsfürsorge bis zum ausschließlichen fiskalischen Tätigkeitsfeld), c) die Gleichheit der Bürger bei der Auferlegung staatlicher Lasten, d) die Gleichheit vor der Steuer, e) die Gleichbehandlung auf wirtschaftlichem Gebiet. — Eine ähnliche Aufzählung findet sich auch bei *Jeanneau*, *Les principes*, S. 7—39 und 40—91.

Aus diesen Aufzählungen wird deutlich, daß wir hier die französische Entsprechung zu den positivierten deutschen Grundrechten vor uns haben. Deswegen erscheint im gegenwärtigen Deutschland eine Theorie der allgemeinen Rechtsprinzipien zur Anerkennung überpositiver Rechtssätze weniger vordringlich, ein Phänomen, das übrigens auch für die recht ausführliche belgische Verfassung von 1831 zutrifft. Vgl. dazu *Huberlant*, aaO., S. 661 ff. und 664 ff.

¹³ *Hauriou*, *Droit Const.* 2. Aufl., S. 236.

¹⁴ dito, S. 238.

Deutlich in Erscheinung tritt, daß *Hauriou* mit dem Begriff der „*superconstitutionalité*“ zu arbeiten vermag. Recht und Gesetz decken sich nicht notwendig. Will man die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit erkennen, muß man sich darüber im klaren sein, daß das Recht häufig in den „*principes plus que la loi écrite*“¹⁵ zum Ausdruck kommt.

Gleichwohl erscheint es nicht richtig, *Hauriou* schon deswegen einer quasi-naturrechtlichen Begründung bei seiner Lehre von den „*principes généraux du droit*“ zu zeihen, wenn er ihren Ursprung mit den „*grandes idées civilisatrices*“ in Verbindung bringt¹⁶. Auch bei *Hauriou* ist die *Maxime* akzeptiert, daß der Mensch als Mittelpunkt der Gesellschaft ein Anknüpfungspunkt für die Rechtsordnung sein muß. Was seine Rechtsordnung objektiviert, ist die Existenz der Institutionen, keineswegs aber, zumindest nicht allein, die Verwirklichung vorgegebener abstrakter Prinzipien. Richtig ist darum nur, in *Hauriou* einen Vertreter derjenigen Strömungen in der französischen Rechtslehre zu sehen, die die „*principes généraux du droit*“ jedenfalls nicht aus dem geltenden positiven Recht ableiten wollten.

2. Letourneur

Genau in diese Richtung zielte aber die Lehrvorstellung von *Letourneur*, einem „*maître des requêtes*“ im Conseil d'Etat. Bei ihm heißt es¹⁷: „*Il faut se rappeler que le C. E. est un juge et qu'il est, comme tout juge, soumis à la loi; dès lors, lorsqu'il applique des principes généraux non écrits et qu'il leur confère la valeur de textes de droit positif, il ne peut le faire que par interprétation de la volonté du législateur: il ne peut le faire que parce qu'il estime que les principes correspondent à cette volonté et que s'ils ne sont pas écrits, c'est que leur existence est si certaine, si évidente qu'elle n'a pas besoin d'être matériellement constatée par un texte ... quand le législateur d'une nation déterminée vote un texte quelconque, il le fait dans le cadre de l'organisation politique, sociale et économique existant à l'époque considérée dans le pays ... quand le juge ne trouve pas dans un texte écrit la solution du litige ... il est nécessairement conduit à appliquer ces mêmes principes que le législateur a coutume de prendre pour guide.*“ Die Autorität, Verbindlichkeit und Pflicht zur Anwendung dieser „*principes généraux du droit*“ findet also letztlich seine Stütze im Gesetz und dem Willen des Gesetzgebers. Natürlich verändert dieser mit der Zeit seine Standpunkte, weil sich die Leitsätze verändern, an denen er sich orientiert. Gleichwohl

¹⁵ dito, S. 236.

¹⁶ So *Jeanneau*, *Les principes*, S. 224.

¹⁷ Die folgenden Zitate sind *Letourneur*, aaO., S. 29 entnommen.

ist er es, der die einzuschlagende Richtung weist. Und damit ist er zugleich richtungweisend für alle allgemeinen Rechtsprinzipien.

Indessen hat auch *Letourneur* den „principes généraux du droit“ ein Eigenleben zugebilligt. Trotz des positivrechtlichen Ansatzpunktes hat er nämlich erklärt, daß die allgemeinen Rechtsprinzipien durch immer häufigere Anwendungen u. U. auch dem Gesetzgeber nicht mehr zur beliebigen Verfügung stünden und im übrigen der C. E. von einer vermuteten Übereinstimmung der Äußerungen des Gesetzgebers mit den „principes généraux de droit“ ausgehen könne. Hierdurch wird dem Richter ein sehr weiter Ermessensspielraum bei seinen Entscheidungen gesichert, und ggf. erscheint sogar eine restriktive Gesetzesauslegung zulässig. Nur, wer gibt eigentlich die Gewähr dafür ab, daß es tatsächlich allein der gesetzgeberische Wille ist, der die allgemeinen Rechtsprinzipien festlegt, und nicht bereits die rechtsprechende Gewalt?

Eine interessante Erscheinung wird spürbar¹⁸. Auch vom Boden einer positivistisch-voluntaristischen Auffassung vom Recht wird es möglich, mit Begriffen wie Ermessensspielraum und Bindung des Gesetzgebers an soziale Gegebenheiten zu arbeiten. Rechtspositivismus und überpositivistische Vorstellungen vom Recht beginnen, sich in den praktischen Ergebnissen zu nähern. Die klaren Abgrenzungen, auf die noch *Waline* so sehr Wert legte¹⁹, fangen daher an, sich zu verflüchtigen.

3. Vedel

Noch weiter auf diesem Wege scheint *Vedel* gegangen zu sein. Auch er dachte nicht an eine Begründung der allgemeinen Rechtsprinzipien auf überpositives Recht. Aber auch eine Ableitung aus einer Gesamtschau legislativer und reglementärer Texte scheidet für ihn aus. Die nach diesem Autor mögliche Erklärung besteht in folgendem: „Les principes généraux du droit se rattachent à la création ou plutôt à la découverte du droit par le juge“²⁰. Es wird Wert auf die Feststellung gelegt, daß sich der Conseil d'Etat seit den Ursprüngen des französischen Verwaltungsrechtes immer wieder auf die Theorie von den allgemeinen Rechtsprinzipien habe stützen müssen, um Lücken zu füllen oder aber um neue rechtliche Lösungen überhaupt erst zu ermöglichen. Muß man dann aber nicht versichern, daß erst der Richter und unter diesen be-

¹⁸ Die Meinung *Jeanneaus* (Les principes, S. 223), *Letourneur* beurteile ein von Rechtsprechung und Lehre erkanntes modernes Rechtsproblem mit herkömmlichen Kategorien, wird dem nicht ganz gerecht.

¹⁹ Vgl. oben 13. Kap. I.

²⁰ *Vedel*, Droit Adm. 2. Aufl., S. 118, 189.

sonders der Verwaltungsrichter die anzuwendenden Prinzipien erarbeitet hat? Deutlich ist zu erkennen, wie die richterliche Funktion aus einer überspitzt gesetzesabhängigen Stellung herausgelöst wird: Der Richter schickt sich an, zum gleichberechtigten Rechtsetzungsorgan neben dem Gesetzgeber zu werden.

Natürlich unternimmt er in dieser Beziehung keine „opération purement arbitraire. Le juge ‚découvre‘ le droit plus qu'il ne l'invente“²¹. Seine Jurisdiktion ist nicht Ausfluß einer persönlichen Anschauung. Er inspiriert sich an den der Verwaltung eigenen Notwendigkeiten; er respektiert die Rechte der Bürger, er berücksichtigt die derzeit herrschenden Rechtsmeinungen usw. Dennoch wird er immer auch Recht schaffen. Die Verquickung von Rechtserkenntnis und Rechtssetzung erscheint vollkommen.

4. Rivero

Nicht grundsätzlich anders ist über die Ansichten *Riveros* zu dem vorliegenden Problem zu berichten. Wie *Vedel* stellt er fest, daß dem Richter im modernen Staat die Rolle zufalle, auch rechtsfortbildend tätig zu werden. Allerdings trennt er, insoweit von *Vedel* abweichend, die Kategorie der „principes généraux du droit“ von den „règles créées librement par le juge“, denn in dieser Beziehung besteht ein gradmäßiger und zugleich bedeutungsmäßiger Unterschied. Nur bei der zweiten Gruppe besitzt der Richter einen gewissen Ermessensspielraum, wohingegen er bei der ersten Gruppe ganz gebunden ist.

Zur Begründung der Kategorie der „principes généraux du droit“ i. e. S. bringt nun *Rivero* interessanterweise das Naturrecht ausdrücklich ins Spiel: „... si l'on remarque que les principes dont le Conseil d'Etat se constitue le gardien se rattachent étroitement, soit au respect de la personne humaine et de sa dignité, soit à la nature des choses, on ne peut guère ne pas évoquer à leur sujet les ‚lois non écrites‘ qui transcendent les impératifs du pouvoir, c'est-à-dire, d'un mot, le droit naturel. Peu de constructions juridiques, dans le droit positif contemporain, présentent avec la conception classique de l'occident chrétien des affinités aussi nettes que la théorie des principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, et ce recoupement est d'autant plus probant qu'il n'a certainement pas été délibéré“²².

²¹ *Vedel*, dito, S. 193.

²² Zitiert nach *Jeanneau*, Les principes, S. 232—233. Der Artikel „Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo.“ (Revista de Administración Pública, 1951, S. 289 ff.), in dem *Rivero* diesen Gedanken entwickelt hat, konnte leider nicht herangezogen werden.

III. Zusammenfassung

Welche Erkenntnisse sind aus dieser Entwicklung zu ziehen? Die wichtigste Feststellung scheint mir zu sein, daß weder die französische Rechtslehre noch die Rechtsprechung des Conseil d'Etat letztlich bei einer rein positivistischen Begründung für die „*principes généraux du droit*“ verbleiben konnten. Gibt man nämlich einmal zu, daß es Rechtssätze gibt, die sich nicht aus einer (vernünftigen) Verallgemeinerung bestehender staatlicher Rechtssätze ableiten lassen, versagt jede Behandlung des vorliegenden Problems unter positiv-rechtlichen Aspekten.

Carré de Malberg und ihm folgend der überwiegende Teil der französischen Rechtslehre hatten freilich den Rechtspositivismus der vergangenen Jahrhundertwende (*Ducrocq* und *Moreau*) längst hinter sich gelassen. Doch haben die vorliegenden Erörterungen gezeigt, daß auch eine mehr voluntaristische Auffassung vom Recht das Vorhandensein der allgemeinen Rechtsprinzipien gleichfalls nicht zu erklären vermochte. Es erscheint nämlich unzulässig, dem Gesetzgeber im nachhinein die Berücksichtigung anerkannter Grundsätze zu unterstellen, wenn alle Anhaltspunkte in dieser Richtung fehlen oder sich gar feststellen läßt, daß er sich im gegebenen Fall über sie hinwegsetzen wollte. Für zahlreiche Anordnungen der Vichy-Regierung könnte in dieser Hinsicht ein solcher Nachweis geführt werden. Ist das aber richtig, so erscheint es nur folgerichtig, wenn auf dem Gebiet der sog. „*principes généraux du droit*“ zusehends nicht-positivistische Rechtsvorstellungen zur Geltung kommen mußten²³.

Begünstigt wurde diese Entwicklung, wie es scheint, noch dadurch, daß die dogmatische Begründung und die fast tägliche Beschäftigung mit den „*principes généraux du droit*“ vorwiegend in den Händen der Rechtsprechung gelegen hat. Zieht man die überkommene Kompetenzzuweisung an die rechtsprechende Gewalt, nämlich Existentes zu bewahren und sich davor zu hüten, Neues zu schaffen, in Betracht, wird es nicht weiter überraschen, wenn die allgemeinen Rechtsprinzipien in der französischen Dogmatik ganz in der Weise begründet und aufgefunden worden sind, wie z. B. *Duguit* jeden Rechtssatz aufgefunden wissen wollte: nämlich allein durch Erkenntnis des bereits Bestehenden und nicht durch willentliche Kreation.

Damit gelangt man zu einer zweiten Erkenntnis. Sie scheint darin zu bestehen, daß trotz der in der französischen Rechtslehre und Rechtsprechung herrschenden positivistisch-voluntaristischen Rechtsauffassung auf einem Teilbereich des Rechtes eine andere Auffassung über das We-

²³ Unentschlossen in dieser Beziehung *Jeanneau*, *Les Principes* S. 254, 255. Klarer aber in: *La nature*, S. 203 ff., 209.

sen des Rechtes die Oberhand gewinnen konnte. Freilich war schon häufiger in der französischen Rechtslehre angeklungen, daß u. U. mit einem mehrschichtigen Recht zu rechnen sei. *Esmein* hatte darauf als einer der ersten hingewiesen²⁴. Aber auch *Hauriou* und *Burdeau* und letztlich wohl auch *Duguit* haben versucht²⁵, den unterschiedlichsten Auffassungen vom Recht Raum zu geben.

An diese Entwicklung haben die erörterten Entscheidungen des Conseil d'Etat angeknüpft und damit die Existenz qualitativ unterschiedlichen Rechts anerkannt. Die Spaltung der Einheit des Rechtes ist offiziell. Die Konzentration aller allgemeinen Rechtsetzungsbefugnis in der Hand eines Staatsorganes wird mehr und mehr theoretischer Natur. Der „*bloc légal*“ verliert auch insoweit seinen Charakter der Ausschließlichkeit.

²⁴ Vgl. oben 5. Kap. I. u. II.

²⁵ Vgl. oben 8. Kap. II. 2 und III. 2; 14. Kap. I.; 7. Kap. I.

17. Kapitel

Gesetz und Verordnung, sowie die „principes généraux du droit“ in der Verfassung der 5. französischen Republik

Daß das Gesetz bereits im revolutionären Schema der „séparation des pouvoirs“ eine hervorragende Stellung erhalten hatte, lag nach unseren Ausführungen daran, daß man sich dasselbe teils als Ausdruck der Vernunft (*Montesquieu*) teils als das Äußerungsmittel des Souveräns (des Volkes bei *Rousseau* und der Nation in der späteren Lehre) vorgestellt hatte. Wenn auch schon frühzeitig die Legitimation des Gesetzes am Souverän und an der Vernunft bedroht schien, weil man beides in dem Werk eines Staatsorgans, des Gesetzgebers, aufzusuchen genötigt war, so trat doch diese Unstimmigkeit kaum ins Bewußtsein, weil das Repräsentationssystem gut funktionierte. Die Französische Revolution hatte sämtliche Zwischenstufen autonomer Gesellschaftsgruppierungen zwischen Staat und Bürger beseitigt. Der Staat trat in unmittelbarem Kontakt zu seinen Bürgern; die Repräsentanten wurden als von den Repräsentierten unabhängig gedacht. Ein gebundenes Mandat erschien von vornherein unzulässig, ja undenkbar.

Es erwies sich in der Folgezeit aber nicht nur die Repräsentationstheorie als haltlos. Auch die Möglichkeit des Staates, sich auf eine vergleichsweise homogene Gesellschaft stützen zu können, schwand in gleichem Umfang. Denn nur zu bald siedelte sich zwischen Staat und Individuum aufs neue eine Unzahl von Zwischengliedern an, die das Individuum Mensch zunächst für sich beanspruchte und dadurch die Kommunikation des Staates mit dem Bürger auf eine Ebene der Mittelbarkeit zurückdrängte. Treffend hat *Sirat*¹ hierzu bemerkt, daß die französische Nationalversammlung in der 4. Republik eher den Generalständen von 1789 geähnelt habe als dem „corps législatif“, das durch die große Revolution geschaffen worden war. Es leuchtet ein, daß das Gesetz unter diesen Umständen zu einem bloßen Verfahren werden mußte, mit dessen Hilfe man sich bemühte, die jeweils kollidierenden Interessen auszugleichen.

Natürlich konnte das Gesetz diese Wandlung wegen seiner ideologischen Vergangenheit recht lange Zeit verbergen. Entstanden aus einer

¹ aaO., S. 250.

überaus heftigen Reaktion gegen den Obrigkeitsstaat des „ancien régime“ und konzipiert zur Begründung und Sicherung der bürgerlichen Freiheit und Gleichheit, war das Prestige des Gesetzes jedoch schon bald vom Prestige desjenigen Organs aufgesogen worden, das die Gesetze erließ. In gleicher Weise ging dem Gesetzesbegriff das klassische Merkmal seiner natürlichen Selbstbeschränkung² verloren, denn Schritt für Schritt war der Gesetzgeber in den Aufgabenbereich der Exekutive eingedrungen und hatte sich zunehmend mit Aufgaben beschäftigt müssen, die keineswegs mehr von einer vorgegebenen, vernünftigen Ordnung diktiert waren, sondern Reaktionen auf zu verändernde Zustände darstellten. Dadurch wurde das Gesetz zur Maßnahme, die sich allein auf den Willen des Parlaments stützen konnte. Als dieser Willensakt war das Gesetz aber fast von selbst, wie das schon von *Carré de Malberg* und *Burdeau* festgestellt worden ist, wieder zum „procédé de gouvernement“ geworden. Das Anliegen der Französischen Revolution war somit im Sande verlaufen!

Diese Erkenntnis, daß auch die Gesetzgebung zu einem guten Teil nichts anderes als ein Regierungsverfahren, ein Akt der Staatsleitung³ ist, und die weitere Vorstellung, daß die gesetzgebende Körperschaft in Frankreich keine besondere, in der Natur der Sache liegende Legitimation für ihre Tätigkeit besitzt, dürften die tragenden Gründe für den Neuanfang der französischen Verfassung vom 4. 10. 1958 gewesen sein.

Der Unterschied dieser Verfassung zu den vorhergehenden französischen Verfassungen ist im Hinblick auf das Thema der vorliegenden Schrift daher eklatant: Mit ihr ist nämlich ein Grad der Entwicklung erreicht, mit dem die für französische Verhältnisse anstößige Situation eingetreten ist, daß an der Spitze des Normengebäudes (von der Verfassung abgesehen) zwei Arten höchster staatlicher Anordnungen anzutreffen sind, die zueinander nicht mehr im Verhältnis der Rangfolge stehen, sondern einander gleichgeordnet sind: Gesetz und Verordnung sind weitgehend ebenbürtig Akte geworden.

I. Der Gesetzesbegriff

Auch der Gesetzesbegriff der 5. französischen Republik ist freilich unter einer bestimmten Blickrichtung ein formeller Gesetzesbegriff geblie-

² Vgl. oben I. Kap. II 2.

³ Darauf hatte freilich sogar *Montesquieu* schon einmal angespielt, wenn er meinte: „lorsqu'un prince veut faire de grands changemens dans sa nation, il faut qu'il réforme par les loix ce qui est établi par les loix...“ Vgl. *Montesquieu*, aaO., liv. XIX, chap. XIV (Bd. III S. 15).

ben⁴. Sieht man nämlich von den Auswirkungen des neuen Begriffes der noch im einzelnen zu behandelnden „matière législative“ ab, so ergibt sich insbesondere aus dem Artikel 34 Abs. I der Verfassung, daß das Gesetz nach wie vor als das Werk eines bestimmten Organs, nämlich das des Gesetzgebers, behandelt wird. Wieder wird das Gesetz also von der Funktion eines Staatsorganes her bestimmt, ohne daß vorerst über seinen Inhalt und sein Wesen Aussagen gemacht werden.

Aber die Funktion des Gesetzgebers, Gesetze erlassen zu können, ist freilich nicht mehr in der Weise unbeschränkt, wie wir das im Verlaufe der vorliegenden Abhandlung bis zum Ende der 4. Republik gesehen hatten. Hierin liegt die große Neuerung der französischen Verfassung von 1958⁵.

1. Abschließende Aufzählung der Gesetzesmaterien

Ausgangspunkt ist auch insoweit wieder der Artikel 34, der in seinen fortlaufenden Absätzen einen langen Katalog enumerativ bezeichneter Materien enthält⁶. Diese Aufzählungen bedeuten eine Kompetenz-

⁴ Überspitzt in dieser Hinsicht wohl *Vedel, Droit Adm.* 2. Aufl., S. 35. Viel vorsichtiger *Waline* in RDP 1959, S. 699 ff. (II a und c) und gleichfalls differenzierend *Cotteret*, aaO., S. 164 ff. und 174 ff.

⁵ Ebenso: *de Laubadère, Traité*, S. 70; *Duverger, Institutions*, S. 123 ff.

⁶ Der Artikel 34 in der Verf. v. 4. 10. 1958 (vgl. *Duverger, Constitutions*, S. 170 ff.) lautet:

I. „La loi est votée par le Parlement.“

II. „La loi fixe les règles concernant:

- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; les sujétions imposées par la Défense Nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens;
- la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités;
- la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables; la procédure pénale; l'amnistie, la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats;
- l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures; le régime d'émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant:

- le régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales;
 - la création de catégories d'établissements publics;
 - les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat;
 - les nationalisations d'entreprises et les autres transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.
- La loi détermine les principes fondamentaux:
- de l'organisation générale de la Défense Nationale;
 - de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources;
 - de l'enseignement;

zuweisung. Sie behandeln abschließend die Gesamtheit derjenigen Gebiete, mit denen sich der Gesetzgeber befassen kann, außerhalb derer aber für den Erlaß von Gesetzen von jetzt ab kein Raum mehr ist.

Beim Studium dieser Kompetenzzuteilung⁷ findet man sich in eigenartlicher Weise an den historisch-konventionellen Rechtssatzbegriff in Deutschland erinnert. Bei der Mehrzahl der aufgezählten Materien handelt es sich nämlich um solche Gebiete, die schon von der Menschenrechtserklärung aus dem Jahre 1789 angesprochen worden waren. Während aber zur damaligen Zeit die Katalogisierung ihren Grund darin hatte, daß man sich sicher wähnte, auf diese Weise alle Gebiete zusammengefaßt zu haben, die für die mündig gewordene Gesellschaft von Interesse sein könnten (Katalog der Minimalzuständigkeiten), liegt der Gedanke der Verfassung von 1958 darin begründet, daß die dem Gesetzgeber zugeteilten Kompetenzen grundsätzlich als Maximalkompetenz zu verstehen sind. In einer gewissen Umkehrung des durch das Gesetz vom 17. 8. 1948 geschaffenen Begriffes der „*domaine réglementaire par nature*“ kann man nunmehr von einer „*domaine législative par nature*“ sprechen. Zwar steckt sie nach wie vor den Raum ab, der das Tätigkeitsfeld der Exekutive in ihrer bloßen Anführungsfunktion beschränkt. Zugleich legt die „*domaine législative*“ aber auch dem Gesetzgeber eine umfassende und allseitige Beschränkung auf. Der Gesetzgeber darf in aller Regel den ihm zugewiesenen Bereich nicht mehr verlassen.

2. „Garanties fondamentales“, „principes fondamentaux“ und „lois de programme“.

Eine zusätzliche Beschränkung des Gesetzgebers

Über diese Einschränkung hinaus hat der Gesetzgeber aber noch eine weitere Einbuße erlitten. Die inhaltliche Regelungsbefugnis des Gesetzgebers ist nämlich nicht mehr auf allen Gebieten gleich. Es werden Sach-

- du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales;
- du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.“

III. „Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'Etat dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.“

IV. „Des lois de programme déterminent les objectifs de l'action économique et sociale de l'Etat.“

V. „Les dispositions du présent article pourront être précisés et complétées par une loi organique.“

⁷ Zu den Schwierigkeiten, die genauen Grenzen der zugeteilten Materien zu bestimmen, vgl. freilich *Cotteret*, aaO., S. 167 f. mit zwei anschaulichen Beispielen aus der Praxis.

gebiete mit unbeschränkter⁸ Regelungsbefugnis von solchen Materien geschieden, bei denen der Gesetzgeber nurmehr „les garanties fondamentales“, „les principes fondamentaux“ regeln oder auf denen er nur noch sog. „lois de programme“ erlassen darf.

Hier hat die alte Vorstellung eine Wiederauferstehung erlebt, daß der Gesetzgeber sich allein mit dem Prinzipiellen eines Problems beschäftigen sollte: „Parva non curat praetor.“ Man hat geglaubt, durch die Verbindung des Enumerationsprinzips mit der überkommenen „Prinzip-Detail“-Lehre zu einer praktischen Trennung der Funktionen von Gesetzgeber und Verordnungsgeber zu gelangen. Allerdings ist uns seit den Ausführungen *Moreaus* zu dem Begriff der „exécution“ auch bekannt⁹, wie schwierig sich die praktische Ausführung dieses Prinzips stellt. Es verwundert daher nicht, wenn noch heute berichtet wird, daß die größten Verwirrungen in der Praxis gerade in Verfolgung dieser Einteilungen entstanden sind und daß der Conseil d'Etat¹⁰ noch immer um die Kriterien kämpft, durch die das Programm oder eine prinzipielle Regelung von darüber hinausgehenden Regelungen abzugrenzen ist. Aufschlußreich sind in dieser Richtung besonders die Ausführungen von *Puget*¹¹, einem Staatsrat, der berichtet, daß der Conseil d'Etat und der Conseil Constitutionnel unter dem Begriff „fondamental“ diejenige Gesamtordnung ansehen, die sich für die jeweils in Frage kommende Materie aus der Gesamtheit der bestehenden Legislation ergibt, daß aber diejenigen in diesen Lebensbereichen ergangenen gesetzlichen Regelungen der Verordnungsgewalt zugänglich bleiben, die im Verhältnis zur Gesamtheit dieser Ordnung unbedeutend erscheinen.

Es zeigt sich die bewährte Methode, daß die höchsten, mit der Auslegung dieses Begriffes in Berührung kommenden französischen Gerichte bzw. Institutionen versuchen, das Problem durch einen unbestimmten Rechtsbegriff einzukreisen, dessen Voraussetzungen von Fall zu Fall geprüft werden. Wann hier eine ausreichende Verfestigung oder umfassende Kasuistik erreicht sein wird, läßt sich zur Zeit jedoch noch nicht

⁸ Aus der immer wieder in dem Katalog des Artikels 34 auftauchenden sprachlichen Fassung, die die Gesetzgebungskompetenz in ihrer weitesten Fassung umschreibt und diese mit der Formulierung festlegt, daß der Gesetzgeber „fixe les règles concernant...“, könnte man freilich schließen, daß nunmehr auch Einzelfallgesetze generell unzulässig sein sollen. Es ist jedoch an die Abnutzung des Begriffes Regel zu erinnern. Das ist besonders im zweiten Teil der vorliegenden Schrift herausgearbeitet worden. Außerdem ist es eine bekannte Erscheinung, daß Einzelfallgesetze rechtstechnisch in allgemeiner Form erlassen werden können.

⁹ Vgl. oben 6. Kap. I. 1.

¹⁰ Jetzt in gleicher Weise für die Gesetzentwürfe wie die Vorentwürfe der Verordnungen zuständig, vgl. Art. 37 Abs. 2 und 39 Abs. II d. Verf. Siehe *Duverger*, *Constitutions*, S. 173/174.

¹¹ aaO., S. 329.

absehen. Es ist sogar zweifelhaft, ob angesichts der sich in dieser Hinsicht immer neu bildenden Sachverhalte ein solches Stadium überhaupt zu erreichen ist¹². So wird man sich in Frankreich wohl einstweilen daran gewöhnen müssen, daß eine enge oder weitherzige Begriffsbestimmung im Einzelfall von einer der Legislativgewalt oder aber der Exekutive günstiger gesonnenen Mehrheit im Conseil d'Etat oder Conseil Constitutionnel abhängen wird¹³.

Darüber hinwegtäuschen kann auch *Puget* nicht, wenn er berichtet¹⁴, daß die höheren französischen Gerichte eher ein Gesetz an Stelle einer Verordnung verlangten, wenn es sich um Antastungen der Bürgerrechte, Beschränkung der öffentlichen Freiheiten oder Fragen der Jurisdiktion, kurz um solche Lebensbereiche handele, die im wesentlichen immaterielle Interessen berührten. Dagegen werde weniger streng auf die Benutzung der Gesetzesform geachtet, sobald es sich nur um den Schutz des Eigentums und anderer materieller Berechtigungen handele. Meines Erachtens kommt in dieser Praxis allein zum Ausdruck, daß die erste Gruppe den traditionellen Bestand der ehemaligen „matières réservées au législateur“ (Spezialvorbehalt) enthält, während es sich bei der zweiten Gruppe i. d. R. um relativ junge Sachgebiete handelt, die zum traditionellen absoluten Gesetzesvorbehalt hinzugekommen sind oder gar erst jüngste Erweiterungen entsprechend der Verfassung von 1958 darstellen, nachdem aus dem Gesetzesvorbehalt im herkömmlichen Sinn zugleich auch eine Bestandgarantie für eine völlig autonome Verordnungsgewalt geworden ist.

Festzuhalten ist daher, daß durch den hier behandelten unbestimmten Rechtsbegriff der ausschließliche Bereich des Gesetzgebers in der Praxis beachtlichen Schwankungen unterworfen sein kann, die übrigens in der Entwicklung der letzten Jahre häufig genug zu Lasten des Gesetzgebers ausgefallen zu sein scheinen. Möglicherweise ist die Abwertung des Gesetzesbegriffes noch immer nicht ganz abgeschlossen.

3. Weitere Beschränkungen des Gesetzgebers

Die Ungunst¹⁵, mit der die Verfassung den Gesetzgeber bedacht hat, oder besser die Absicht, die Exekutive gegenüber der Legislativen auf deren Kosten abzuschirmen, kommt noch in drei weiteren Erscheinungen zum Ausdruck:

¹² Dieser Meinung scheint auch *Prélot*, *Institutions*, S. 751 zu sein.

¹³ Ähnlich *Cotteret*, aaO., S. 119.

¹⁴ aaO., S. 329.

¹⁵ *Puget*, aaO., S. 328, 330, 339; *Vedel*, *Droit Adm.* 2. Aufl., S. 31, 32 und 185.

a) Die verfassungsmäßige Zulassung der Delegation
in der Form der „autorisation“

Im Gegensatz zu der Verfassung von 1946, die eine Delegation durch ihren Artikel 13 angeschlossen hatte, bestätigt die Verfassung von 1958 erstmalig ausdrücklich die Möglichkeit einer Ermächtigung an die Exekutive¹⁶. Wird die Ermächtigung ausgesprochen, kann die Exekutive mittels sog. Ordonnanzen Maßnahmen treffen, die normalerweise in den Funktionsbereich des Gesetzgebers fallen. Zwar darf die Ermächtigung nicht unbefristet sein, jedoch ist sie keinen gegenständlichen Beschränkungen unterworfen.

Damit hat sich die 5. Republik das Verfahren der sog. „lois d'habilitation“ ausdrücklich offengelassen. Aber die Möglichkeit der Delegation entspricht jetzt auch dem dogmatischen Zusammenhang der Vorschriften in der Verfassung. Die z. Z. der 3. und 4. Republik weit verbreitete Argumentation, daß die Delegation schon aus dem Umstand unmöglich und unzulässig erscheine, weil sich der Gesetzgeber selbst nur in Ausübung eines Rechtes befinde, bzw. sich des bestimmenden Einflusses auf die staatliche Rechtsordnung gar nicht begeben könne, läßt sich in keiner Weise mehr aufrecht erhalten: Die Vorstellung, daß allein der Gesetzgeber die Nation repräsentiere, besitzt eben kaum noch Gewicht. Nunmehr entscheidet die von der Mehrheit des Volkswillens legitimierte Verfassung, wie die Kompetenzen im Staate zu verteilen sind¹⁷. Daher erscheint es immer unwesentlicher, ob ggf. der wichtigste Teil der staatlichen Rechtsetzung in anderen Händen als in denen der Legislative liegt.

Allerdings wird nach wie vor daran festgehalten, daß die auf Grund eines Ermächtigungsgesetzes ergehenden gesetzvertretenden Verordnungen nicht durch eine Delegation im eigentlichen Sinne hervorgerufen werden. Noch immer soll nämlich das Ergebnis verhindert werden, daß derartige Verordnungen gleichsam wie Gesetze der richterlichen Kontrolle entzogen werden können. Man bezeichnet den Ermächtigungsvorgang daher wie in der 3. und 4. Republik als „autorisation“¹⁸, um dadurch auszudrücken, daß die auf Grund einer Ermächtigung ergehenden Ordonnanzen Verordnungen bleiben und hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Ermächtigungsgesetz überprüft werden können.

¹⁶ Vgl. Art. 38 Abs. I d. Verf.: „Le gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.“ Vgl. *Duverger*, *Constitutions*, S. 173.

¹⁷ Ähnlich *Cotteret*, aaO., S. 165.

¹⁸ *Vedel*, *Droit Adm.* 2. Aufl., S. 173.

Nur zu gesetzesähnlichen Akten kann die Exekutive also ermächtigt werden. Ihre Akte bleiben Anordnungen der Verwaltung und können in dieser Hinsicht am Ermächtigungsgesetz gemessen werden. Darauf ist auch von *Ballreich* hingewiesen worden, wenn er für das Problem der Delegation in der Verfassung der 4. Republik ausgeführt hat¹⁹, daß man sich über das Problem des Gesetzesvorranges bei den Abänderungen durch die sog. „décrets-lois“ nur nebenbei Gedanken gemacht habe. Nur eines wollte man verhindern, diese gesetzvertretenden Verordnungen zu Gesetzen erklären zu müssen. Einmal mehr zeigt sich das ausgeprägt funktionell-formale Denken bei dieser Frage des Verfassungsrechtes. Wenig zählt der sog. Vorrang der Gesetze, alles bedeutet der Vorrang der Organe.

b) Die Einführung des Volksentscheides in bezug auf
Legislativmaterien

Ein weiteres Verfahren, den Gesetzgeber unter gewissen Voraussetzungen aus dem Normensetzungsverfahren auszuschalten, wird deutlich, wenn auf die Befugnis des Staatspräsidenten hingewiesen wird, gewisse Gesetze durch Volksentscheid (Referendum) außerhalb des Parlaments sanktionieren zu lassen²⁰. Allerdings kann auch heute das Referendum nicht zur Erledigung eines jeden Lebensbereiches ausgeschrieben werden. Es kann aber immerhin die Abstimmung über solche Gesetze betreffen, die die Organisation der öffentlichen Gewalten zum Gegenstand haben²¹ oder das Verhältnis der französischen Republik zur sog. „Communauté française“ regeln. Außerdem können noch gewisse internationale Verträge durch Volksentscheid ratifiziert werden²².

Damit ist die Vorstellung von der Suprematie des Parlaments wohl endgültig aufgegeben. Auf nicht ganz unwesentlichen Lebensgebieten

¹⁹ aaO., S. 344.

²⁰ Vgl. Art. 11 d. Verf.

²¹ Auf diese Weise sind so wesentliche Gesetze zustande gekommen wie das die Selbstbestimmung Algeriens betreffende Gesetz vom 14. 1. 1961 und vom 13. 4. 1962, sowie das die Wahl des Staatspräsidenten betreffende Gesetz vom 6. 11. 1962, durch das sogar die Verfassung geändert worden ist. Vgl. *Encyclopédie Dalloz*, *Mise à Jour* 1966, Stichwort „Algérie“, No 79 u. 86, sowie *Duverger*, *Constitutions*, S. 159 u. 160 und dort jeweils A 1.

²² Folgende Sachgebiete können gemäß Art. 11 der Verf. zum Volksentscheid gebracht werden:

a) „l'organisation des pouvoirs publics“

b) „l'approbation d'un accord de Communauté“

c) „la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions“.

kann das Volk neuerdings selbst Recht setzen; und diese Befugnis geht zu Lasten der Legislative.

c) Besondere, den gesetzgeberischen Willen in seiner Entfaltung einschränkende Verfahren der Gesetzgebung

Eine dritte und letzte Beschneidung der ehemaligen Allzuständigkeit der französischen Nationalversammlung ergibt sich schließlich aus dem Gesetzgebungsverfahren selbst. Hier zeigt es sich, daß sogar in krisenfreien Zeiten ein Staatsakt mit der Bezeichnung Gesetz weder den Willen der Legislative wiederzugeben, noch überhaupt vom Parlament in einer förmlichen Abstimmung behandelt zu sein braucht:

Die französische Regierung ist heute nämlich jederzeit in der Lage, mit der Gesetzesvorlage eine Vertrauensfrage zu verbinden. In einem solchen Falle wird der Gesetzestext als angenommen betrachtet, wenn nicht innerhalb von 24 Stunden der Regierung das Mißtrauen durch die Mehrheit der Nationalversammlung ausgesprochen ist (wobei nur die für den Tadelsantrag abgegebenen Stimmen gezählt werden). Geschieht nichts oder vereinigt der Mißtrauensantrag nicht die Mehrheit auf sich, gilt das Gesetz als verabschiedet, obwohl das Parlament förmlich nicht abgestimmt und (besonders im Falle zahlreicher Enthaltungen) u. U. sogar eine Mehrheit der Regierung das Vertrauen gerade nicht ausgesprochen hat²⁵.

Auch ist es der Regierung unter gewöhnlichen Umständen möglich, den Senat von seiner Beteiligung am Gesetzgebungswerk auszuschalten: Gelangen Senat und Nationalversammlung bei einer bestimmten Gesetzesvorlage nicht zu einem übereinstimmenden Votum, kann die Regierung ein Verfahren auslösen, in dessen Verlauf die Nationalversammlung allein das letzte Wort spricht²⁶. Solche Gesetze sind also nicht mehr das Werk des gesamten Parlamentes, sondern nur noch einer der beiden Kammern.

²⁵ So der Art. 49 Abs. II u. III d. Verf., vgl. *Duverger*, *Constitutions*, S. 179, 180. Diese Regelung ist dem deutschen konstruktiven Mißtrauensvotum nachempfunden und soll wie unsere Regelung eine rein negative Opposition verhindern, vgl. Art. 67, 68 Bonner GG.

²⁶ Vgl. Art. 45 d. Verf. — Auf diese Weise ist das wichtige Gesetz betreffend eine „force de frappe“ v. 8. 12. 1960 und das zusätzliche Kredite bewilligende Gesetz v. 31. 7. 1962 für das Atomzentrum in Pierrelatte verabschiedet worden, die nach Ansicht von Wirtschaftsfachleuten die wesentliche Ursache für die zeitweilige Labilität der französischen Wirtschaft gewesen sein sollen. Vgl. *Burdeau*, *Manuel* 10. Aufl. 1963 (= *Droit Constitutionnel et Institutions politiques*, 10. Aufl. Paris 1963), S. 544/545.

4. Die umstrittene Möglichkeit der Erweiterung des gesetzgeberischen Kompetenzkataloges

Neben diesen den heutigen französischen Gesetzgeber in jeder Beziehung einschränkenden Regelungen enthält die Verfassung von 1958 nur eine Vorschrift, die sich einmal zugunsten einer Kompetenzerweiterung für dieses Staatsorgan auswirken könnte. Es handelt sich um den Artikel 34 Abs. 4, der bestimmt, daß der die Zuständigkeiten des Gesetzgebers regelnde Katalog unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich durch sog. „lois organiques“²⁵, geändert werden kann. Über die Tragweite dieser „lois organiques“ bestehen allerdings bis heute Meinungsverschiedenheiten.

Das liegt vornehmlich daran, daß der Verfassungstext einmal mehr die nötige Klarheit vermissen läßt, die man sich wünschen würde. Was bislang nämlich mit der Möglichkeit umrissen worden war, den gesetzgeberischen Kompetenzkatalog des Artikel 34 der Verfassung im gegebenen Fall zu verändern, wird im französischen Text mit den vieldeutigen Bezeichnungen „préciser“ und „compléter“ wiedergegeben.

Aus diesem Grunde sind hinsichtlich der Reichweite der zit. Verfassungsbestimmung an sich zwei Lösungsmöglichkeiten denkbar. Einmal kann gemeint sein, daß der Kompetenzenkatalog durch „lois organiques“ nur klargestellt werden darf, ohne daß es zu wesentlichen Ergänzungen der gesetzgeberischen Kompetenz kommen dürfte²⁶. Zum anderen könnte auch an eine echte Erweiterung der gesetzgeberischen Kompetenz gedacht sein. Man weiß heute, daß diese Vorschrift erst im Endstadium in die Verfassung eingefügt wurde²⁷. Es wird daher letztlich am Conseil Constitutionnel liegen zu bestimmen, wie diese Vorschriften auszulegen sind²⁸.

Bislang hat es jedenfalls in Frankreich noch keine ernsthaften Bestrebungen gegeben, die Möglichkeiten der Verfassung von 1958 darauf

²⁵ Die „lois-organiques“ stellen im Gegensatz zu denen der 4. Republik insoweit eine besondere Gesetzeskategorie dar, als sie ranghöher als gewöhnliche Gesetze sind. Einfache Gesetze können im Conseil Constitutionnel für verfassungswidrig erklärt werden, wenn sie gültige „lois organiques“ nicht beachtet haben, vgl. *Puget*, aaO., S. 338; *Waline*, *Droit Adm.* (9. Aufl. 1963), S. 115. Der Rest an vorhandener Parlamentsouveränität wird damit nochmals unterteilt. In ihrer ranghöchsten Erscheinungsform ist sie nicht einmal mehr in der Lage, sich selbst auszudrücken. Der Conseil Constitutionnel muß den Parlamentswillen als mit der Verfassung vereinbar erklären!

²⁶ Diese Auslegung erscheint mir die richtigere. A. A. freilich die wohl h. M. in Frankreich, vgl. *Cotteret*, aaO., S. 174 ff.; *Prélot*, *Institutions*, S. 754.

²⁷ So *Puget*, aaO., S. 330.

²⁸ Für eine grammatische Auslegung auf der Grundlage des Verbes „compléter“ ist *Puget*, aaO., S. 330. Das erscheint bedenklich, weil das Verb „préciser“ ebenfalls verwendet worden ist. Bleibt aber der Text unklar, muß zu einer Auslegung aus dem Sachzusammenhang geschritten werden.

zu überprüfen, ob es das Parlament tatsächlich in der Hand hat, auf den „status quo ante“ zurückzukommen²⁹. Gleichwohl ist schon behauptet worden, an der traditionellen parlamentarischen Allmacht habe sich im Grunde überhaupt nichts geändert, eben weil es der Gesetzgeber in der Hand haben solle, sich jederzeit aus den derzeitigen Fesseln zu befreien. Aus dieser Sicht wäre der Artikel 34 nichts weiter als die zeitweilige Fixierung eines Zustandes, der schon in dem berühmten Gesetz vom 17. 8. 1948 erreicht worden war³⁰. Das kann man aber kaum glauben, und zwar um so weniger als wir uns erinnern, daß die damalige Kompetenzverteilung gerade keine Besserung im gestörten Gleichgewicht zwischen Exekutive und Legislative gebracht hatte, weil nämlich die fortbestehende Allmacht des Gesetzgebers nach einiger Zeit immer wieder zum alten Zustand zurückführte. Sollten die Verfassungsgeber aus dem Jahre 1958 wirklich nichts aus der Vergangenheit gelernt haben? Daß aber eher von einem gründlichen Wandel der Anschauungen auszugehen ist, und zwar besonders in der Frage der Kompetenzkompetenz des Gesetzgebers, wird sich aus dem folgenden noch des näheren ergeben.

II. Der Verordnungsbegriff

Alle anderen Lebensgebiete, deren normenmäßige Behandlung durch den Artikel 34 der Verfassung von 1958 nicht ausdrücklich dem Gesetzgeber zugewiesen worden ist, gehören nunmehr nämlich in die Domäne des Ordnungsgebers: Das bestimmt der Artikel 37 Abs. I der Verfassung³¹. Hierin liegt eine verfassungsmäßige Ausdehnung der Ordnungsgewalt, wie sie Frankreich unter rechtsstaatlichen Systemen noch nicht erlebt hat³².

1. Die traditionellen Ausführungsverordnungen

Erhalten geblieben ist allerdings auch die traditionelle Verordnung in ihrer Funktion der Gesetzesausführung. Was der Gesetzgeber in Übereinstimmung mit dem Katalog des Artikel 34 gesetzlich geregelt

²⁹ Vgl. Cotteret, aaO., S. 175, der berichtet, daß zwar schon Vorschläge in dieser Richtung gemacht worden seien. Zur Diskussion im Parlament sei es aber noch nicht gekommen.

³⁰ So Vedel, *Droit Adm.* 2. Aufl., S. 37, 38. Anders noch die 1. Aufl., S. 631 und wohl auch Chapus in Dalloz 1960, chronique, S. 119 ff.

³¹ „Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.“

³² Alle bisherigen Beispiele einer erweiterten ordnungsgebenden Gewalt hatten die Funktionenteilung mehr oder minder beseitigt.

hat, wird vom Ordnungsgeber soweit nötig ausgeführt. Geändert hat sich insoweit am Verhältnis zum Gesetz nichts. Insbesondere dürfen die innerhalb der neuen „*domaine législatif*“ ergangenen Gesetze durch bloße gesetzesausführende Dekrete nicht übergangen werden, es sei denn, das Gesetz halte ausdrücklich dazu an³³.

2. Die autonomen Verordnungen nach Art. 37 der Verfassung

Daneben steht nunmehr aber ein zweiter Typ von Verordnungen. Es sind das diejenigen „*décrets en Conseil d'Etat*“, die außerhalb des Katalogs von Artikel 34 ergehen. Insoweit hat eine Verdoppelung der höchsten Staatsakte von Verfassungs wegen stattgefunden³⁴, denn diese Verordnungen ergehen spontan ohne Ermächtigung des Gesetzgebers allein kraft Zuweisung durch den Verfassungsgeber. Vedel hat für diese neue Ordnungsgruppe den Begriff der „*pouvoir normatif gouvernemental*“ geprägt, „*qui s'exercerait en la forme du règlement, mais qui aurait la même force juridique que la loi*“³⁵. Auch Rivero hat auf die nur von der Verfassung begrenzte Entscheidungsbefugnis bei der hier behandelten Ordnungsgruppe hingewiesen³⁶; und Waline hat geschrieben, „*que la loi et le règlement sont souverains chacun dans le domaine qui lui est assigné par la Constitution*“³⁷. In der Tat üben diese Verordnungen eine „*pouvoir initial et inconditionné*“ im Sinne Carré de Malbergs aus. Sie bestimmen nicht nur das „Ob“ einer Regelung, sondern ohne Einschränkung auch das „Wie“ dieser Regelung und lassen dadurch erkennen, daß der Ordnungsgeber nunmehr analog dem gesetzgeberischen Ermessen einen eigenen Entscheidungsspielraum hat.

In Anwendung dieses Grundgedankens hat der Artikel 37 Abs. II der neuen französischen Verfassung festgelegt, daß alle Gesetzestexte, die vor dem Erlaß der Verfassung auf Gebieten ergangen sind, nunmehr aber nicht in den Katalog des Artikel 34 aufgenommen oder auf Grund sonstiger Vorschriften dem Gesetzgeber zugeordnet worden sind, vom Ordnungsgeber aufgehoben oder verändert werden können. Der-

³³ Danach ist der Umfang in der Bindung des Ordnungsgebers bei der Gesetzesausführung verschieden, je nachdem ob das Gesetz ein Gebiet umfänglich und ausführlich neu regelt oder nur Prinzipien aufstellt, vgl. Art. 34 d. Verf., der innerhalb der „*domaine législatif*“ zwischen „*règle*“, „*principe fondamental*“ und „*loi de programme*“ unterscheidet.

³⁴ Duverger, *Institutions*, S. 101, hat sogar gesagt: „*Le règlement autonome est la règle, la loi l'exception.*“

³⁵ Vedel, *Droit Adm.* 1. Aufl., S. 631.

³⁶ *Droit Adm.* 1. Aufl., S. 59.

³⁷ *Droit Adm.*, 9. Aufl. (1963), S. 134.

artige Gesetze sind also zurückgestuft und stellen für die verordnunggebende Gewalt keine Schranken mehr dar. In der Praxis sind inzwischen auch schon zahlreiche, auf Artikel 37 gestützte Verordnungen ergangen, die ehemalige (jetzt aber delegalisierte) Gesetze aufgehoben bzw. verändert haben³⁸.

Dies alles ist unstreitig in Theorie und Praxis. Jedoch scheinen die Meinungen noch heute darüber auseinander zu gehen, ob man in Anbetracht der neuen Gruppe gesetzesunabhängiger Verordnungen noch von einer Einheit der Verordnungsgewalt im überkommenen Sinne sprechen kann³⁹. *Vedel* hat in diesem Zusammenhang auf die interessante Erscheinung hingewiesen, daß der Conseil d'Etat die neuen, nach dem Artikel 34 Abs. II der Verfassung zulässigen Verordnungen nicht nur jeweils auf ihre verfassungsmäßige Grundlage überprüfe, sondern außerdem untersuche, ob ein Verstoß gegen die sog. „*principes généraux du droit*“ zu verzeichnen sei⁴⁰. Aus dieser Rechtsprechung hat der gen. Autor entgegen seiner früheren Ansicht gefolgert, daß zwischen Gesetz und Verordnung auch heute noch ein wesentlicher Unterschied bestehen müsse, denn nach wie vor kann der Gesetzgeber jedenfalls nicht vom ordentlichen Richter dazu angehalten werden, die Verfassung und die allgemein anerkannten, ungeschriebenen Rechtsquellen zu beachten. *Vedel* bejaht daher heute wieder die Einheit der Verordnungsgewalt⁴¹. Die Aufhebung des generellen Gesetzesvorranges und eines Teiles des Gesetzesvorbehaltes sieht er demgegenüber als unwesentlich an. Seiner Meinung nach unterscheiden sich die verschiedenen Verordnungen im Verfassungssystem der 5. Republik allein durch ihre Freistellung von der Beachtung der Gesetze. Eine solche ist überhaupt nicht vorhanden bei den Ausführungsverordnungen i. e. S., kann jedoch schon in Erscheinung treten bei denjenigen Ausführungsverordnungen, die nur durch ein „Programmgesetz“ („*lois de programme*“) gebunden sind,

³⁸ *Puget*, aaO., S. 329.

³⁹ So fragt neuerdings auch *de Laubadère*, *Droit Adm.* Bd. I (3. Aufl.), S. 70, 71, 76, 77.

⁴⁰ Seit einer Entscheidung des C. E. v. 26. 6. 1959, „*Syndicat général des ingénieurs — conseils*“, in *Dalloz* 1959, *jurisprudence*, S. 541 = *Sirey* 1959.3. 202 wird auf Grund der Ausführungen dieses Gerichtes („*les principes généraux du droit qui résultent notamment du Préambule de la Constitution, s'imposent à toute autorité réglementaire, même en l'absence de dispositions législatives*“) geschlossen, daß auch die neuen autonomen VOen den allgemeinen Rechtsprinzipien entsprechen müssen und vom C. E. hierauf überprüft werden können. So: *Rivero*, *Droit Adm.* I. Aufl., S. 59; *Waline* RDP 1959, S. 699 ff. (II B); *Vedel*, *Droit Adm.*, S. 37 ff., 189/190. Die Entscheidung selbst ist allerdings noch zu einem Sachverhalt aus der Zeit vor dem Erlaß der Verfassung von 1958 ergangen.

⁴¹ *Droit Adm.* 2. Aufl., S. 37.

und ist allerdings grenzenlos bei den autonomen Verordnungen nach Artikel 37 der Verfassung⁴².

Meines Erachtens ist es jedoch überwiegend das Verhältnis der Verordnung zum Gesetz, das über das Wesen der Verordnung nach Artikel 37 Auskunft geben kann. Alle anderen Gesichtspunkte verraten ein Denken in den Begriffskategorien des französischen Staatsrechts vor 1958. Sicherlich verdankte das Gesetz seine Überlegenheit über die Verordnung einmal dem Umstand, daß es für den Repräsentanten der „*volonté générale*“ gehalten wurde. Deswegen entsprach es auch der Logik, wenn man gegenüber dem Gesetz keine Normenkontrolle zuließ. Wir hatten jedoch gesehen, daß diese Vorstellung vom Gesetz als Ausdruck der „*volonté générale*“ seit Beginn dieses Jahrhunderts tiefgehenden Angriffen ausgesetzt war, bis schließlich *Carré de Malberg* und *Burdeau* erklären konnten, daß das Gesetz ein Verfahren der Regierung sei. Ideengeschichtlich kann man daher das Fehlen einer gerichtlichen Normenkontrolle für das in Kraft getretene Gesetz kaum mehr als ein Überbleibsel überholter Auffassungen, als Zufall oder vielleicht auch romantisches Festhalten an einer ehrwürdigen Tradition ansehen⁴³.

Aber auch ein weiteres, zur Stützung der soeben wiedergegebenen These häufig vorgebrachtes Argument erscheint wenig stichhaltig. Wenn man nämlich meint, daß sich ein fortdauernder gewichtiger Unterschied zwischen Gesetz und autonomer Verordnung nach der Verfassung von 1958 auch aus der verschiedenen Organisation der „Normenkontrolle“ im engeren Sinne herleiten lasse⁴⁴, so ist das wiederum ein-

⁴² Dieser Meinung scheinen sich z. Z. immer mehr Autoren anzuschließen, vgl. die Nachweise bei *de Laubadère*, *Droit Adm.* Bd. I (3. Aufl.), S. 77.

Gleichwohl besteht deswegen kein Anlaß, von den dieser Anmerkung folgenden Ausführungen abzurücken. Die zur Begründung der jetzt h. M. am häufigsten anzutreffende Argumentation läßt nämlich deutlich eine (zweckgerichtete) Einengung des Problems erkennen. Vgl. z. B. *de Laubadère*, aaO., S. 76: „*La Constitution nouvelle n'avait-elle pas partagé le pouvoir législatif entre le Parlement et le Gouvernement et les règlements de l'article 37 ne devaient-ils pas être assimilés aux lois formelles? Cette conception eût logiquement entraîné la soustraction des règlements autonomes au contrôle du juge administratif, lequel ne s'exerce que sur les actes formellement administratifs.*“

⁴³ Nicht zuletzt wegen des Abgehens von einer nur mehr ehrwürdigen Tradition hat aber z. B. *Waline* im Jahre 1959 als einer der ganz wenigen französischen Autoren (vgl. die Nachweise bei *Prélot*, aaO., S. 671 u. 672) die durch die Verfassung von 1958 eingeführten Veränderungen im Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Verordnungsgeber begrüßt. Seiner Ansicht, daß die Neuverteilung der respektiven Kompetenzen in unserem Zusammenhange sehr viel logischer und klarer erscheint als die fortlaufenden Verformungen und empirischen Veränderungen, die das bisherige System seit der letzten Jahrhundertwende erfahren hatte, kann man nur zustimmen. Vgl. *Waline*, RDP 1959 S. 699 ff.

⁴⁴ Vgl. *Vedel*, *Droit Adm.* (2. Aufl.), S. 38.

seitig gesehen. Gewiß wird die respektive Übereinstimmung des Gesetzes und der autonomen Verordnung mit der Verfassung von unterschiedlichen Organen zu unterschiedlichen Zeitpunkten geprüft⁴⁵. Sieht man aber die vom Conseil Constitutionnel in Ansehung des Gesetzes durchzuführende „Normenkontrolle“ als einen ersten Schritt an, die Kontrolle des Gesetzes durch eine dritte Gewalt überhaupt zuzulassen, erweist sich die gegenüber der Normenkontrolle bei der Verordnung andersgeartete „Normenkontrolle“ beim Gesetz wiederum nur als historische Zufälligkeit.

Diese Sicht der Dinge wird noch dadurch bestätigt, daß die Einschaltung des Conseil Constitutionnel, der kein Gericht im eigentlichen Sinne ist, überwiegend der Balancierung der beiden Staatsgewalten Legislative und Exekutive dient⁴⁶. Die französische Verfassung von 1958 ist in ziemlicher Eile entstanden. Eine systematische Überarbeitung hat nicht stattgefunden. Häufig will es scheinen, daß die rechtstechnische Absicherung des entworfenen Systems nur durch Praktikabilitätsabwägungen geleitet war. Ist das aber richtig, sollte die sich aus dem Gesamtzusammenhang recht deutlich ergebende Gleichstellung zwischen Gesetz als allein ausschlaggebend angesehen werden.

Sie hat übrigens in der Praxis längst zu der interessanten Erscheinung geführt, nunmehr auch Ausführungsverordnungen auf der Basis von autonomen Verordnungen nach Artikel 37 der Verfassung zuzulassen. Dieser Gedanke klingt verschiedentlich in der gegenwärtigen französischen Staatsrechtslehre an⁴⁷ und hat überaus praktische Aspekte. Man braucht sich nämlich nur zu vergegenwärtigen, daß eine

⁴⁵ Die Beachtung der verfassungsmäßigen Kompetenzverteilung kann im Gesetzgebungsverfahren „vorbeugend“ festgestellt werden: „S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le gouvernement peut opposer l'irrecevabilité. — En cas de désaccord entre le Gouvernement et le Président de l'assemblée intéressée, le Conseil Constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours.“ Vgl. Art. 41 Abs. I und II d. Verf.

Demgegenüber findet die Kontrolle der verfassungsmäßigen Kompetenz bei den Verordnungen nach Art. 37 d. Verf. „à posteriori“ durch den Conseil d'Etat statt. Das einschlägige Verfahren ist hier noch immer der „recours pour excès de pouvoir“.

⁴⁶ Daß es sich um echte Gewaltenbalance handelt, ergibt schon der Umstand, daß sowohl der Gesetzgeber wie der Ordnungsgeber ihre Kompetenz unmittelbar aus der Verfassung beziehen. Das wird unterstrichen durch die Zulässigkeit der Delegation („autorisation“) im Art. 38 d. Verf. Delegation von Kompetenzen kann es nach überlieferter Auffassung (vgl. oben 5. Kap. III.) nämlich immer nur geben, wenn ein *eigenes* Recht in Frage steht.

⁴⁷ z. B. bei *Morange*, aaO., S. 24. Auf eine „hiérarchie des normes“, die die gesetzesunabhängige Verordnung des Art. 37 der Verf. zur Basis hat, spielen auch *Vedel*, *Droit Adm.* (2. Aufl.), S. 267 und *Waline*, *Droit Adm.* (9. Aufl.), S. 135 an.

einfache Ausführungsverordnung durch ein „décret en Conseil des Ministres“ ohne „avis“ des Conseil d'Etat oder gar durch „arrêtés interministeriels“ ins Leben gerufen werden kann⁴⁸. Damit aber ist die bisherige Einheit der „hiérarchie des normes“ eindeutig gesprengt: Nur noch die Verfassung hält die beiden, auf eigenständigen „Initiativnormen“ aufbauenden Normenpyramiden zusammen.

3. Die Ordonnanzen nach Art. 38 der Verfassung (gesetzvertretende Verordnungen)

Mit den gesetzesunabhängigen Verordnungen ist die Reihe der gesetzesähnlichen Verordnungen aber noch keineswegs abgeschlossen. Die Verfassung von 1958 hat vielmehr mit den sog. „ordonnances“ eine weitere Gruppe von Verordnungen geschaffen, die in weitem Umfange Gesetzeskraft besitzt.

War in der Vergangenheit, d. h. unter der Restauration und der Juli-Monarchie („charte de 1830“), die Ordonnanz die allgemeine Bezeichnung für die Verordnungen der Exekutive schlechthin gewesen, griff die Bewegung „France libre“ seit dem Jahr 1940 den Terminus „ordonnance“ auf, um mit ihm diejenigen Erlasse des sog. „Comité national“ zu bezeichnen, von denen man annahm, daß sie zu normalen Zeiten in die Zuständigkeit der Legislativkörperschaften gefallen wären⁴⁹. Bei dieser Art von Ordonnanzen handelt es sich also um den historischen Typ des „décret-loi“ i. e. S., das von sog. „gouvernements de fait“ benutzt wurde⁵⁰.

Die neue Verfassung von 1958 hat mit dieser Tradition weniger der Sache als dem äußeren Anschein nach gebrochen. Zwar verbirgt sich hinter den in Anwendung des Artikel 38 der Verfassung⁵¹ zulässigen Verordnungen nichts anderes als der moderne Typ des „décret-loi“, die schlichte gesetzvertretende Verordnung also, mit der wir uns vorwiegend im Kapitel 15 der vorliegenden Schrift beschäftigt hatten⁵². Durch die Wahl des Begriffes Ordonnanz für diese Erscheinung sollte aber wohl auch auf den klaren gesetzvertretenden Charakter dieser Art

⁴⁸ Vgl. oben 15. Kap. II. 4.

⁴⁹ Vgl. *Prélot*, aaO., S. 647. Diese Praxis wurde bis zur Ablösung der prov. frz. Regierung durch die fortlaufenden Nationalversammlungen der 4. französischen Republik fortgesetzt.

⁵⁰ Vgl. oben 15. Kap. I. 3.

⁵¹ Vgl. Art. 38 Abs. II der Verf.: „Le gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnance pendant un délai limité des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.“

⁵² Vgl. oben 15. Kap. I. 1 u. II. 2 c.

von Verordnungen hingewiesen werden, der heute deutlicher als in der entsprechenden Praxis der 4. französischen Republik zutage tritt.

Wie bisher muß freilich den „décrets-lois“ (Ordonnances) der 5. Republik ein Gesetz zugrunde liegen. Die Ermächtigung kann aber allein auf Antrag der Regierung ausgesprochen werden. Dazu muß ein „programme“ vorgelegt werden, aus dem in groben Umrissen zu ersehen ist, in welcher Weise von der Ermächtigung Gebrauch gemacht wird. Entsprechend hat das Ermächtigungsgesetz dann im einzelnen diejenigen gesetzgeberischen Gebiete zu bezeichnen, auf denen die Regierung zeitlich begrenzte Kompetenzen wahrnehmen soll. In Fortsetzung der unter der 3. und 4. Republik entstandenen Staatspraxis kann die Spezialermächtigung jedoch noch immer sehr weitläufig sein und sich im Grenzfall auf die Bestimmung des zu erreichenden Zieles beschränken. Das erste eine Ermächtigung aussprechende Gesetz, das nach dem Inkrafttreten der Verfassung von 1958 erging und Sondervollmachten zur Bekämpfung der Unruhen in Algerien enthielt, unterschied sich denn auch kaum von seinen zahlreichen Vorgängern, wenn es wiederum hieß, daß die Regierung ermächtigt wird, „(de prendre toutes) mesures... nécessaires pour assurer le maintien de l'ordre, la sauvegarde de l'Etat et de la Constitution, la pacification et l'administration de l'Algérie“⁵³.

Gegenüber der bisherigen Regelung gänzlich andersgeartet sind neuerdings aber die Folgen einer einmal durch den Gesetzgeber ausgesprochenen Ermächtigung. Nach der ausdrücklichen Zulassung der Delegation in der Verfassung von 1958 und nach der empfindlichen Einschränkung der Kompetenzen des Gesetzgebers überhaupt, war es nicht mehr möglich, die überkommene These aufrechtzuerhalten, daß der Gesetzgeber ohne Rücksicht auf die erfolgte Ermächtigung jederzeit auch selbst auf die an die Exekutive abgegebene Materie zurückkommen könne. Die gegenwärtig in Frankreich gültige Art der Ermächtigung wird daher ganz herrschend als (nach deutschem Sprachgebrauch) abschiebende Ermächtigung bezeichnet. Erst nach Ablauf der Ermächtigungsfrist kann der Gesetzgeber wieder selbst auf die Angelegenheit zurückkommen⁵⁴.

Wenn sich demgegenüber auch die Beurteilung nicht geändert hat, daß die „ordonnances“ der 5. Republik bis zu einer ausdrücklichen Verabschiedung als Gesetz Akte der Verwaltung bleiben und daher Gegenstand eines „recours pour excès de pouvoir“ sein können⁵⁵, erscheint

⁵³ Gesetz vom 4. 2. 1960, zitiert nach *Vedel, Droit Adm.* (2. Aufl.), S. 172.

⁵⁴ Vgl. z. B. *Rivero, Droit Adm.* (3. Aufl.), S. 62.

⁵⁵ *Prélot, aaO.*, S. 648; *Rivero, aaO.*, S. 62 f. — Da die „décrets-lois“ der 5. Republik jedoch von Verfassungen wegen dem Parlament zugeleitet werden müssen, wenn sie nicht hinfällig werden sollen (vgl. Art. 38 Abs. II d. Verf.), steht zu erwarten, daß wohl jedes „décret-loi“ alsbald Gesetzeskraft erhalten wird.

die „Rückenstärkung“ auch für die gesetzvertretende Verordnung jedoch deutlich genug. Im Gegensatz zur Regelung der 4. Republik weisen die Ermächtigungsgesetze der 5. Republik nämlich nunmehr ausschließliche Kompetenzen zu.

4. Weitere gesetzvertretende Verordnungen

Dieses Bild der allgemeinen Erstarbung der Exekutive wird in einer vierten und letzten Gruppe von Verordnungen abgerundet, in der die nach den Artikeln 47 Abs. III, 16 und 92 zulässigen Verordnungen zusammengefaßt werden können. Von besonderem praktischen Interesse sind gegenwärtig freilich nur noch die in Ausführung des Artikels 47 Abs. III zulässigen Verordnungen⁵⁶. Diese Regelung erlaubt der Exekutive, unter bestimmten Umständen den Haushaltsgesetzentwurf durch gesetzvertretende Verordnung („ordonnance“) in vollem Umfang in Kraft zu setzen⁵⁷. Es bedeutet wohl keine Übertreibung, wenn dazu gesagt wird, daß dieser Einbruch der Exekutive in die „Quelle“ gesetzgeberischer Zuständigkeiten für sich selbst spricht.

5. Die Kontrolle über die Einhaltung der respektiven Gebiete von Gesetz und Verordnung

Nach diesen Ausführungen zum Inhalt und Wesen der verordnungebenden Gewalt unter der Verfassung von 1958 kann es kaum mehr überraschen, wenn dieses „ausgeklügelte“ System der Gewaltenverteilung und der Möglichkeit der Weitergabe von Kompetenzen mit einem zwar überwiegend empirischen, aber gerade darum vielleicht überaus wirksamen System organisatorischer Interdependenzen verbunden worden ist. Es darf nämlich besonders in dieser Beziehung nicht übersehen werden, daß das vorstehend beschriebene Schema der Gewaltenverteilung zu dem durch die Verfassung von 1946 begründeten System in deutlicher Opposition steht: Nachdem der Gesetzgeber bislang die sog. Kompetenzkompetenz hatte, war durchaus zu befürchten, daß er sich

⁵⁶ Der Art. 92 der frz. Verf. enthält eine Übergangsregelung, die heute ohne Bedeutung ist. Der Art. 16 der Verf. entspricht in seiner Tragweite dem ehemals aus Art. 48 der RV 1919 entwickelten Notverordnungsrecht.

⁵⁷ Der Artikel 47 lautet in seinen ersten drei Absätzen: (I) „Le Parlement vote les projets de loi de finances dans les conditions prévues par une loi organique.“ — (II) „Si l'Assemblée Nationale ne s'est pas prononcée en première lecture dans le délai de quarante jours après le dépôt d'un projet, le Gouvernement saisit le Sénat qui doit statuer dans un délai de quinze jours...“ — (III) „Si le Parlement ne s'est pas prononcé dans un délai de soixante-dix jours, les dispositions du projet peuvent être mises en vigueur par ordonnance.“ Vgl. *Duverger, Constitutions*, S. 178.

diese Stellung alsbald wieder verschaffen werde, wenn nicht Gegengewichte geschaffen würden.

In dieser Richtung sind in der Verfassung von 1958 daher verschiedene Vorkehrungen getroffen worden⁵⁸. Am interessantesten erscheint im vorliegenden Zusammenhang die Funktion des Conseil Constitutionnel, dessen Befugnisse bei der Überwachung der Kompetenzen zwischen dem Gesetzgeber und dem Ordnungsgeber überaus exemplarisch sind.

Kein Gericht im herkömmlichen Sinne, da er niemals von natürlichen und juristischen Personen in einem ordentlichen Streitverfahren angegangen werden kann, ist der Conseil Constitutionnel ein Organ, das in Anlehnung an entsprechende Vorbilder besonders der 4. französischen Republik entstanden ist. Ähnlichkeiten mit dem deutschen Bundesverfassungsgericht besitzt er nur insoweit, als er in Entsprechung zum Artikel 93 Abs. I S. 1 des Bonner Grundgesetzes für Organstreitigkeiten zuständig ist und in dieser Beziehung nur vom Staatspräsidenten, dem Ministerpräsidenten und den Präsidenten der beiden gesetzgebenden Körperschaften angerufen werden kann. In anderen Fällen schaltet er sich jedoch automatisch ein.

Die Bedeutung des Conseil Constitutionnel in Streitigkeiten über die respektive Reichweite der „domaine législative“ und der „domaine réglementaire“ nach Artikel 37 liegt in folgendem⁵⁹:

a) Steht bei der Legislative ein Gesetzentwurf an, der sich mit Fragen beschäftigt, die außerhalb der Kompetenz des Gesetzgebers liegen, so kann die Regierung einem solchen Entwurf gemäß Artikel 41 der Verfassung den Einwand mangelnder Zuständigkeit entgegenhalten und, falls es über diese Frage zu keiner Einigung mit den Präsidenten der

⁵⁸ Zu nennen wäre hier vor allem auch die sog. „pouvoir arbitraire“ des Staatspräsidenten. Sie enthält in ihrer Gesamtheit die Befähigung des Staatspräsidenten, in Streitfällen zwischen der Regierung und dem Parlament in letzter Instanz zu vermitteln, und zwar im Sinne einer echten „pouvoir neutre“. Nicht von ungefähr ist dem französischen Staatspräsidenten daher in einer Verfassungsänderung, vgl. vorstehend Anm. 21, die besondere Legitimationsquelle der unmittelbaren Volkswahl eingeräumt worden. Wegen der mehr politischen Gewaltenbalance, die hierdurch geschaffen wird, gehören weitere Ausführungen aber nicht in den Rahmen des vorliegenden Themas.

⁵⁹ Die folgenden Ausführungen betreffen nicht nur die Entscheidung der Frage, ob der Gesetzgeber auf einem sachlich abgrenzbaren Lebensbereich überhaupt tätig werden durfte, sondern gelten (selbstverständlich) auch a) für die Fälle, in denen der Gesetzgeber auf die Regelung der Grundsätze (Rahmen- oder Programmsatzgebung des Art. 34) beschränkt ist, und b) zur Sicherung der abschließenden Wirkung der Ermächtigung im Falle des Art. 38 d. Verf. Auch in diesen Fällen handelt es sich nämlich um materielle Kompetenzzuweisungen, die der Gesetzgeber irrig oder willentlich mißachten könnte. Vgl. z. B. *Vedel, Droit Adm. (2. Aufl.)*, S. 173.

entsprechenden Legislativkammern kommen sollte, das Problem dem Conseil Constitutionnel zur Entscheidung vorlegen.

b) Wenn dieses Verfahren versäumt worden ist, kann die Regierung bis zur Promulgation des Gesetzes seine Verfassungswidrigkeit gesondert überprüfen lassen⁶⁰.

c) Ist auch diese Möglichkeit verstrichen, so kann die Einverleibung des strittigen Gebietes durch den Gesetzgeber aber noch immer widerrufen werden. Ein solches Gesetz kann nämlich weder einen Vorbehalt noch einen Vorrang aufrichten. Denn Gesetze, die nach Inkrafttreten der Verfassung von 1958 die „domaine réglementaire“ verletzen, können durch Dekrete, die mit einem „avis conforme“ des Conseil Constitutionnel ergehen, geändert oder ersetzt werden. Durch diese Regelung wird sichergestellt, daß ein Gesetz, das von der Regierung irrig oder aus politischer Rücksichtnahme hingenommen worden ist, nicht „praeter constitutionem“ die verfassungsmäßige Ordnung beseitigt. Eine förmliche Kassierung des Gesetzes nach seiner Verkündung kommt allerdings nicht in Betracht⁶¹.

d) Hingegen ist kein ähnliches Verfahren vorgesehen, um den Ordnungsgeber daran zu hindern, auf Sachgebiete des Gesetzgebers überzugreifen. Hier muß noch immer die Überlegung helfen, daß derartige Verordnungen materiell herkömmliche Verordnungen sind, die einer Kompetenzzuweisung durch den Gesetzgeber bedürfen, wenn sie auf legislativem Gebiet ergehen sollen. Fehlt ein derartiges Gesetz, liegt ein „excès de pouvoir“ in der Form der Kompetenzüberschreitung vor, worüber der Conseil d'Etat befindet⁶².

⁶⁰ Vgl. *Vedel, Droit Adm. 2. Aufl.*, S. 32.

⁶¹ Vgl. Art. 37 Abs. II d. Verf.: „Les textes de forme législative intervenus en ces matières (de caractère réglementaire) peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'Etat. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent.“ Vgl. *Duverger, Constitutions*, S. 173.

⁶² Der Nachteil, daß auf diese Weise zwei verschiedene Organe zur Interpretation der Artikel 34 und 37 berufen sind (einmal der Conseil Constitutionnel, das andere Mal der Conseil d'Etat) liegt freilich auf der Hand: Es ist nämlich durchaus denkbar, daß z. B. zunächst der Conseil Constitutionnel in einem „avis conforme“ der Regierung bestätigen würde, daß der Gesetzgeber auf einem bestimmten Gebiet über die ihm von der Verfassung eingeräumten Kompetenzen hinausgegangen ist. Dadurch wäre die Regierung berechtigt, das betroffene Gesetz auf dem Ordnungswege aufzuheben, bzw. zu ändern. Hinsichtlich derselben Verordnung könnte sodann der Conseil d'Etat im „recours pour excès de pouvoir“ die vorrangige Kompetenzfrage genau umgekehrt entscheiden. Vgl. dazu u. a. *Waline, Droit Adm. (9. Aufl.)*, S. 131; *Vedel, Droit Adm. (2. Aufl.)*, S. 33 und *Prélot, aaO.*, S. 751.

III. Die „*principes généraux du droit*“

Der Umstand, daß der Conseil d'Etat somit wie bisher einen starken Einfluß auf die Abgrenzung der respektiven Einzugsbereiche der Legislative und der Exekutive als autonome verordnungsgebende Gewalt besitzt, führt dazu, in Entsprechung zum Kapitel 16 nochmals einen Blick auf die weitere Entwicklung der Lehre von den sog. „*principes généraux du droit*“ zu werfen. Dieser Überblick wird beweisen, daß auch insoweit der durch die Verfassung von 1958 ausgelöste Wandel in den Beziehungen zwischen Legislative und Exekutive seine Spuren hinterlassen hat. Gegenüber der z. Z. der 4. Republik erarbeiteten Theorie zeichnet sich nämlich eine (womöglich noch zunehmende) Höherstufung dieser für das französische Recht so wichtig gewordenen Quellen des ungeschriebenen Rechts in der Hierarchie der Normen ab: Das tritt insbesondere bei der neuen Gruppe der autonomen Verordnungen gemäß Artikel 37 der Verfassung in Erscheinung. Hätte man ihnen gegenüber an dem nur gesetzsgleichen Charakter der „*principes généraux du droit*“ festgehalten, könnte diese neue Gruppe von Akten mit „*pouvoir initial et inconditionné*“ jene ebenso übergehen, wie es bislang das Recht des Gesetzgebers gewesen ist. Gerade das ist aber gegenwärtig nicht der Fall⁶³.

Man könnte nun meinen, daß für diese Erscheinung allein der Wunsch nach erhöhtem Rechtsschutz verantwortlich zu machen ist, nachdem die Entscheidung wichtigster Angelegenheiten vom Parlament auf die Regierung übergegangen ist⁶⁴. Gleichwohl sollte nicht übersehen werden, daß der hier geschilderte Vorgang auch deshalb möglich wurde, weil die „*principes généraux du droit*“ sich aus ihrer ursprünglichen Abhängigkeit vom positiven Recht gelöst haben und erst hierdurch eine gänzlich unabhängige Rechtsquelle werden konnten. In diesem Zusammenhang ist schon davon berichtet worden, daß man bei der Erörterung der „*principes généraux du droit*“ davon abgekommen war, eine rechtspositivistische Begründung zu suchen⁶⁵. Jetzt gibt man auf naturrechtlichen Vorstellungen begründeten Rechtsquellen den Vorrang vor solchem positivem Recht, das Ergebnis eines unabhängigen staatlichen Willensaktes ist⁶⁶.

Fraglich kann nur sein, ob diese Aufwertung der „*principes généraux du droit*“ auf das Verhältnis der nach Artikel 37 der Verfassung

⁶³ Vgl. vorstehend im Text die Anm. 40.

⁶⁴ Darauf wird von *Morange*, aaO., S. 26 angespielt, wenn es heißt: „La plus mauvaise des Chambres sera toujours supérieure à la meilleure des anti-chambres.“

⁶⁵ Vgl. oben 16. Kap. I und II.

⁶⁶ Vgl. de *Laubadère*, *Traité* Bd. I (3. Aufl. 1963), S. 77 mit weiteren Nachweisen.

zulässigen Verordnungen zu beschränken ist⁶⁷. Aus Gründen des inneren Zusammenhanges möchte man erwidern, daß kaum einzusehen ist, warum nicht auch das seiner absoluten Vorrangstellung verlustig gegangene Gesetz in diese Entwicklung einzubeziehen wäre. Interessanterweise ist in dieser Beziehung z. B. auch von *Waline* bemerkt worden, daß das Gesetz die allgemeinen Rechtsprinzipien nach wie vor nur deswegen nicht zu beachten brauche, weil gegen das Gesetz noch immer kein eigentlicher Rechtsweg zugelassen sei⁶⁸.

Wenn daher die Gesetze vorläufig auch in der 5. Republik noch immer nicht unter die „*principes généraux du droit*“ gestellt worden sind, so liegt das m. E. wiederum nur daran, daß das von der neuen Verfassung entworfene Konzept nicht in aller Konsequenz zu Ende gedacht worden ist. Eine andere Beurteilung könnte nur dann Platz greifen, wenn sich tatsächlich feststellen ließe, daß die Verfassung von 1958 eine Rückbesinnung des Gesetzesbegriffes auf seinen Ursprung, die „*règle de droit*“, habe einleiten wollen. Darauf war jedoch schon in einem anderen Zusammenhang eingegangen worden⁶⁹.

IV. Zusammenfassung

Damit ist wieder der Ort erreicht, an dem ein zusammenfassendes Wort zur Gesetzes- und Verordnungslehre der 5. Republik gesagt werden kann.

Zwei Punkte hervorzuheben, scheint hier wichtig. Es ist das einmal die hierarchische Emporstufung eines Ausschnitts der Verordnungsgewalt in einem grundsätzlich doch freiheitlich-demokratisch durchgebildeten System. Zum anderen, aber gleichzeitig auch als Voraussetzung zum ersteren, fällt auf, daß das traditionelle Rechtssetzungsmonopol des Gesetzgebers endgültig beseitigt ist. Hinter beiden Erkenntnissen liegt das Eingeständnis, daß die Gesetze ebensogut wie die Verordnung Ausdruck der Staatsleitung und damit besondere Formen der Herrschaft sein können. Differenzierungen zwischen Akten der Verwaltung und solchen der Legislative liegen unter diesem Aspekt also keineswegs in der Natur der Sache: Gibt es immer nur Herrschaft und Unterworfen-

⁶⁷ Das nimmt — insoweit freilich zu Recht — der wohl überwiegende Teil der französischen Rechtslehre an. Sie schließt daraps i. d. R. aber auch auf eine anhaltend höhere Rangstelle des Gesetzes in der Hierarchie der Normen (vgl. de *Laubadère*, aaO., S. 77 und *Rivero*, aaO. 3. Aufl., S. 60), was an der noch ungenügenden Verselbständigung der „*principes généraux du droit*“ und ihrer Einbeziehung in einen „*bloc légal*“ i. w. S. (vgl. dazu *Cotteret*, aaO., S. 171, 172) liegen dürfte.

⁶⁸ In RDP 1959, S. 699 ff. (II B c).

⁶⁹ Vgl. vorstehend I. 1 u. 2.

heit unter diese Herrschaft, soweit Akte der staatlichen Normensetzung anstehen, erscheint die traditionelle französische Theorie überholt, daß es gleichwohl eine Gattung staatlicher Anordnungen, nämlich die Gesetze, geben müsse, die das Recht in besonders qualifizierter Weise enthalten. Ganz in diesem Sinne trägt die französische Verfassung von 1958 daher Sorge, daß zunächst einmal eine angemessene Gewaltenbalance garantiert wird, um die Herrschaft in erträglichen und kalkulierbaren Grenzen zu halten.

Auf bestimmten Gebieten, die unter Zuhilfenahme rechtstechnischer Mittel voneinander getrennt worden sind⁷⁰, können zwei voneinander persönlich und sachlich unabhängige Organe⁷¹ Akte erlassen, die in gleicher Weise voneinander unabhängig sind. Dieser Ausbalancierung der Macht in einer horizontalen Ebene ist eine Beschränkung der Souveränität von Gesetz und Verordnung in der Vertikalen beigegeben. Beide genannten Akte sind nur noch der Konstitution unterworfen⁷². Für die Verordnung ist das schon immer geltendes Recht gewesen, soweit nicht ausnahmsweise ein Gesetz zwischen Verfassung und Verordnung getreten war. Als neu stellt sich dagegen die sanktionierende Kontrolle des Conseil Constitutionnel gegenüber dem Gesetzgeber dar. Dazu kommt für die gesetzesgleichen autonomen Verordnungen die Notwendigkeit, unter der Kontrolle des Conseil d'Etat die sog. „principes généraux du droit“ beachten zu müssen.

Daraus ist noch ein letztes zu ersehen: Zugleich mit dem Verlust der bei einem einzigen Staatsorgan konzentrierten obersten Regelungsbefugnis geht die Einheit auch dieses Rechtes verloren. Nicht nur wird dem Gesetzgeber die größere Nähe der Verfassung gegenüber dem „Recht“ vorgehalten⁷³. Künftig wird es vielmehr überhaupt Recht unterschiedlicher Natur geben. Das Nebeneinander von rechtspositivistisch-voluntaristischen und quasi-naturrechtlichen Vorstellungen ist für diese Entwicklung nur mehr Indiz.

⁷⁰ und die laut Puget, aaO., S. 340 keine schlechten Ergebnisse gebracht haben. A. A. freilich Cotteret, aaO., S. 165 ff.

⁷¹ Im Sinne von Eisenmann, vgl. L'Esprit des lois, S. 177 und 178 und oben I. Kap. I. 1.

⁷² Daraus folgt, daß die Verfassung von 1958 das Prinzip der Repräsentation aufgegeben hat. Vgl. Cotteret, aaO., S. 170: „Les constitutionnels ont... dénaturé le régime représentatif, car un régime où la législation appliquée aux citoyens ne provient que très indirectement d'eux-mêmes (nämlich mittelbar über den „repräsentierenden“ Gesetzgeber), n'est plus un régime représentatif.“

⁷³ Vgl. dazu auch Batiffol, aaO., S. 19 und 24.

Schlussbemerkungen

Will man eine Zusammenfassung der vorliegenden Darstellung geben, um auf diese Weise die Essenz der vorgetragenen Entwicklung darzustellen, so kann dieser Vorgang bei den drei hier behandelten Begriffen kurz als ein allgemeiner Dissoziationsvorgang bezeichnet werden: Bildeten alle drei Begriffe zu Anfang insofern eine Einheit, als man das Gesetz als den Träger der Rechtsidee schlechthin, ja als den einzig legitimen Hort des Rechts ansah, so finden wir heute Recht, Gesetz und Verordnung als völlig selbständige Begriffe vor, wenn auch eine gewisse Bereitschaft vorhanden zu sein scheint, nunmehr den Rechtsbegriff an die Stelle zu rücken, die früher einmal der zentrale Gesetzesbegriff eingenommen hatte.

I. Anfänge der Entwicklung

Die beherrschende Stellung, die der französische Gesetzesbegriff durch die Revolution von 1789 zugewiesen bekam, kann nicht häufig genug betont werden. Durch eine klare Bevorzugung gegenüber allen anderen Begriffen brauchte er nicht wie z. B. in Deutschland gegenüber ständigen Reaktionen der fortbestehenden monarchischen Staatsgewalt und einschneidenden Rückfällen in Restaurationszeiten mühsam entwickelt zu werden. Die „Déclaration des droits de l'homme et du citoyen“ vom 3. 8. 1789 brachte dem Gesetzgeber vielmehr sogleich die volle Kompetenz, die dringendsten, das Verhältnis des Bürgers zum Staat betreffenden Anordnungen in Zukunft auf dem Gesetzeswege regeln zu können. Es ist zwar richtig, daß man hier bemerkt hat¹, dieser Gesetzesbegriff habe um deswillen noch nicht all diejenigen Akte umfaßt, die im 19. Jahrhundert oder gar heute von der Gesetzgebung behandelt zu werden pflegen. Aber der französische Gesetzesbegriff besaß von Anfang an eine Anlage zur Ausdehnung, was für den überkommenen deutschen, als Rechtssatz definierten Gesetzesbegriff nicht zutrifft. Wurde in Frankreich das Gesetz als „expression de la volonté générale“ begriffen, so kam darin letztlich zum Ausdruck, daß schließlich all das Gegenstand des Gesetzes sein sollte oder werden könnte, was die menschliche Gemeinschaft irgendwann einmal berühren würde. Natürlich betrafen diese

¹ Vgl. Böckenförde, aaO., S. 48.

Interessen unter dem Eindruck der Gesellschaftsverträge der naturrechtlichen Ideenwelt zunächst nur das, was mit den bürgerlichen Freiheiten unmittelbar in Verbindung stand. Sollten aber einmal andere Zeiten heraufkommen und die Gesellschaft sich anderen Erscheinungen zuwenden, mußte das Element der „volonté générale“ im Gesetzesbegriff immer bewirken, daß das Gesetz auch diese neuen Gebiete monopolisierend mit Beschlag belegen würde.

Eine Einschränkung der gesetzgeberischen Kompetenz kam daher allenfalls wegen des Erfordernisses in Betracht, nach dem der Gesetzgeber aufgerufen war, sich auf die Regelung des Prinzipiellen zu beschränken. Allein hier mußte die natürliche Schwierigkeit der Grenzbestimmung zwischen Prinzip und Detail fast zwangsläufig dazu führen, daß auch die detaillierenden Regelungen zusehends vom Gesetzgeber ausgesprochen wurden.

Freilich hat die im revolutionären System liegende Forderung nach möglichst lückenloser Gesetzgebung gleichwohl zum Auftreten einer gesonderten Verordnungsgewalt führen können. Da Verordnungen begriffsnotwendig allgemein waren, gehörten sie unter dem Gesichtspunkt des Aufbaus der objektiven (allgemeinen) Rechtsordnung allein durch den Gesetzgeber an sich ebenfalls in dessen Hände. Wenn man nun aber berücksichtigte, daß die Verordnung das vom Gesetzgeber niedergelegte Recht immer nur ausführte, aus diesem Grunde also mit dem Gesetz übereinstimmen mußte und somit die Gefahr gebannt schien, daß sich neben dem Gesetzgeber eine weitere Quelle „neuen“ Rechts bilden konnte, war eine verordnungsgebende Gewalt akzeptabel.

Unter diesem Gesichtspunkt nahm dann auch die ursprünglich als Gewaltenbalance verstandene französische Gewaltengliederung ihre Gestalt an. Sie anerkannte (insoweit noch Balancetheorie) zwar zwei unabhängige Gewalten in der Gestalt des Gesetzgebers und der Exekutive; aber sie wies auch schon Funktionen zu, deren Ausgestaltung eine effektive Gewaltenbalance sogleich wieder gefährden mußte: Die Ausstattung der Exekutive mit einer bloßen Ausführungsfunktion konnte niemals gegenüber der auf natürliche Ausdehnung angelegten Legislativfunktion ein ausreichendes Gegengewicht erzeugen.

In dieser Beziehung war m. E. die Organisation der Gewaltengliederung im kaiserlichen *Deutschland* viel realistischer, denn sie teilte bei den genannten Gewalten besondere „Domänen“ zu, innerhalb deren Grenzen diese Gewalten ohne gegenseitige Behinderung schalten und walten konnten. Auf diese Weise aber kam es zu einer für das Gebiet der Verordnung geltenden grundsätzlichen Unterschiedlichkeit der Auffassung in *Deutschland* und in *Frankreich*: Kannte man in *Deutschland* die ganz vom Gesetz unabhängigen Verordnungen (die sog. Verwal-

tungsverordnungen) und andererseits die gesetzesabhängigen Verordnungen (die sog. Rechtsverordnungen), gab es im klassischen französischen Staatsrecht keine Trennung in Verwaltungs- und Rechtsverordnungen. Dem Ordnungsgeber war vielmehr mittels des Exekutionsbegriffes ein Gebiet von grundsätzlich anderer Beschaffenheit überantwortet worden. Allerdings hatte man sich dieses zunächst wohl auch frei von Übergriffen des Gesetzgebers vorgestellt², denn der Ordnungsgeber konnte insoweit ohne besondere Ermächtigung tätig werden. Er besaß eine Kompetenz von Verfassungs wegen, zu welcher erst mit der Zeit die besondere, auf Spezialermächtigungen und ähnlichen Erscheinungen beruhende Kompetenz einer erweiterten Gesetzesausführung trat. Es liegt auf der Hand, daß diese Praxis es vorerst ganz unnötig machte, an die Frage der eigentlichen Delegation heranzutreten. Der Begriff der „exécution“ war eben auch ein sehr praktischer Begriff.

Bei dieser Lage der Dinge braucht nur ganz beiläufig darauf hingewiesen zu werden, daß das Recht in *Frankreich* niemals geteilt gewesen ist. Die Rechtssetzungen des Ordnungsgebers konnten immer und auf allen Gebieten als kontinuierliche Fortsetzung des Werkes des Gesetzgebers aufgefaßt werden. Nicht von ungefähr hat darum die Stufentheorie von *Kelsen* und *Merkl* in *Frankreich* einen besonders großen Erfolg gehabt. Sie entsprach so ganz der Vorstellung von einem einheitlichen Recht, das sich hierarchisch in der Form einer Pyramide vom Allgemeinen über das weniger Allgemeine zum Speziellen hinentwickelte.

Wie anders war demgegenüber wieder der Ausgangspunkt in *Deutschland*! Hier hatte der Dualismus zwischen Staat und Gesellschaft sich auch im Recht niedergeschlagen. Folglich dachte man nicht an in sich hierarchisch aufbauendes Recht, sondern war zu „Rechtsschichten“ unterschiedlicher Qualität gelangt.

Während in *Deutschland* in der Folgezeit jedoch die ursprünglich unabhängig voneinander gedachten Gebiete des Gesetzes und der (echten) Verwaltungsverordnung eine Tendenz der Vereinigung unter der Oberhoheit des Gesetzgebers zeigten, begann sich in *Frankreich* eher eine gegenläufige Entwicklung abzuzeichnen.

II. Übergänge

Das fing damit an, daß zunächst die Gewaltengliederung und dann der Gesetzesbegriff tiefgreifende Änderungen durchmachte.

² Theoretisch konnte der Gesetzgeber nämlich überhaupt kein ins Detail gehendes Gesetzesrecht erlassen. Das Recht war nach damaliger Anschauung eben notwendig allgemein.

Schon *Ducrocq* zeigte Neigungen, die Gewaltengliederung im beschriebenen Sinne nicht mehr so genau zu nehmen, wenn er auch durch Hervorhebung der Delegationstheorie zu erkennen gab, daß es sich bei der Wahrnehmung von Aufgaben des Gesetzgebers durch den Verordnungsgeber materiell um Legislativaufgaben handele. Darüber hinausgehend wollte *Moreau* die Teilung in Recht prinzipiellen Charakters und solches mehr detaillierenden Charakters und damit die Unterscheidung zwischen Gesetz und Verordnung durch ein materielles Moment überhaupt nicht mehr anerkennen. Die Überordnung des Gesetzes über die Verordnung blieb bei ihm nur durch die Überordnung der Organe erhalten. Ansonsten behandelte er Gesetz und Verordnung als einer der ersten Autoren im französischen Staatsrecht als völlig äquivalente Akte.

Die Entwicklungslinie *Esmein-Duguit-Hauriou* ging schließlich schon mehr oder weniger stark gegen die Gewaltengliederungstheorie selbst vor. *Esmein* entwarf zwar nur ein Modell der möglichen Ebenbürtigkeit zwischen Gesetzgeber und Verordnungsgeber. Auch *Hauriou* stellte mehr abstrakte Überlegungen über den Grund und die Machtquelle der Exekutive an. *Duguit* und *Jèze* aber kehrten die Ähnlichkeit zwischen Gesetz und Verordnung besonders stark hervor. Was diese Akte trennte, war zwar die geltende Verteilung der Gewalten. Aber sie wird bereits als manipulierbar gekennzeichnet. Folgerungen, die aus ihr im Einzelfall zu ziehen wären, werden ohne große Skrupel nicht gezogen oder gar durch die Anerkennung entgegenstehenden Gewohnheitsrechtes beiseite geschoben.

Besonderes Interesse muß bei den genannten Autoren aber auch die Art und Weise erregen, mit der sie die Übereinstimmung des Gesetzes und der Verordnung mit dem Recht in Zweifel ziehen.

Diese Skepsis ruft zwar bei *Esmein* noch kaum mehr als die Vorstellung hervor, daß es zuweilen auch ungerechte Gesetze geben könne, weil eben das Gesetz nur die natürliche Anlage besitzt, die bürgerlichen Freiheiten zu schützen und damit das Recht zu reproduzieren. Aber schon *Duguit* trennt bewußt zwischen der „*règle de droit*“ und dem Gesetz und verlangt, wenn anders das Gesetz nicht unwirksam sein soll, daß es das Recht in sich aufnehme. Damit ist das Gesetz gegenüber dem Recht nurmehr ein „*document*“. *Hauriou* schließlich hält es für möglich, daß es sogar Recht unterschiedlicher Qualität geben könnte. Er lehrt die Existenz eines Ideal- und eines Ordnungsrechtes, und glaubt sogar, daß man es hinnehmen müsse, wenn sich das staatliche Recht bis zu einem bestimmten Augenblick als rein willkürliche Kreation darstelle. Damit ist die Dissoziation zwischen Gesetz und Recht komplett. Das Herabsinken des Gesetzesbegriffes zum bloßen Willensinhalt steht unmittelbar bevor.

Hier brachte den endgültigen Abschluß die Lehre *Carré de Malbergs*. Jetzt interessiert nur noch das jeweils organisierte Verhältnis zwischen Gesetz und Verordnung, zwischen Gesetzgeber und Exekutive. Das Recht in seiner Bedeutung als ein überpositiver Wert bleibt ganz außerhalb des Systems. Es kann sich u. U. in den staatlichen Akten niederschlagen. Es kann aber laut *Jèze* auch ganz unberücksichtigt bleiben. Das Nachdenken über das Recht wird anderen Disziplinen überlassen. Die Ergebnisse der Rechtsphilosophie erscheinen viel zu fragwürdig, als daß die Rechtswissenschaft als bloße Normenwissenschaft damit belastet werden sollte.

Wenn gleichwohl zwischen Gesetz und Verordnung noch von einer bestimmten Rangordnung ausgegangen wird, so geschieht das allein in Anerkennung einer bestimmten verfassungsrechtlichen Situation, bei *Carré de Malberg* also angesichts des absoluten Parlamentarismus. Es ist nur natürlich, daß diese Sicht der Dinge zur gänzlichen Aufgabe der herkömmlichen Gewaltengliederung i. S. einer funktionenteilenden Gewaltengliederung führen mußte. In der gleichen Konsequenz liegt es aber auch, wenn wegen der bloß organhaft-formalen Sicherung des Gesetzgebers gegenüber der Exekutive dieses auf die „*prépondérance*“ des Gesetzgebers angelegte System im geeigneten Augenblick in eine solche des Verordnungsgebers umschlagen konnte. Der Begriff der Gesetzesausführung brauchte nur gleichfalls formal verstanden zu werden. Konnte der Gesetzgeber jedes Gebiet nach seinem Willen an sich ziehen und nach seinem Willen regeln, konnte er sehr wohl auch bestimmen, daß diese Aufgabe vom Verordnungsgeber wahrgenommen werden sollte. Mit der Methode der „*autorisations*“ gab der Gesetzgeber immer weitere Gebiete an die Exekutive ab.

Das Vordringen der Verordnung erfolgte allerdings in Etappen. Durfte sie zunächst nur das Gesetz ausführen, ohne es inhaltlich in Frage zu stellen, so ließ man die Verordnung erstmalig in legislatives Gebiet dringen, als man kurzzeitig die Theorie der Delegation anerkannte³. Aber auch nach der Ablehnung dieser Theorie durch die französische Rechtslehre trat schon sehr bald wieder eine ähnliche Erscheinung auf, als die sog. „*règlements d'administration publique*“ an praktischer Bedeutung gewannen. Man sah sie zwar noch als Ausführungsverordnungen im eigentlichen Sinne an. Da jedoch in derartigen Fällen der Verordnungsgeber einer ausdrücklichen Ermächtigung des Gesetzgebers verpflichtet war, konnten seine Befugnisse im Einzelfall schon recht weit gehen. Schließlich erschienen neben eindeutig gesetzvertretenden Ver-

³ Ideengeschichtlich liegt der Ursprung einer relativ gesetzunabhängigen Verordnungsgewalt freilich bereits in der Zulassung der sog. „*règlements autonomes*“. Vgl. oben I. Kap. II. 3.

ordnungen die „décrets de développement“, die ein Prinzipiengesetz ausfüllten. Unter der alten, funktionenteilenden Gewaltengliederung hätte man hier kaum annehmen können, daß der Exekutive Legislativmaterie überantwortet worden wäre. Es darf aber nicht vergessen werden, daß inzwischen zu einem System der „suprématie“ des Gesetzgebers übergegangen worden war. Jedesmal wenn sich jetzt der Gesetzgeber auf die Regelung bloßer, aus sich heraus unausführbarer Grundzüge beschränkte, gab er damit zu erkennen, daß er seine alles beherrschende Stellung nicht ausnutzen wollte oder konnte, und schon wurde aus dem Prinzipiengesetz das unverhüllte Ermächtigungsgesetz. Hier war meist nicht einmal mehr abzusehen, welche Regelungen der Verordnungsgeber im einzelnen treffen würde.

Zwar spielte noch kurze Zeit das Problem eine Rolle, ob der Verordnungsgeber auf allen Lebensgebieten, also insbesondere innerhalb der klassischen Vorbehaltsmaterien tätig werden durfte. Man dachte wohl daran, daß sich der Gesetzgeber schon quantitativ immer ein gewisses Kerngebiet vorbehalten müsse. Auch war es zeitweilig ein echtes Problem, wie durch die „décrets-lois“ der Vorrang des Gesetzes beseitigt werden könnte. Allein dies alles waren nur letzte Erinnerungen an das klassische System der Gewaltenteilung und das ursprüngliche System des Verhältnisses zwischen Gesetz und Verordnung.

Was als letztes übrig blieb und eine, wie sich zeigen sollte, recht verletzliche Vorrangstellung des Gesetzes zum Ausdruck brachte, war das Erfordernis, daß der Verordnungsgeber für jede Betätigung, die über seine „Stammfunktion“ hinausging, eine Aufforderung benötigte. Gerade hieran läßt sich erkennen, wie aus einer Überordnung bzw. Unterordnung von staatlichen Akten innerhalb der Normenhierarchie am Ende eine Hierarchie der Organe geworden ist.

Auch diese war zwischenzeitlich aber äußerst fragwürdig geworden. Wenn man auf die Praxis der 4. Republik zurückschaut, nach der die Kabinette nur zu häufig ihre Investitur davon abhängig machten, daß für sie ein Ermächtigungsgesetz verabschiedet würde, weil eine unmittelbare Versorgung der staatlichen Gemeinschaft mit dem nötigen Regelrecht nicht zu erwarten war, fragt man sich, was aus der souveränen Willensentscheidung des Parlamentes mittlerweile geworden ist. So manches Ermächtigungsgesetz hat die französische Nationalversammlung nur passieren können, weil man sich keine neue Regierungskrise mehr erlauben konnte. So nahm das Parlament, das sich sonst nur noch in der Ablehnung, überhaupt tätig zu werden, einig zeigte, die „Nötigungen“ der Regierungen hin.

Es ist indessen wohl sachgerechter, in diesem Zusammenhang von einem „Nötigungsnotstand“ aller Beteiligten zu sprechen: Das franzö-

sische Gewaltengliederungssystem mit seiner eindeutigen „prépondérance“ des Gesetzgebers setzte nämlich das reibungslose Funktionieren des Organs an der Spitze des Normengebäudes in einer besonderen Weise voraus. Wollte man, daß das Parlament entsprechend seinem Totalvorbehalt wirklich alle Lebensgebiete selbst im Griff behielt, mußte die Gesetzgebungsmaschinerie ständig die erforderlichen Gesetze produzieren können. Gerade das ist aber in Frankreich nicht der Fall gewesen. Vielmehr verfiel man auf den Ausweg, die Verantwortung auf die Exekutive abzuschieben. Aber auch diese Lösung konnte sich letztlich nicht bewähren, weil einerseits die Ermächtigungen nicht in dem erforderlichen Umfange vom Parlament zu erlangen waren, und andererseits die Regierungen selbst mangels eines wirksamen Eigen gewichts in viel zu großer Abhängigkeit vom Parlament standen.

So hat die starke Hierarchisierung der Organe in Frankreich nur Verwirrung gebracht. Die Hierarchie der Normen hat sie jedenfalls nicht aufrechterhalten können.

III. Resultate

Ins rechte Lot gebracht wurde das verzerrte Verhältnis zwischen Gesetz und Verordnung, Gesetzgeber und Verordnungsgeber erst wieder durch die Verfassung der 5. Republik. Das von *Carré de Malberg* begründete Gewaltengliederungsprinzip ist aufgegeben, aber natürlich ist auch das herkömmliche Gewaltengliederungsprinzip nicht wiederhergestellt worden.

Zwar möchte man auf den ersten Blick glauben, daß einem Aufbau prinzip Rechnung getragen worden ist, nach welchem dem Parlament die wichtigeren Lebensgebiete und der Regierung die weniger wichtigen Materien zur Regelung übertragen worden sind. Unter dem Gesichtspunkt des bürgerlich-freiheitlichen Rechtsstaates des 19. Jahrhunderts mag das zweifellos richtig sein. Tatsächlich sind fast alle die Freiheiten des Bürgers betreffenden Gebiete der Legislative vorbehalten geblieben. Welches sind indessen heute die Kriterien, nach denen ein Lebensbereich für wichtig gehalten wird? Ist wichtiger ein Gesetz, auf Grund dessen z. B. das Schenkungsrecht neu geregelt wird, oder die Verordnung, die einen Grundnahrungsmittelpreis staatlich festsetzt? Dieses Beispiel dürfte für sich sprechen. Daher ist festzuhalten, daß dem Gesetzgeber vorbehalten wurde, was schon immer zu seinem traditionellen Bestand gehört hat. Die neuen Sachgebiete, z. B. der Leistungsverwaltung, sind dagegen i. d. R. in die ausschließliche Kompetenz der Exekutive übergegangen. Das ist die Basis, auf der in groben Umrissen die neue Trennungslinie zwischen Gesetz und Verordnung verläuft.

An die Stelle des ehemals beherrschenden Gesetzesbegriffes scheint mit einigen Einschränkungen die Lehre von den „*principes généraux du droit*“ getreten zu sein. Zwar wird der Verstoß des Gesetzes gegen die allgemeinen Rechtsprinzipien noch immer nicht ausreichend sanktioniert. Aber die neue Gattung gesetzesunabhängiger Verordnungen nach Artikel 37 der Verfassung von 1958 ist den „*principes généraux du droit*“ bereits voll unterstellt. Es bleibt daher abzuwarten, ob nicht wegen der veränderten Stellung des Gesetzgebers dieser Schritt auch für das Gesetz irgendwann einmal nachgeholt wird.

IV. Erkenntnisse

Welches ist also das Ergebnis der aufgezeigten Entwicklung? Die Abhängigkeit der respektiven Bedeutung von Gesetz und Verordnung vom jeweiligen Gewaltengliederungsprinzip? Die Erscheinung, daß das oberste Organ im Staat, wenn ihm auf Grund der verfassungsmäßigen Akzentverteilungen eine allzu hervorragende Stellung zukommt, mittels seiner Anordnungen einen möglichst umfangreichen Teil der staatlichen Rechtssetzung usurpiert? Oder endlich die Erkenntnis, daß Begriffe wie Recht, Gesetz und Verordnung einen dauernden Bedeutungswandel durchmachen?

All das sind Ergebnisse der hier angestellten Erörterungen. Besonders hervorhebenswert erscheint jedoch das Prinzip der Gewaltengliederung selbst. Von einer gesunden und vernünftigen Lösung dieses Problems scheint es in der Tat abzuhängen, daß sich zwischen den drei hier behandelten Begriffen das richtige Gleichgewicht bildet.

Am französischen Beispiel war zu erkennen, bis zu welchem Grade ein vernünftiges Funktionieren dieser Begriffe gestört werden kann, wenn die Gewichte bei der Verteilung der Kompetenzen auf die obersten Staatsorgane nicht richtig ausbalanciert werden.

Das gegenwärtige französische System ist an dieses Problem nun in einer Art und Weise herangegangen, die dem deutschen Leser aus seiner eigenen Rechtsgeschichte geläufig sein wird. Es ist dies der Gedanke, Gesetz und Verordnung gebietsmäßig voneinander zu trennen. Nachdem das Gegensatzpaar „allgemein“—„besonders“ schon in der nachrevolutionären Zeit als Abgrenzungsmerkmal fallen gelassen werden mußte und sich nachher eine Trennung mittels der Termini „Prinzip“ und „Detail“ in der Praxis ebenfalls nicht hat durchführen lassen, bot es sich fast von selbst an, hinfort die respektiven Einflußsphären von Gesetz und Verordnung nach der Methode der Enumeration zu bestimmen. Wohl

ganz bewußt ist auf den Versuch verzichtet worden, die nun dem Gesetzgeber bzw. dem Ordnungsgeber zustehenden Gebiete auf eine andere Weise zu definieren, etwa in der Art, wie das mittels des historisch-konventionellen Rechtssatzbegriffes einmal in Deutschland (wenn auch nur in der Theorie) versucht worden ist. Ein solcher Versuch mußte von Anfang an viel zu riskant erscheinen, weil er ganz notwendig zu Schwierigkeiten bei der praktischen Anwendung hätte führen müssen.

Dagegen ist die Funktionsfähigkeit des Enumerationsprinzips vielfach erprobt. Es braucht in dieser Hinsicht nur auf die deutschen Erfahrungen bei der Kompetenzverteilung im Bundesstaat hingewiesen zu werden. Von Einzelfällen abgesehen, dürfte sich dieses System wohl recht gut bewährt haben.

Insoweit ist daher das französische Verfahren auch für *deutsche* Verhältnisse von einigem Interesse. Wenn wir gegenwärtig im großen und ganzen in einer Periode recht erfreulicher Balance zwischen Parlament und Regierung leben, so mag das wesentlich an der starken Position der Regierung liegen, die zudem in den gesetzgebenden Körperschaften viel leichter homogene Mehrheiten erhalten kann als das in Frankreich je der Fall gewesen ist. Zwar werden die homogenen Mehrheiten in der Hauptsache das Ergebnis des geltenden deutschen Wahlrechts sein. Sie entsprechen aber wohl auch einer besonderen Geistesverfassung des derzeitigen deutschen Wählers. Dieser Zustand kann sich einmal ändern. Unter diesem Gesichtspunkt gehen die vorliegenden Ausführungen daher über das akademische Interesse hinaus.

Daß auch im übrigen die deutsche und die französische Situation bei den drei hier interessierenden Begriffen vergleichbar erscheint, konnte wiederholt vorgeführt werden. An dieser Stelle sei noch einmal auf die Entwicklung der Inhaltsbestimmungen für den modernen französischen Gesetzesbegriff hingewiesen. Besonders bei dem im Teil II, Kapitel 13 behandelten Rechtslehrer *Burdeau* war festzustellen, daß insoweit die gleichen Probleme wie in Deutschland aufgetaucht sind. Auch in Frankreich hat sich der Rechtsbegriff eklatant verändert. Man kann nämlich dort ebensowenig wie in Deutschland vom Recht allein unter dem Gesichtspunkt einer höheren Gerechtigkeit sprechen, die sich schlechterdings aufdrängt. Es gibt vielmehr hier wie dort genügend Erscheinungen, die unter Gesichtspunkten der reinen Zweckmäßigkeit bald so bald so positiv-rechtlich verarbeitet werden können.

Begünstigt durch diese Entwicklung hat sich ein weiterer, früher kardinaler Unterschied im deutschen und französischen Denken über den Rechtsbegriff längst von selbst beseitigt. Es handelt sich um das Problem, auf welche Weise das Gesetzesrecht seine Verbindlichkeit ge-

winnt⁴. Hatte bei unserem französischen Nachbarn noch zu Anfang dieses Jahrhunderts die Vorstellung das größte Mißfallen ausgelöst, daß das Gesetz nach deutschen Vorstellungen seinen verbindlichen Charakter aus dem Souveränitätsbegriff des Staates empfangen könnte⁵, und war demgegenüber die Begründung für die Verbindlichkeit des Gesetzes außerhalb des Gesetzes, nämlich in der Übereinstimmung desselben mit dem Recht gesucht worden, so lag doch auch der französischen Begründung in einem Teilaspekt schon frühzeitig ein Souveränitätsmerkmal zugrunde⁶. Soweit nämlich der französische Gesetzesbegriff die „volonté générale“ in sich aufgenommen hatte, trat er über die Weiterentwicklung dieses Begriffes zur „volonté nationale“ in engste Verbindung zu einem Souverän. Nachdem die andere Seite des französischen Gesetzesbegriffes, zugleich auch authentische Interpretation des Rechts zu sein, ihre Bedeutung eingebüßt hatte, war es nur natürlich, daß die von Anfang an vorhandene Willenskomponente wieder mehr zum Durchbruch kam. Das Eingeständnis, daß auch das Gesetz letztlich nichts anderes als ein „procédé de gouvernement“ sei, erscheint als das deutliche Symptom dieses Umschwungs. Interessanterweise dürfte sich damit die *deutsche* Auffassung von der Verbindlichkeit des Rechtes, wie sie schon von *Laband* herausgearbeitet worden ist, allgemein durchgesetzt haben.

Wie dem jedoch sei, die allgemeine Angleichung der Anschauungen ist unverkennbar. Deswegen konnte auch gesagt werden, daß die französischen Lösungen zu den Problemen um Recht, Gesetz und Verordnung auch für deutsche Verhältnisse von ganz allgemeinem Interesse und ggf. von praktischer Bedeutung sind.

⁴ Für die Begründung der Verbindlichkeit der Verordnungen bestand eine derartige Divergenz nicht, wenn wir uns erinnern, daß schon *Esmein* und *Hauriou* darauf hingewiesen hatten, daß die Verordnung als Handlungsmittel der Exekutive „jussus“ sei.

⁵ Wobei die Kenntnis aus dem ins Französische übersetzten Rechtsstaatsrechts von *Laband* stammte: *Le droit public de l'Empire allemand*, éd. franç., Paris 1901, dort S. 156 ff. Zur Frage selbst siehe *Böckenförde*, aaO., S. 230 ff.

⁶ Darauf weist besonders *Sirat*, aaO., S. 22 hin.

Literaturverzeichnis

Soweit Werke mit einem Titelschlagwort zitiert worden sind, ist dieses bei den folgenden Literaturangaben vermerkt. Wurde mit „aaO.“ zitiert, ist von dem betreffenden Autor nur ein Werk in das Literaturverzeichnis aufgenommen. Weniger einschlägige Werke sind nur in den Fußnoten angegeben.

Artur: Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions. RDP 1900 (Bd. I S. 214—246, 470—496; Bd. II S. 34—64, 236—280, 436—505).

Bachalowsky-Petit, S.: La loi et l'ordonnance dans les Etats qui ne connaissent pas la séparation des pouvoirs législatif et exécutif, Dissertation Paris 1901.

Ballreich, H.: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt in Frankreich, Belgien und Luxemburg. In: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat: Berichte und Referate von F. Klein und U. Scheuner; ausländische Berichte von W. K. Geck, H. K. J. Ridder, H. Ballreich, P. Schneider, G. Bettoni; bearbeitet von W. E. Genzer u. W. Einbeck; Wissenschaftliche Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten, Bd. 12, Frankfurt/Main, 1952, S. 325 ff.

Barthélémy, J., und *Duez*, P.: Traité du droit constitutionnel, 2. Aufl., Paris 1933.

Berthélémy, H.: Défense de quelques vieux principes. Mélanges Maurice Hauriou, Paris 1929, S. 811 ff. („Défense“).

Berthélémy, H., und *Rivero*, J.: Cinq ans de réformes administratives (1933 bis 1938); Ergänzungsband zur 13. Auflage (1933) des Traité élémentaire de Droit administratif von Berthélémy, Paris 1938 („Cinq ans de réformes“).

De la Bigne de Villeneuve, M.: La fin du principe de séparation des pouvoirs, Paris 1934.

Böckenförde, E. W.: Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus, Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 1, Berlin 1958.

Bonnard, R.: L'Origine de l'Ordonnancement juridique. Mélanges Maurice Hauriou, Paris 1929, S. 33 ff. („L'Ordonnancement“).

— La conception matérielle de la fonction juridictionnelle. Mélanges R. Carré de Malberg, Paris 1933, S. 3 ff. („Mélanges R. Carré de Malberg“).

— Précis de droit public, 4. Auflage, Paris 1937 („Précis“).

— Les concepts de la science de l'Etat, RDP 1943 („RDP 1943“).

Bonneau, H.: La distinction de la loi et du règlement sous l'empire des actes constitutionnels de 1940—1942, Paris 1944.

Bonnecase, J.: La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente. Ses variations et ses traits essentiels, 2 Bände, Bordeaux 1933.

- Burdeau, G.*: R. Carré de Malberg. Son œuvre, sa doctrine, RDP 1935, S. 354 ff. („RDP 1935“).
- Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français, Archives de philosophie du droit 1939, S. 7 ff. („Essai“).
- Le pouvoir politique et l'Etat, Paris 1943 („Pouvoir politique“).
- Remarques sur la classification des fonctions étatiques, RDP 1945, S. 202 ff. („Remarques“).
- Manuel de droit constitutionnel, 5. Aufl., Paris 1947 („Manuel“).
- Traité de science politique, 7 Bände, Paris 1949—1957 („Traité“).
- Cahen, G.*: La loi et le règlement, Dissertation Paris 1903.
- Capitant, R.*: La réforme du parlementarisme, Paris 1934 („La réforme“).
- L'œuvre juridique de R. Carré de Malberg, Archives de philosophie du droit 1937, S. 81 ff. („Archives de philosophie du droit 1937“).
- Cours de principes du Droit Public, Cours de Doctorat, Maschinenschrift, Paris 1953/54 („Cours de principes“).
- Carré de Malberg, R.*: Contribution à la théorie générale de l'Etat, 2 Bände, Paris 1920/1922 („Contribution“).
- Confrontation de la Théorie de la Formation du Droit par Degrés avec les Institutions consacrées par le Droit positif français relativement à sa formation, Paris 1930 („Confrontation“).
- La loi, expression de la volonté générale, Paris 1931 („La loi“).
- Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique, Recueil d'études en l'honneur de François Gény, Band I, Paris 1935, S. 129 ff. („Réflexions“).
- Chapus, R.*: La loi d'habilitation du 11 juillet 1953 et la question des décrets-lois, RDP 1953 („RDP 1953“).
- De la soumission au droit des règlements autonomes, D. (chr.) 1960, S. 119 ff. („Dalloz, chr. 1960“).
- Charpentier, J.*: Les lois-cadres et la fonction gouvernementale, RDP 1958, S. 220 ff.
- Chevallier, J. J.*: Les grands œuvres politiques de Machiavel à nos jours, Paris 1949.
- Constant, B.*: Principes de politique. Wiedergegeben in: Œuvres de Benjamin Constant, hrsg. und mit Anmerkungen versehen von A. Roulin, Paris 1957 („Principes“).
- Discours à la Chambre des députés, 2 Bde, Paris 1827—1828 („Discours“).
- Cormenin*: Questions de droit administratif, 5. Aufl., Paris 1840.
- Cotteret, J. M.*: Le pouvoir législatif en France, Paris 1962.
- Cuche, P.*: A la recherche du fondement du Droit. — Y-a-t-il un romantisme juridique? Revue trimestrielle de Droit civil 1929.
- Dabin, J.*: Doctrine générale de l'Etat. Eléments de philosophie politique, Brüssel/Paris 1939.
- Delos, J. u. a.*: La société internationale et les principes du Droit public, Paris 1928 („Société“).
- La théorie de l'Institution, Archives de Philosophie du Droit 1931, S. 97 ff. („Archives“).

- Donnedieu de Vabres, J.*: Décrets-lois et pouvoir réglementaire d'après la loi du 17 août 1948, D. (chr.) 1949 („Dalloz, chronique, 1949“).
- L'article 13 et les décrets-lois, D. (chr.) 1953 („Dalloz, chronique 1953“).
- Ducrocq, Th.*: Cours de Droit administratif et de Législation française des finances avec Introduction de Droit constitutionnel et les Principes du Droit public, 7 Bände, 7. Auflage 1897 ff.
- Duguit, L.*: Etudes de droit public, Bd. 1: L'Etat, le droit objectif et la loi positive, Paris 1901 („L'Etat“).
- Traité de Droit constitutionnel, 1. Auflage: 2 Bände, Paris 1911, 2. Auflage: 4 (5) Bände, Paris 1921 ff., 3. Auflage: 5 Bände, Paris 1927 ff. („Traité“).
- Dupeyroux, H.*: Sur la généralité de la loi, Mélanges R. Carré de Malberg, Paris 1933, S. 137 ff.
- Durand, P.*: La décadence de la loi dans la Constitution de la V^e République, JCP 1959, No. 1470.
- Duwerker, M.*: L'œuvre et la doctrine de Roger Bonnard, RDP 1944 („RDP 1944“).
- Droit Constitutionnel et Institutions politiques, Paris 1955 („Droit Const.“).
- Les Institutions françaises, Paris 1962 („Institutions“).
- Constitutions et Documents politiques, Paris 1964 („Constitutions“).
- Eisenmann, Ch.*: L'„Esprit des lois“ et la séparation des pouvoirs. Mélanges R. Carré de Malberg, Paris 1933, S. 163 ff. („L'Esprit des lois“).
- Cours de Droit Administratif approfondi. Cours de Doctorat, Maschinenschrift, Paris 1957. („Cours de Droit“).
- Le droit administratif et le principe de légalité, EDCE 1957, S. 25 ff. („Le droit administratif“).
- Ellul, J.*: Histoire des Institutions, Band II, Paris 1956.
- Encyclopédie Dalloz*, 2 Bände, Paris 1958/1959. Stichwort „loi“ bearbeitet von J. L. Quermonne; Stichwort „décret“ bearbeitet von A. Plantey; Stichwort „règlement administratif“ bearbeitet von M. Rousset.
- Esmein, A.*: Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 2 Bände, 7. Auflage, Paris 1921, Bearbeitung durch H. Nézard.
- Ettori, M.*: Conclusions zu CE vom 26. 4. 1929, S. 1929.3.50/51 und RDP 1929, S. 319 ff.
- Franz, G.*: Staatsverfassungen, Eine Sammlung wichtiger Verfassungen der Vergangenheit und Gegenwart in Urtext und Übersetzung, 2. Auflage, Darmstadt 1964.
- Galichon, G.*: Aspects de la procédure législative en France, Revue française de science politique 1954.
- Gaudemet, P. M.*: La loi dans la Constitution de 1958, Public Law, London 1961, S. 386 ff.
- Gény, F.*: Méthode d'Interprétation et Sources en Droit privé positif, 2 Bände, 2. Auflage, Paris 1919 („Méthode“).
- La science et technique en droit privé positif, 4 Bände, 3. Auflage, Paris 1925 ff. („Science“).
- Gurvitch, G.*: Les idées maîtresses de M. Hauriou, Archives de Philosophie du Droit 1931, S. 155 ff.

- Halbecq, M.*: L'Etat, son autorité, son pouvoir, Paris 1965.
- Hauriou, M.*: Précis de Droit administratif, Paris, Fortlaufende Auflagen (Jahreszahl im Text) („Précis“).
- Précis de Droit constitutionnel, 1. Auflage: Paris 1923; 2. Auflage: Paris 1929 („Droit constitutionnel“).
- La théorie de l'Institution et de la Fondation, Essai de vitalisme social, IV^e cahier de la nouvelle Journée, 1925 („Théorie“).
- Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes, Revue de Métaphysique et de Morale, 1928 („Revue de Métaphysique“).
- Hauriou, M.* und *Mestre, A.*: Analysis et comptes rendus: L'Etat, le droit objectif et la loi positive, par Léon Duguit, RDP 1902 Bd. II, S. 346 ff. („RDP 1902“).
- Holstein, G.*: Die Theorie der Verordnung im französischen und belgischen Verwaltungsrecht, Bonner Festgabe für Zitelmann, München und Leipzig 1923, S. 309 ff.
- Jeanneau, B.*: Les principes généraux du Droit dans la Jurisprudence administrative, Paris 1954 („Les principes“).
- La nature des principes généraux du droit en droit français. Etudes de Droit Contemporain (nouvelle série), travaux et recherches de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris, XXIII, Paris 1962, S. 203 ff. („La nature“).
- Jellinek, G.*: Gesetz und Verordnung, Freiburg i. Bg. 1887.
- Jéze, G.*: Notes de Jurisprudence, RDP 1914 Bd. I („RDP 1914“).
- Les principes généraux du Droit administratif, Band I, 3. Auflage, Paris 1925 („Principes“).
- Le dogme de la volonté Nationale et la technique politique, RDP 1927 („RDP 1927“).
- L'influence de L. Duguit sur le Droit administratif français, Archives de Philosophie du Droit 1932, S. 135 ff. („Archives“).
- Josserand, L.*: Un ordre juridique nouveau, D. (chr.) 1937.
- Kopp, H. W.*: Inhalt und Form der Gesetze, 2 Bände, Zürich 1958.
- Laferrière, J.*: Manuel de Droit Constitutionnel, 2. Auflage, Paris 1947.
- Laferrière, M. F.*: Cours de droit public et administratif, 2 Bde, Paris 1860.
- De Laubadère, A.*: Des pleins pouvoirs aux demi décrets-lois, D. (chr.) R. 1952 („Daloz, R. chr. 1952“).
- Traité élémentaire de Droit Administratif, Paris, 1. Auflage 1953, 2. Auflage 1957, 3. Auflage (Bd. I) 1963 („Traité“).
- Lemasurier, J.*: Contribution à l'Etude du domaine réglementaire en droit positif, Revue administrative 1956.
- Letourneur, M.*: Les „Principes généraux du Droit“ dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, EDCE 1951, S. 19 ff.
- Masnata, S.*: La délégation de la compétence législative en droit suisse et comparé, Dissertation Lausanne 1942.
- Maspétiol, R.*: Le problème de la loi et ses développements récents dans le droit public français, EDCE 1949, S. 50 ff.

- Mestre, A.*: Compte rendu (zum Werk Moreau's), RDP 1904 Bd. II.
- Montesquieu, Ch. de...*: Œuvres complètes: De l'Esprit des Loix, hrsg. von Jean Brethe de la Gressaye in 4 Bänden, Paris 1950—1961.
- Morange, G.*: La réalisation de la réforme fiscale par voie réglementaire, Dalloz (chr.) 1948 („Daloz, chr. 1948“).
- La hiérarchie des textes dans la Constitution de 1958, D. R. chr. 1959 („Daloz R., chr. 1959“).
- Moreau, F.*: Le règlement administratif, Paris 1902.
- Piot, A.*: Droit naturel et réalisme, Paris 1930.
- Pinto, R.*: La loi du 17 août 1948, RDP 1948, S. 517 ff.
- Prélot, M.*: Institutions politiques et Droit constitutionnel, Paris, 3. Auflage 1963.
- Proud'hon, P. J.*: Du principe fédératif, eingel. u. mit Anm. versehen von Charles-Brun, Paris 1921.
- Puget, H.*: L'élaboration des lois dans le régime actuel de la France, Revue administrative 1963, S. 327 ff.
- Quermonne, J. L.*: L'évolution de la hiérarchie des actes juridiques en droit public français, Dissertation Caen 1952.
- Ripert, G.*: Le régime démocratique et le droit civil moderne, 2. Auflage, Paris 1948 („Régime démocratique“).
- Le déclin du Droit, Paris 1949 („Déclin“).
- Rivéro, J.*: Droit administratif, Paris, 1. Auflage 1960, 2. Auflage 1962, 3. Aufl. 1965.
- Rolland, L.*: Le projet du 17 janvier et la question des décrets-lois, RDP 1924, S. 42 ff.
- Rousseau, J. J.*: Du Contrat social ou Principes du droit politique, hrsg. von Garnier Frères, Paris 1962.
- Saleilles*: Ecole historique et Droit naturel, Revue trimestrielle de Droit civil 1902.
- Strat, Ch.*: La notion de loi, Dissertation Paris 1955.
- De Soto*: La loi et le règlement dans la Constitution du 4 oct. 1958, RDP 1959.
- Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat*: Siehe: *Ballreich, H.*: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt in Frankreich, Belgien und Luxemburg.
- Vedel, G.*: Droit administratif, Paris, 1. Auflage 1958, 2. Auflage 1961 („Droit adm.“).
- Manuel élémentaire de Droit constitutionnel, Paris 1949 („Manuel“).
- Waline, M.*: Les idées maîtresses de deux grands publicistes français: Léon Duguit et Maurice Hauriou, L'année politique française et étrangère, Bd. 4, 1929, S. 385 ff. (Duguit) und Bd. 5, 1930, S. 39 ff. (Hauriou) („Les idées maîtresses * Jg.“).
- Positivisme philosophique, juridique et sociologique, Mélanges R. Carré de Malberg, Paris 1933, S. 519 ff. („Positivisme“).

- Waline, M.: Observation sur la gradation des normes juridiques, établie par M. Carré de Malberg, RDP 1934 („RDP 1934“).
- Droit Administratif, Paris, Fortlaufende Auflagen (Jahresangaben im Text). („Droit Adm.“).
- L'individualisme et le Droit, 2. Auflage, Paris 1949. („L'individualisme“).
- Notes de jurisprudence zu CE vom 25. 10. 1957, „Duval 2°+3° espèce“, RDP 1958, S. 507 ff. („RDP 1958“).
- Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958, RDP 1959, S. 699 ff. („RDP 1959“).
- Wolff, Hans J.: Organschaft und juristische Person, Bd. I: Juristische Person und Staatsperson, Berlin 1933 („Staatsperson“).
- Verwaltungsrecht I, 6. Aufl., München und Berlin 1965 („VerwR I“).

Schriften zum Öffentlichen Recht

- 1 **Gesetz und gesetzgebende Gewalt.** Von E.-W. Böckenförde. 360 S. 1958. DM 28,—.
- 2 **Die Freiheit des Gewissens.** Von H. Scholler. 239 S. 1958. DM 18,60.
- 3 **Zum Problem der völkerrechtlichen Anerkennung der beiden deutschen Regierungen.** Von W. Frhr. Marschall von Bieberstein. 232 S. 1959. DM 24,80.
- 4 **Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen.** Von G. Pfennig. 86 S. 1960. DM 9,60.
- 5 **Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes.** Von M. Goessl. 245 S. 1961. DM 29,60.
- 6 **Die Rechtsstellung der Richter am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften.** Von H.-U. Bächle. 149 S. 1961. DM 18,60.
- 7 **Staatensukzession und Staatservituten.** Von L. Herbst. 204 S. 1962. DM 26,60.
- 8 **Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt.** Von D. Volkmar. 273 S. 1962. DM 33,60.
- 9 **Bundesrat und Bundesaufsicht.** Von G. Dux. 149 S. 1963. DM 19,80.
- 10 **Die Öffentliche Anstalt.** Von H. Jecht. 144 S. 1963. DM 19,60.
- 11 **Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen.** Von E. Schumann. 380 S. 1963. DM 48,60.
- 12 **Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz.** Von K. Huber. 182 S. 1963. DM 26,60.
- 13 **Über den Rechtsschutz bei anwaltlichen Zulassungstreitigkeiten.** Von K. H. Finkelnburg. 114 S. 1964. DM 16,80.
- 14 **Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung.** Von W.-D. Eckardt. 81 S. 1964. DM 12,60.
- 15 **Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes.** Von G. Abel. 97 S. 1964. DM 14,80.
- 16 **Wahlabsprachen politischer Parteien und ihre rechtlichen Grenzen.** Von Ch. Peter. 181 S. 1964. DM 24,80.
- 17 **Widerstand und Revolution.** Von K. F. Bertram. 121 S. 1964. DM 16,60.
- 18 **Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung.** Von E.-W. Böckenförde. 348 S. 1964. DM 44,80.
- 19 **Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte.** Von E. v. Hippel. 63 S. 1965. DM 9,80.
- 20 **Der Bundesstaat und seine Unantastbarkeit.** Von J. Harbich. 174 S. 1965. DM 26,60.
- 21 **Korporation und Assoziation.** Von F. Müller. 370 S. 1965. DM 48,60.
- 22 **Freiheitsrechte und Arbeitsverfassung.** Von D. Conrad. 184 S. 1965. DM 27,60.
- 23 **Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff.** Von M. Heidenhain. 194 S. 1965. DM 26,60.
- 24 **Grundrechte als Institution.** Von N. Luhmann. 223 S. 1965. DM 32,60.
- 25 **Probleme der abstrakten Normenkontrolle.** Von G. Babel. 96 S. 1965. DM 14,60.
- 26 **Das Problem der Einheit der Völkerrechtsgemeinschaft und die Organisation der internationalen Sicherheit.** Von H.H. Mahnke. 250 S. 1965. DM 36,—.
- 27 **Die Grundlagen eines Friedensvertrages mit Deutschland.** Von D. Blumenwitz. 208 S. 1966. DM 32,60.
- 28 **Gleichheit und Artgleichheit.** Von W. Hill. 309 S. 1966. DM 48,60.