

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1

Gesetz und gesetzgebende Gewalt

**Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre
bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus**

Von

Ernst-Wolfgang Böckenförde

**Zweite, um Nachträge und ein Nachwort
ergänzte Auflage**



Duncker & Humblot · Berlin

ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE

Gesetz und gesetzgebende Gewalt

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1

Gesetz und gesetzgebende Gewalt

Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre
bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus

Von

Ernst-Wolfgang Böckenförde

Zweite, um Nachträge und ein Nachwort
ergänzte Auflage



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 1957

Alle Rechte vorbehalten
© 1981 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-04898-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Lehrern des Rechts in Dankbarkeit

Vorwort zur zweiten Auflage

Die erste Auflage ist seit Jahren vergriffen. Die Diskussion um Gesetzesbegriff, Gesetzesvorbehalt und gesetzgebende Gewalt, die von dem Buch in mancher Hinsicht mit angeregt wurde, ist indes noch keineswegs beendet. Sie ist nach wie vor, und in den letzten Jahren in verstärktem Maße, im Fluß.

Das mag den Nachdruck einer Abhandlung rechtfertigen, die vor mehr als 20 Jahren als Dissertation entstanden ist und natürlich die Unzulänglichkeiten einer Erstlingsarbeit an sich trägt. Eine Neubearbeitung konnte nicht in Angriff genommen werden; sie hätte ohnehin dazu geführt, daß ein neues Buch entstanden wäre.

Damit der in der Zwischenzeit erfolgte Fortgang der Diskussion, einschließlich der vorgebrachten Einwände und Kritiken, verfolgt werden kann, sind zu den einzelnen Kapiteln und Paragraphen Nachträge aufgenommen, die Hinweise auf die einschlägige Literatur und gelegentlich kurze Stellungnahmen enthalten. Das Nachwort nimmt zur heutigen systematischen Diskussion um Gesetz und gesetzgebende Gewalt Stellung, für die die Abhandlung seinerzeit eine dogmengeschichtliche Grundlage und Vorarbeit bieten wollte.

Für tatkräftige Hilfe beim Aufsuchen der seit 1958 erschienenen einschlägigen Literatur danke ich den Herren Richter aVG Dr. Heribert Mandelartz und Referendar Johannes Hellermann.

Freiburg, im September 1980

Ernst-Wolfgang Böckenförde

Vorwort

Die Auseinandersetzung um den Gesetzesbegriff nimmt in Literatur und Rechtsprechung stetig zu. Nicht nur, was das Verhältnis von Gesetz und Maßnahme angeht, sondern ebenso im Hinblick auf den Umfang der gesetzgebenden Gewalt und den Rechtssatzbegriff. Die alten, in der Blütezeit des staatsrechtlichen Positivismus von *Laband*, *Jellinek* und *Anschütz* entwickelten Begriffe und Unterscheidungen, die seitdem in der deutschen Staatsrechtslehre vorherrschend waren, sind in vielen Hinsichten fragwürdig geworden; sie vermögen auf die juristischen Fragen, die die Wirklichkeit eines Rechtsstaates aufgibt, der zugleich Sozialstaat und Vorsorgestaat ist, keine zureichenden Antworten mehr zu geben.

Will der Jurist diese Situation bewältigen, so bedarf es dazu nicht zuletzt der Besinnung auf die sachlichen und methodischen Grundlagen der Staatsrechtslehre und der Aufarbeitung ihrer z. T. verschütteten Tradition, die es in ihrem reichen Problemgehalt für die Fragestellungen der Gegenwart wissenschaftlich nutzbar zu machen gilt. Die vorliegende Untersuchung möchte hierzu einen Beitrag leisten. Sie ist hervorgegangen aus einer Dissertation, die der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster vorgelegen hat.

Zu danken habe ich an erster Stelle meinem verehrten Lehrer Professor Dr. Hans J. Wolff, Münster, der die Entwicklung meiner ersten wissenschaftlichen Bemühungen mit so großem Interesse verfolgt und mit helfendem Rat gefördert hat; sodann Herrn Professor Dr. Carl Schmitt, Plettenberg, dessen verfassungsgeschichtlichem und verfassungstheoretischem Tiefblick ich entscheidende Anregungen für die Überarbeitung verdanke; nicht zuletzt Herrn Ministerialrat a. D. Dr. Broermann, der die Abhandlung mit großem Entgegenkommen in sein Verlagsprogramm aufgenommen hat.

Münster/Westf., im Oktober 1957

Ernst-Wolfgang Böckenförde

Inhalt

Einführung: Zu Thema und Methode der Arbeit	13
--	----

Einleitender Teil

Grundlagen	20
<i>Erstes Kapitel: Die Theorie der Gewaltengliederung</i>	20
§ 1: John Locke	21
§ 2: Montesquieu	29
§ 3: Rousseau	38
<i>Zweites Kapitel: § 4. Der Niederschlag der Theorie der Gewaltengliederung im französischen Verfassungsrecht der Revolutionszeit</i>	45
<i>Drittes Kapitel: § 5. Das gemeine deutsche Staatsrecht am Ende des 18. Jahrhunderts: Moser, Pütter, Scheidemann, Haeblerlin, Gönner</i>	53

Erster Hauptteil

Die Lehre von Gesetz und gesetzgebender Gewalt unter dem Einfluß der vernunftrechtlichen Methode und der Theorie der Hoheitsrechte	65
<i>Erstes Kapitel: Methodische und rechtliche Grundlagen</i>	67
§ 6: Die vernunftrechtliche Methode	67
§ 7: Das Verfassungsrecht der süddeutschen Staaten und der konstitutionellen Staaten in Mitteldeutschland	71
§ 8: Die Verfassungsrechtslage in Preußen bis 1848	79
<i>Zweites Kapitel: Ansätze zur Unterscheidung von Staatsfunktionen innerhalb des Systems der Hoheitsrechte</i>	84
§ 9: Johann Ludwig Klüber	84
§ 10: Romeo Maurenbrecher — Karl Eduard Weiss	87
<i>Drittes Kapitel: Die Verselbständigung der Lehre von den Staatsfunktionen und die logisch-abstrakte Bestimmung derselben</i>	94
§ 11: Immanuel Kant	94
§ 12: Carl von Rotteck	99
§ 13: Friedrich Schmittenner	106

<i>Viertes Kapitel: Anfänge politisch-konkreter Betrachtung im Rahmen des vernunftrechtlichen und hoheitsrechtlichen Denkens</i> ..	112
§ 14: Johann Christoph Freiherr von Aretin — Karl Salomo Zachariä	112
§ 15: Heinrich Zoepfl — Heinrich Albert Zachariä	119

Zweiter Hauptteil

Die Lehre von Gesetz und gesetzgebender Gewalt unter dem Einfluß einer sach- und zweckbezogenen Methode	126
--	-----

<i>Erstes Kapitel: § 16. Die neue Methode und die veränderte Problemstellung</i>	126
--	-----

<i>Zweites Kapitel: Die Bestimmung von Gesetz und gesetzgebender Gewalt im Zeichen der Trennung und Versöhnung von Staat und Gesellschaft</i>	132
---	-----

§ 17: Georg Wilhelm Friedrich Hegel	132
§ 18: Lorenz von Stein	145
§ 19: Rudolf von Gneist	158

<i>Drittes Kapitel: Die Bestimmung von Gesetz und gesetzgebender Gewalt aus dem Wesen des Staates</i>	169
---	-----

§ 20: Friedrich Julius Stahl	169
------------------------------------	-----

<i>Viertes Kapitel: Die Bestimmung von Gesetz und gesetzgebender Gewalt auf Grund der liberalen Rechtsstaatstheorie</i>	178
---	-----

§ 21: Robert von Mohl	179
§ 22: Karl Theodor Welcker (Rotteck-Welcker's Staatslexikon)	188
§ 23: Johann Caspar Bluntschli	195

<i>Fünftes Kapitel: Kompilationen und Übergänge</i>	200
---	-----

§ 24: Ludwig von Rönne	201
§ 25: Josef von Held — Carl Friedrich von Gerber	205

Dritter Hauptteil

Die Lehre von Gesetz und gesetzgebender Gewalt unter der Vorherrschaft der juristisch-formalen Methode: der Streit um den Rechtssatzbegriff 210
--

<i>Erstes Kapitel: Methodische und rechtliche Grundlagen</i>	211
--	-----

§ 26: Der staatsrechtliche Positivismus	211
§ 27: Die preußische Verfassung, die Reichsverfassung und die Verfassungsentwicklung in den süddeutschen Staaten	220

<i>Zweites Kapitel: Die Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff</i>	226
---	-----

A. Der Rechtssatz als Abgrenzung der Willenssphären der Rechtssubjekte	226
--	-----

Inhalt	11
§ 28: Paul Laband	226
§ 29: Georg Jellinek	242
§ 30: Der junge Anschütz	253
<i>Drittes Kapitel: Die Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff</i>	259
B. Der Rechtssatz als abstrakte (generelle) rechtliche Anordnung	259
§ 31: Georg Meyer	259
§ 32: Ernst Seligmann — Conrad Bornhak	265
<i>Viertes Kapitel: Die Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff</i>	271
C. Der Rechtssatz als Eingriff in Freiheit und Eigentum der Staatsbürger	271
§ 33: Gerhard Anschütz	271
§ 34: Max v. Seydel	277
<i>Fünftes Kapitel: Die Kritik der Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff</i> ..	282
§ 35: Albert Haenel	282
§ 36: Ferdinand von Martitz	296
§ 37: Otto von Sarwey — Ernst Rudolf Bierling	302
<i>Sechstes Kapitel: Die Lehre vom formellen Gesetzesbegriff und der Funktionsbestimmung nach der verfassungsrecht- lichen Kompetenz</i>	309
§ 38: Adolf Arndt — Conrad Bornhak	310
§ 39: Karl Freiherr von Stengel — Edgar Loening — Karl Göz	316
<i>Siebentes Kapitel: Versuche einer Synthese auf der Grundlage eines einheitlichen (komplexen) Gesetzesbegriffes</i>	321
§ 40: Otto Mayer	321
 Schlußbemerkung: Ergebnisse und Erkenntnisse	 330
Literaturverzeichnis	343
Sachregister	351
Nachträge	361
 Nachwort 	
Gesetzesbegriff und Gesetzesvorbehalt	375

Abkürzungsverzeichnis

ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DR	Deutsche Rechtswissenschaft
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23. 5. 1949
Grünhuts Zs	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, hrsg. v. Grünhut
HDSrR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsgg. von Anschütz und Thoma
PVG	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz von 1931
RV	Verfassung des Deutschen Reiches von 1871
VVDStL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WBStVwR	Wörterbuch des Staats- und Verwaltungsrechts, hrsgg. von Stengel und Fleischmann, 2. Aufl. 1911—1914
WV	Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. 8. 1919 (Weimarer Verfassung)
ZGesStaatsW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

„Allein in der Wissenschaft des öffentlichen Rechts hat nun einmal jeder Schriftsteller das angeborene Recht, sich die Terminologie auf eigene Faust, nach seinem Belieben und nach dem Bedarf seiner dogmatischen Konstruktionen zu bilden. Es ist vollkommen werthlos, darüber zu streiten. Aber eben darum kann es immer nur darauf ankommen, die Terminologie auf ihren sachlichen Gehalt zurückzuführen und die Richtigkeit dieses zu prüfen.“

Albert Haenel

E i n f ü h r u n g

Zu Thema und Methode der Arbeit

I. Der Grundsatz der Gewaltengliederung¹ gehört zu den verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen des Grundgesetzes und hat nach diesem den Charakter eines legal nicht aufhebbaren verfassungsrechtlichen Organisationsprinzips². Die Durchführung dieses Grundsatzes im einzelnen ist also nicht eine Frage politischer Zweckmäßigkeit, sondern eine rechtliche Notwendigkeit: Einzelregelungen in Verfassung und Gesetzen müssen sich daran orientieren und dürfen ihm nicht widersprechen³. Vereinzelt werden aus ihm auch unmittelbar recht-

¹ Der Ausdruck Gewaltengliederung wird hier und im folgenden an Stelle der gebräuchlichen Bezeichnungen Gewaltenteilung oder Gewaltentrennung gebraucht. Denn die einheitliche Staatsgewalt wird weder geteilt noch in verschiedene Gewalten getrennt, sondern vielmehr der Ausübung nach gegliedert. Vgl. dazu Hans J. Wolff, *Verwaltungsrecht I*, München und Berlin 1956, § 16 I.

² Vgl. Art. 20 II u. III i. V. m. Art. 79 III GG. Der Terminus ‚verfassungsgestaltende Grundentscheidung‘ bei Wolff, *Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen*: Ged. Schr. für Walter Jellinek, München 1955, S. 48; in der Sache ähnlich schon Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, München u. Leipzig 1928, S. 23 ff.

³ Das folgt für die verfassungsgesetzlichen Regelungen aus der besonderen Rangqualität der verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen. Der Verfassungsgesetzgeber kann zwar einzelne Ausnahmen von den von ihm aufgestellten Grundentscheidungen selbst machen, darf diese aber, solange es sich nicht um eine neue Verfassunggebung handelt, nicht im Wesensgehalt antasten. Außerdem sind die verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen normative Auslegungsregeln für die übrigen Verfassungsrechtssätze. Vgl. BVerf. GE 3, 28—53 u. v. Mangoldt-Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, 1. Lief-

liche Folgerungen im Sinne einer rechtssatzmäßigen Konkretisierung hergeleitet⁴.

Daraus ergibt sich das staatsrechtliche Problem, die Begriffe der einzelnen Staatsfunktionen, die es zu trennen, zu hemmen und zu verteilen gilt, derart inhaltlich zu präzisieren und voneinander abzugrenzen, daß sie als verbindlicher Maßstab einer gewaltengliedernden Verfassungsorganisation verwendet werden können. Stets muß es sich dabei um materielle Begriffe der Staatsfunktionen handeln, weil sie der Kompetenzverteilung vorausliegen müssen, nicht erst durch diese konstituiert werden dürfen⁵.

Die Schwierigkeit dieser Aufgabe liegt darin, daß die Begriffe Gesetzgebung, Verwaltung, Rechtsprechung keineswegs klassifikatorische, d. h. rechtstechnisch eindeutige Begriffe sind, die einen für jeden Rechtskundigen genau bestimmten Vorstellungsinhalt umschreiben. Sie lassen sich nicht aus sich heraus ein- für allemal inhaltlich festlegen, sondern sind politisch und ideologisch geprägte Begriffe, die zu verschiedenen Zeiten und von verschiedenen Anschauungen her verschieden definiert werden, ohne daß die eine oder andere Festlegung ohne weiteres als juristisch fehlerhaft erklärt werden könnte⁶. Eine eindeutige Sinnbestimmtheit dieser Begriffe bedürfte deswegen einer Legaldefinition. Mangels einer solchen hängt ihre Bedeutung von der inhaltlichen Festlegung ab, die sie jeweils durch die politische Praxis oder, mehr noch, durch die staatsrechtliche und politische Theorie erfahren. Dem Einströmen zeitbedingter und politisch interessierter Vorstellungen ist damit ein breiter Raum gegeben.

Es liegt der Einwand nahe, daß aber doch zumindest die Begriffe von Gesetz und gesetzgebender Gewalt eindeutig und klar bestimmt seien. Nach fast einhelliger Ansicht werde unter materiellem Gesetz jeder abstrakte (und generelle) Rechtssatz oder einfachhin jeder Rechtssatz verstanden, unter formellem Gesetz jeder im Wege der Gesetzgebung zustande gekommene Beschluß der Legislative und unter gesetzgebender Gewalt die rechtsetzende Gewalt⁷.

rung, Berlin und Frankfurt 1955, S. 10/11 u. 78. Für die gesetzlichen und untergesetzlichen Normen versteht sich das im Text Gesagte von selbst.

⁴ So z. B. für die Grenzen der Zulässigkeit von Ermächtigungen zum Erlaß von Rechtsverordnungen nach Art. 80 GG, vgl. *Klein, Verordnungsermächtigungen nach deutschem Verfassungsrecht: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat*, bearb. von Genzer und Einbeck, Frankfurt 1952, S. 40/41.

⁵ Das wird mit Recht von Carl Schmitt, *Verfassungslehre* S. 149 betont.

⁶ Vgl. dazu Hans J. Wolff, *Rechtsgrundsätze*, S. 51 oben.

⁷ Vgl. etwa Thoma in *HDStR* II (1932) § 71 S. 124 ff.; Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. 1948 (Neudruck) S. 8 ff.; Hans Helfritz, *Allgemeines Staatsrecht*, 5. Aufl. 1949, S. 67 ff., 117 f.; Küchenhoff-Küchenhoff, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl. 1952, S. 88 ff.; Maunz, *Deutsches Staatsrecht*, 5. Aufl. 1956, S. 56.

Diese Begriffe haben in der Tat fast die Geltung apriorischer staatsrechtlicher Kategorien erlangt, wenngleich sie die Lösung konkreter staatsrechtlicher Fragen wegen ihres vorwiegend formalen Charakters eher erschweren als ermöglichen⁸. Aber sie sind darum keineswegs allgemeingültige oder apriorische staatsrechtliche Begriffe. Sie sind vielmehr entstanden auf Grund einer bestimmten verfassungspolitischen Situation und in Anwendung einer bestimmten juristischen Methode, nämlich auf Grund der Verfassungsrechtslage in den konstitutionellen Monarchien Deutschlands und deren Interpretation durch die sog. konstitutionelle Theorie, sowie in Anwendung der juristisch-formalen Methode, die von *Laband* begründet und durch ihn und seine Schule zur Herrschaft gebracht wurde⁹. Inzwischen ist diese Begriffsbildung juristisch verabsolutiert worden, weshalb ihre methodischen und sachlichen Bedingtheiten im Bewußtsein nicht mehr lebendig sind.

II. Bestätigt sich die geschichtlich-politische Bedingtheit der staatsrechtlichen Begriffsbildung also auch hier, so zeigt das die Schwierigkeit und zugleich die Notwendigkeit einer systematischen Behandlung der Lehre von den Staatsfunktionen. Soll diese zu vertieften und gültigen Resultaten gelangen können, so muß ihr eine dogmengeschichtliche Untersuchung vorausgehen, welche die zu dem Gegenstand vortragenen Lehren in ihrem wesentlichen Gehalt darstellt, kritisch analysiert und auf ihre Voraussetzungen und Bedingtheiten zurückführt. Damit wird das sachliche Problem zwar noch nicht gelöst, aber

⁸ Das zeigt sich besonders deutlich bei der Abgrenzung von Gesetzgebung und Verwaltung und der damit zusammenhängenden Frage nach der Zulässigkeit von Verordnungsermächtigungen. Setzt man Gesetzgebung und Rechtsetzung gleich, so ist die Verwaltung zunächst eine Funktion, die aus sich kein Recht setzen kann. Rechtsetzungsbefugnisse der Verwaltung bedürfen dann stets verfassungsmäßiger oder formellgesetzlicher Ermächtigung. Auch darin liegt eine Durchbrechung des Prinzips der Gewaltenteilung, und die Ermächtigungen müssen sich deshalb in Grenzen halten, vgl. die Problematik des Art. 80 GG. Da aber die Verwaltung, inhaltlich betrachtet, ziel- und zweckbestimmte, ordnende und leitende Sozialgestaltung ist, kann sie der Rechtsetzungsbefugnisse gar nicht entraten. Um aber das Prinzip aufrecht zu erhalten, werden Verordnungsermächtigungen erteilt, die so weit gefaßt sind, daß sie lediglich eine Umschreibung der Funktion der ermächtigten Organe enthalten, z. B. §§ 14, 24 PVG, früher die substituierte Ermächtigung des 10 II 17 ALR (diese allerdings nur für Einzelakte). Die daraufhin erlassenen Verordnungen werden ‚gesetzanwendende‘ Verordnungen genannt, weil sie in Ausübung der gesetzlich umschriebenen Funktion erlassen werden; in Wahrheit sind sie selbständige Rechtssetzungsakte der Verwaltung, welche allerdings die Funktion von Verwaltungsmitteln haben. Vgl. zum letzteren Ernst Rudolf *Huber*, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Aufl. 1939, S. 256 und im Anschluß daran *Klein*, a.a.O., S. 44 f. Die Verzerrungen und Schwierigkeiten, die sich aus solcher Betrachtung ergeben, liegen auf der Hand. Im Laufe der Darstellung wird noch Näheres darüber gesagt werden.

⁹ Die Nachweise dazu unten im 3. Hauptteil, Kap. 1 u. 2.