Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte
cn=Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, email=info@mpier.uni-frankfurt.de, o=Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, c=DE

IUS COMMUNE

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

IV

Herausgegeben von
Helmut Coing
Direktor des Instituts

Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1972

HEINZ MOHNHAUPT

Potestas legislatoria und Gesetzesbegriff im Ancien Régime*

I.

Die Gesetzgebung im Ancien Régime[1] stellt keine in sich geschlossene Gewalt im Sinne der modernen Gewaltenteilungslehre dar. Es gibt im zumeist absolutistisch geführten Staat auf dem Kontinent keine drei Gewalten, sondern nur eine Gewalt in Gestalt des absoluten Herrschers, auch wenn teilweise das ständische Element noch eine sehr bedeutende Rolle spielt. Es gibt jedoch drei Funktionen der mit „summum imperium", „plenitudo potestatis", „majestas", „souveraineté" umschriebenen Staatsgewalt. Diese drei Funktionen entsprechen ganz der klassischen aristotelischen Dreiteilung in eine beratende, exekutive und richterliche Tätigkeit, wobei die beratende Tätigkeit für die Gesetzgebung steht[2]. Diese drei Funktionen können zwar verschiedenen Organen des Staates zugewiesen sein. Sie stehen jedoch im

* Überarbeitete Fassung eines Vortrages, den der Verfasser am 3. 12. 1971 vor dem auswärtigen wissenschaftlichen Beirat des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt am Main gehalten hat.

Das Thema umfaßt die für das Ancien Régime typischen Formen der Einzelgesetzgebung und Reformgesetzgebung. Die Naturrechtsgesetzbücher und die Diskussion über die Kodifikationen im Vernunftzeitalter sind nicht Gegenstand dieser Arbeit.

[1] Der Epochenbegriff Ancien Régime wird hier in einem umfassenderen Sinne für den gesamten Zeitraum des frühen 16. Jahrhunderts bis zum Ende des 18. Jahrhunderts verstanden, dessen Abschluß in Frankreich wegweisend durch die Französische Revolution im Jahre 1789 markiert ist, — in Deutschland z. B. sogar erst mit dem Beginn des 19. Jahrhunderts angesetzt werden kann. Entstehen des souveränen Fürstenstaats, Auseinandersetzung des Souveräns mit den Ständen, Zurückdrängen der ständischen Gewalten, politische Entmachtung der Stände bei formaler Anerkennung des ständischen Rechtsbestandes und schließlich die Integrierung des ständischen Elements in den weitgehend zentralisierten Staatsaufbau gehören zur gesamteuropäischen Signatur dieses Zeitraums und machen die Einheit dieser Epoche aus.

[2] Aristotelis Politica, Δ p. 1297 b 41 — p. 1298 a 5: „ἔστι δὲ τῶν τριῶν ἓν μέν τί τὸ βουλευόμενον περὶ τῶν κοινῶν, δεύτερον δὲ τὸ περὶ τὰς ἀρχάς (τοῦτο δ' ἐστὶ τίνας δεῖ καὶ τίνων εἶναι κυρίας, καὶ ποίαν τινὰ δεῖ γίνεσθαι τὴν αἵρεσιν αὐτῶν), τρίτον δέ τί τὸ δικάζον. κύριον δ' ἐστὶ τὸ βουλευόμενον περὶ πολέμου καὶ εἰρήνης, καὶ συμμαχίας καὶ διαλύσεως, καὶ περὶ νόμων, ...".

Ancien Régime grundsätzlich alle in der Abhängigkeit des Regenten, in dessen Namen sie ausgeübt werden. Die „potestas legislatoria" oder „potestas legislativa" ist eine Teilfunktion dieser einheitlich gedachten Staatsgewalt[3]. Im Ancien Régime übernimmt sie in Theorie und Praxis die führende Rolle.

Darin liegt eine Umkehrung der Rangfolge gegenüber der mittelalterlichen Auffassung, denn ursprünglich war das Recht des Monarchen zur Gesetzgebung nicht als die höchste Aufgabe ausgegeben worden. Die Gesetzgebung galt als Annex oder Bestandteil der dem Regenten unbestreitbar zustehenden höchsten Gerichtsbarkeit[4]. Gleichrangigkeit und Selbständigkeit zwischen der rechtsprechenden und der gesetzgebenden Tätigkeit bestanden nicht. „Neque ipsi (principes) legislatoriam potestatem antiquis temporibus satis cognoverunt nec a potestate iudiciali illam sat distinxerung."[5] Das ist teilweise auch aus dem Stoff der mittelalterlichen Gesetzbücher selbst ablesbar. So heißt es weiterhin treffend bei Johann August Reichardt: „Percurras enim antiquarum legum codices, et maxima ex parte eos iudicialibus sententiis repletos invenies."[6]

Die theoretische Grundlage vom Vorrang der Rechtsprechung findet sich bereits in der italienischen Statutendoktrin[7], die mitrezipiert worden war. So heißt es bei Bartolus zu Digesten 1. 1. 9: „Omni populo iurisdictionem habenti, ius proprium statuere permittitur, . . ."[8] und „. . . facere statuta est iurisdictio in genere sumpta . . ."[9]. In gleicher Weise formuliert Baldus: „. . . statuta condere est iurisdictionis: quia qui statuit, ius dicit, . . ."[10]. Dem-

[3] Gleichwohl ist auch im Ancien Régime die Bewegung zur staatlichen Strukturierung im Sinne der drei Gewalten spürbar. Abgesehen von Montesquieus berühmter Forderung nach Aufteilung der Gewalten sind dafür Ausdruck und Vorbild die „status-mixtus"-Theorie der Antike, die Balance-Idee der rationalistisch-atomistischen Staatskonstrukteure des 17. Jahrhunderts, das Widerstandsrecht der Monarchomachen und die lebendige Anschauung der englischen Verfassung; vgl. K. Kluxen, Die Herkunft der Lehre von der Gewaltentrennung, in: Aus Mittelalter und Neuzeit. Festschrift zum 70. Geburtstag von Gerhard Kallen, ed. J. Engel und H. M. Klinkenberg, Bonn 1957, pp. 219—221.

[4] W. Ebel, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, Göttingen 1958, p. 69.

[5] Io. Aug. Reichardt, Selecta de iure statuum provincialium concurrenti circa legislatoriam potestatem, quae praeside..., submittet Christoph Chr. L. Hoenninger, Ienae 1769, p. 15.

[6] Io. A. Reichardt, Selecta de iure, p. 15; ebenso D. G. Struben, Vom Ursprung der Landeshoheit in Deutschland, in: Nebenstunden IV, Darmstadt 1789, 22. Abhandlung, pp. 17. 18.

[7] Vgl. W. Engelmann, Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien, Leipzig 1938, pp. 128 ss.

[8] Bartolus, Com. ad D. 1. 1. 9 (lex „omnes populi"), nr. 1.

[9] Bartolus, Com. ad D. 1. 1. 9 (lex „omnes populi"), nr. 3; vgl. auch J. Kohler und E. Liesegang, Das römische Recht am Niederrhein. Neue Folge. Gutachten Kölner Rechtsgelehrter aus dem 15. Jahrhundert. Stuttgart 1898, Nachdruck Amsterdam 1962, pp. 85, 30.

[10] Baldus, Com. ad D. 1. 1. 9 (lex „omnes populi"), nr. 9. Vgl. auch Francisco Suarez, Tractatus de legibus ac deo legislatore in decem libros distributus, Conimbricae 1612, liber I,

entsprechend war auch noch das Gesetzgebungsverfahren in den mittelalterlichen Ständeversammlungen – wie z. B. im englischen Parlament und im deutschen Reichstag – weitgehend nach den Grundsätzen des Prozeßverfahrens gestaltet. Das „Gesetz" stellte somit häufig nur eine Art Urteilsspruch dar[11]. So betonte mit Recht J. E. M. Portalis in seiner Rede vom 23. Februar 1803, mit der er den endgültigen Entwurf des Code Civil der gesetzgebenden Körperschaft vorlegte, die ursprüngliche Priorität des Richters: „Il y avait des juges avant qu'il y eût des lois . . ."[12].
Erst seit Bodin tritt auch die Funktion des Regenten als Gesetzgeber in der Theorie verselbständigt in Erscheinung. Darauf hat bereits McIlwain hingewiesen[13]. Diese Auffassungsänderung ist aus der Lehre Bodins selbst gut ablesbar. In seiner *Methode pour faciliter la connaissance de l'histoire* – geschrieben 1566 – lautet die Rangfolge:

> „. . . je vois, que la souveraineté consiste en cinque attributs essentiels: le premier et le plus important est de nommer les plus hauts magistrats et de définir à chacun son office, le second est de promulguer ou d'abroger les lois, . . ."[14].

Zehn Jahre später heißt es in den 1576 erschienenen *Six livres de la république:*

> „Et par ainsi nous conclurons que la première marque du prince souverain, c'est la puissance de donner loy à tous en general, et a chacun en particulier: . . ."[15].

Im Ancien Régime vollzieht sich die praktische und theoretische Trennung beider Funktionen mit dem Vorrang der Gesetzgebung weiter, auch wenn

cap. VIII, nr. 6, Repr. Madrid 1967, p. 45: „Dicendum est enim, ad ferendas leges necessariam esse potestatem iurisdictionis, nec solam dominativam per se sufficere."

[11] J. Hatschek, Englische Verfassungsgeschichte bis zum Regierungsantritt der Königin Victoria, München und Berlin 1913, pp. 220, 396; O. Franklin, Rechtssprüche des Reichshofes im Mittelalter, Hannover 1870, p. IX n. 4; A. F. Pollard, The evolution of parliament, second edition, London and Harlow 1926, new impression 1968, p. 118.

[12] Zit. nach: Recueil de lois composant le code civil I, Paris 1803, p. 19 nr. 6.

[13] Ch. H. McIlwain, The growth of political thought in the west (1932), New York 1968, pp. 390, 391; vgl. auch F. Pollock, An introduction to the history of the science of politics, London 1900, pp. 46 ss.

[14] Zit. nach: Oevres philosophiques de Jean Bodin, ed. P. Mesnard, Paris 1951, chapitre VI, p. 359.

[15] Zit. nach: Les six livres de la république de J. Bodin Angevin., 3. édition, Paris 1578, livre I, chapitre X, p. 161. Entsprechend heißt es in der lateinischen Ausgabe Joan. Bodini Andegavensis Galli, De republica libri sex, editio sexta, Francofurti 1622, p. 240: „Hoc igitur primum sit ac praecipuum caput majestatis; legem universis ac singulis civibus dare posse."

diese allein der überwiegend ungeteilten Gewalt in der Person des Herrschers zugeordnet bleiben.

Überblickt man die Gesetzgebung des Ancien Régime, d. h. den Träger des Gesetzgebungsrechts und seine Produkte, so lassen sich drei Merkmale herausstellen:

1. Die Mitwirkungsrechte der Stände an der Gesetzgebung werden umkämpft und weitgehend zugunsten des Regenten zurückgedrängt, ohne daß sie formell beseitigt werden.
2. An die Stelle der vertragsähnlichen Vereinbarung zwischen Ständen und Regent tritt überwiegend der Gesetzesbefehl des Alleinherrschers. Der Wille des Herrschers wird zum Gesetz erklärt.
3. Eine neue Gesetzesterminologie und Begriffsvielfalt sind Ausdruck der Rechtsschöpfung durch den Alleinherrscher.

Diese Entwicklung vollzieht sich in dem hier behandelten Zeitraum in zwei Stufen.

Vom 16. bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts besitzt die Gesetzgebung noch weitgehend den sogenannten „Einungscharakter"[16]. Die Gesetzgebungsprodukte treten hier in der Form von gleichsam vertraglichen Vereinbarungen zwischen Herrscher und Ständen auf. Das ist besonders dort zu beobachten, wo das Gesetzgebungsverfahren nach der Verfassung durch den Zwang zur Harmonisierung der Proposition des Fürsten und der replizierenden Forderungen der Stände bestimmt ist. So kommen z. B. im deutschen Reichstag die Gesetze „Gedings- und Pacts-Weise zustande, weil die Stände zugleich neben dem Kaiser in dem Reiche regieren"[17]. Deshalb sind „dergleichen verglichene Reichsschlüsse also ihrer eigentlichen Entstehung und Bedeutung nach wechselseitige Verträge zwischen dem Kaiser und den gesamten Ständen"[18].

[16] Vgl. z. B. W. Ebel, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, p. 67; G. Bónis, Die ungarischen Stände in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts, in: Ständische Vertretungen in Europa im 17. und 18. Jahrhundert, ed. D. Gerhard, Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte 27, Göttingen 1969, p. 302; St. Kutrzeba, Grundriß der polnischen Verfassungsgeschichte (Historya ustroju Polski w zarysie), nach der 3. polnischen Auflage übersetzt von W. Christiani, Berlin 1912, pp. 129, 130, 171.

[17] J. Brunnemann, Examen juris germanici novissimi (1713), in: J. Chr. Lünig, Das Teutsche Reichs-Archiv I 2, Leipzig 1719, p. 6. Der Vertragscharakter wurde auch dann bejaht, wenn die Formel „wir gebieten und wollen" in den Reichsabschieden gebraucht war; vgl. Brunnemann, Examen, p. 7.

[18] J. Chr. Majer, Teutsches weltliches Staatsrecht I, Leipzig 1775, p. 450. Zur häufig vertretenen Ansicht über die Doppelnatur der Reichsabschiede als Vertrag und als Gesetz

Daraus wird eine gewisse Parteienkonstellation der an der Gesetzgebung Beteiligten offenbar. Auf der einen Seite steht der Träger der Gesetzgebungsgewalt, nämlich der Kaiser, König, Landesherr usw. Auf der anderen Seite stehen die Stände, die als geborene Ratgeber des Regenten in den ständischen Korporationen zusammengeschlossen sind (Reichstage, Landschaften, Landschaftstage, États Généraux, États Provinciaux, Cortes, Landstinge, Sejm usw.). Das Steuerbewilligungsrecht haben sich die Stände in Europa auch noch teilweise bis in den Hochabsolutismus erhalten können[19]. Das ist ihre politische Stärke, die den Souverän zur Rücksichtnahme auf die ständischen Rechte zwingt. In den einzelnen europäischen Staaten sind die Mitwirkungsrechte der Stände an der Gesetzgebung des Herrschers in den Ständekorporationen unterschiedlich groß. Sie reichen vom Initiativrecht über die einfache Anhörung bis zur Zustimmung als Gültigkeitsvoraussetzung, die z. B. im deutschen[20], schwedischen[21] und in der Regel im ungari-

(„... et leges esse, et contractus vim habere, ... Neque novum est, utramque vim contractus et legis, uni negotio tribui ...") vgl. E. Mauritius, De imperii recessibus. Von Reichsabschieden. Dissertatio iuris publici, editio nova, Lipsiae 1746, p. 55.

[19] D. Gerhard, Probleme ständischer Vertretungen im frühen achtzehnten Jahrhundert und ihre Behandlung in der gegenwärtigen internationalen Forschung, in: Ständische Vertretungen in Europa im 17. und 18. Jahrhundert, ed. D. Gerhard, Göttingen 1969, pp. 25, 26; G. Bónis, Die ungarischen Stände in der ersten Hälfte des 18. Jhs., in: Ständische Vertretungen, p. 303; St. Kutrzeba, Grundriß der polnischen Verfassungsgeschichte, p. 169; R. Vierhaus, Ständewesen und Staatsverwaltung in Deutschland im späteren 18. Jahrhundert, in: Dauer und Wandel der Geschichte, Festgabe für K. v. Raumer, ed. R. Vierhaus und M. Botzenhart, Münster 1966, pp. 347, 348, 351; über „Le rôle financier des Etats en France" vgl. die Aufsatzfolge in: Etudes sur l'histoire des assemblées d'états. Travaux et recherches de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris, série „Sciences Historiques", No 8, Préface de F. Dumont, Paris 1966, pp. 95—222; auch in Schweden ist z. B. durch das „allmän Fundamental Lag" vom 2. Mai 1720 — die „Kongl. Maj:ts och Riksens Ständers Faststelte Regerings-Form" — das Steuerausschreibungsrecht des Königs ausdrücklich an die Zustimmung der schwedischen Reichsstände gebunden (Art. V), in: Alla Riksdagars och Mötens Besluth III, ed. A. A. Stiernman, Stockholm 1733, p. 2316.

[20] „Instrumentum pacis Osnaburgense" von 1648, Art. VIII § 2: „Gaudeant sine contradictione iure suffragii in omnibus deliberationibus super negotiis Imperii, praesertim ubi leges ferendae vel interpretandae, ..., nihil horum aut quicquam simile posthac unquam fiat vel admittatur, nisi de Comitiali liberoque omnium Imperii Statuum suffragio et consensu"; in: Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Reichsverfassung, ed. K. Zeumer, Tübingen 1913, Nr. 197, p. 416.

[21] „Kongl. Maj:ts och Riksens Ständers Faststelte Regerings-Form" vom 2. Mai 1720, Art. IV: „Ingen ny Lag mä stifftas och Ständerne päträngas emot deras ja, samtycke och wedertagande, ej heller nägon gammal Lag, den med goda wilja thera sägnan är, förwandlas, ändras eller affkaffas; ..."; in: Alla Riksdagars och Mötens Besluth III, p. 2315. Auf Beschluß des schwedischen Reichstags, „daß auf sämmtlichen unter dem Schwedischen Zepter stehenden Akademien das Staats-Recht des Reichs Schweden öffentlich gelehrt und der Text

schen[22] Reichstag galt und im „liberum veto" der polnischen Reichsstände[23] ihre extremste Form besaß.

In Frankreich besaßen im 16. Jahrhundert die États généraux einen bedeutenden Einfluß auf die Gesetzgebung bei der Redaktion der Coutumes und der Ordonnances[24]. In Gestalt der „cahiers de doléances" erhoben die Generalstände ihre Beschwerden und Forderungen, die teilweise direkt in den Gesetzestext übernommen wurden[25] oder doch für diesen die Grundlage bildeten, wenn auch die Entscheidung darüber allein beim König lag[26]. So konnte der Anteil der Generalstände an der Gesetzgebung sehr schwanken, wenn er auch in diesem Zeitraum immer spürbar blieb[27]. Ebenso ist der Anteil der États provinciaux an der Gesetzgebung in den französischen Pro-

der Reichs-Fundamental-Gesetze erklärt werden soll", und nach dem daraufhin ergangenen entsprechenden königlichen Befehl an die Akademie Greifswald erstellte Johann Carl Dähnert eine Übersetzung, die lautet (Art. 4): „Kein neues Gesetz mag gegeben, und den Ständen wider ihren Willen, Einstimmung und Annehmung aufgedrungen, noch ein altes mit guten Willen von denselben angenommenes Gesetz verwandelt, verändert oder abgeschafft werden . . ."; J. C. Dähnert, Des Schwedischen Reichs Grund-Gesetze. Zum Gebrauch bey seinen Akademischen Vorlesungen darüber auf höchsten Befehl aus dem Schwedischen übersetzt von . . ., Rostock 1759, Vorbericht p. III und p. 10.

[22] Vgl. G. Bónis, Die ungarischen Stände, pp. 302, 303.

[23] Vgl. St. Kutrzeba, Grundriß der polnischen Verfassungsgeschichte, pp. 172, 173, 198, 213, 218, 237. 1505 gelobte der polnische König in der Konstitution von Radom: „. . . ut deinceps futuris temporibus perpetuis nihil novi constitui debeat per Nos et successores sine communi Consiliarorum et Nuntiorum Terrestrium consensu"; zit. nach: H. Roos, Ständewesen und parlamentarische Verfassung in Polen (1505—1772), in: Ständische Vertretungen in Europa im 17. und 18. Jahrhundert, ed. D. Gerhard, Göttingen 1969, p. 355.

[24] Fr. Olivier-Martin, Histoire du droit français des origines à la Révolution, Paris 1951, p. 353; F. Declareuil, Histoire générale du droit français des origines à 1789, Paris 1925, pp. 818, 819.

[25] G. Griffiths, Representative government in western europe in the sixteenth century. Commentary and documents for the study of comparative constitutional history, Oxford 1968, p. 123.

[26] H. Regnault, Manuel d'histoire du droit français, 5e édition, Paris 1947, pp. 205, 206.

[27] Treffend umschreibt G. Griffiths, Representative governement, p. 122, diesen Tatbestand: „The legislative power of the Estates was only as great as their ability to bind the king to accept their requests." Bezeichnend für die Auffassung der Stände über das Gesetzgebungsrecht und für ihren Anspruch auf Beteiligung ist die „Instruction des gens des trois estats du royaume de France" vom 4. Januar 1577 gegenüber dem König von Navarra: „Il y a différence entre les lois du roy et du royaume. Celles-ci, d'autant qu'elles ne peuvent être faites qu'en générale assemblée de tout le royaume, avec le commun accord et consentement des gens des trois estats, ne peuvent estre changées ny innovées qu'avec l'accord et commun consentement des trois estats." Zit. nach A. Lemaire, Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime, Paris 1907, p. 105. Über den tatsächlichen Einfluß der Generalstände in Frankreich auf die Gesetzgebung vgl. auch: G. Picot, Histoire des états généraux II, Paris 1872, pp. 548, 549; III, pp. 185—193; IV, pp. 245–256.

vinzen zu beurteilen[28]. In Spanien lag die Gesetzgebung ursprünglich beim König und den Cortes[29]. Im 16. Jahrhundert schrumpfen die Mitwirkungsrechte der Cortes in der Ständeversammlung auf das Initiativrecht und das Recht auf Anhörung. Zu deren Beachtung verpflichtet sich jedoch 1525 im Königreich Kastilien der König ausdrücklich gegenüber den Cortes[30].

Die Côrtes im Königreich Portugal waren „assembleias de caracter deliberativo ou consultativo"[31], denen das Recht auf Anhörung auch bei Fragen der Gesetzgebung zustand[32]. Die Entscheidungsgewalt lag jedoch formal allein beim Regenten: „... sed Regis tantum decisio erat tam in publicis, quam in privatis negotiis"[33].

Die „bracci" im „Parlamento" des Königreichs Sizilien waren in der Regel an allen gesetzgeberischen Maßnahmen beteiligt. Alle Beschlüsse im „Parlamento" besaßen die Kraft eines Gesetzes, soweit die Zustimmung des Königs vorlag: „Ciò che si decreta nel Parlamento, concorrendo il consenso reale, ha vigore di legge: che lega tutti gli abitanti del Regno, nè si può rivocare se non in altro Parlamento"[34].

In den 17 Provinzen der Niederlande ist die Mitwirkung der États généraux bei der Homologation und Redaktion der Coutumes und Ordonnances noch geringer als die der Generalstände in Frankreich[35]. Der Anteil der Generalstände am Gesetzgebungsverfahren bestand in einer gelegentlichen – keineswegs regelmäßigen – Anhörung durch den Regenten. Die États généraux sind ein „organe consultatif", dessen Meinung den Souverän nicht band[36]. Jedoch war der Regent bei der Gesetzgebung zur Beachtung der Pri-

[28] Vgl. z. B. H. Prentout, Les états provinciaux de Normandie II, Caen 1926, p. 514.

[29] R. Gibert, Historia general del derecho Español, Granada 1968, pp. 220, 330; A. García Gallo, Curso de historia del derecho Español I, Madrid 1950, pp. 250, 353.

[30] „Porque los Procuradores de Córtes, que vienen por nuestro mandado, procuran nuestro servicio y bien de nuestros Reynos, somos tenudos de los oir benignamente, y rescebir sus peticiones, asi generales como especiales, y les responder á ellas, y los cumplir de justicia ..."; zit. nach G. Griffiths, Representative government, p. 41.

[31] R. Ribeiro, Historia do Direito Portuguez, Lisboa 1923, pp. 469, 470.

[32] „Potest vero princeps, imo et debet in rebus praecipue novis constituendis subjectos audire, quin aliquid de suprema sua Postestate remittere videatur"; Melo Freire, Institutiones juris civilis Lusitani cum publici tum privati I, editio quinta, Conimbricae 1859, p. 14.

[33] Melo Freire, Institutiones, p. 14.

[34] A. Mongitore, Parlamenti Generali del Regno di Sicilia dall' anno 1446 sino al 1748, ristampati colle addizioni, e note del Francesco Serio e Mongitore I, Palermo 1749, p. 81; G. Griffiths, Representative government, pp. 81–84.

[35] Vgl. J. Gilissen, Introduction historique au droit civil. Première partie: Histoire de sources du droit, 2e édition, Bruxelles 1965, p. 140.

[36] J. Gilissen, Le Régime représentatif avant 1790 en Bélgique, Bruxelles 1952, p. 109.

vilegien und Coutumes der Stände und Landschaften eidlich verpflichtet. Erst seit der Selbständigkeit der Vereinigten Niederlande („Provinces-Unies") im Jahre 1585 besitzen die Generalstände der sieben Provinzen das Gesetzgebungsrecht[37]. In den südlichen Provinzen der spanischen Niederlande bleibt es bei der geschilderten Situation.

Auch im Königreich Dänemark waren die Stände in den Landstingen noch bis in das 16. Jahrhundert an der Gesetzgebung beteiligt. 1547 war z. B. das Landrecht Fünen aus der Ständeversammlung hervorgegangen[38].

In der Auseinandersetzung zwischen Ständen und Herrscher bilden die sogenannten „leges fundamentales" in allen europäischen Staaten ein wichtiges Element fürstlicher Machtbeschränkung und ständischer Rechtesicherung. Das gilt gerade auch im Hinblick auf die ständischen Mitwirkungsrechte bei der Gesetzgebung. Die Begriffe „Reichsgrundgesetze"[39] und „Landesgrundgsetze"[40] im Reich und in den deutschen Territorien, „lois fondamentales" [41] in Frankreich, „leyes fundamentales"[42] in Spanien, „fundamental law(s)"[43] in England, „prawa kardinalne"[44] in Polen, „lex status fundamentalis"[45] und „leis fundamentais"[45a] in Portugal, „decreta regni"[46] in Ungarn,

[37] J. Gilissen, Les phases de la codification et de l'homologation des coutumes dans les XVII provinces des Pays-Bas, in: Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis XVIII (1950), p. 271.

[38] P. J. Jørgensen, Dansk Retshistorie, 3. Oplag, København 1965, pp. 33, 44, 47, 79, 498—505; vgl. auch D. Gerhard, Probleme des dänischen Frühabsolutismus, in: Dauer und Wandel der Geschichte, ed. R. Vierhaus und M. Botzenhart, Münster 1966, p. 280.

[39] Der Begriff findet sich in der Gesetzessprache des Reiches erstmals in der Wahlkapitulation Ferdinands III. von 1636 (Art. XIV.). 1648 heißt es im „Instrumentum Pacis Osnaburgense" (Art. XVII § 2): „leges et constitutiones fundamentales Imperii"; vgl. H. Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte II, Karlsruhe 1966, p. 360.

[40] „Unter Landesgrundgesetzen verstehen wir die durch verbindliche Handlungen festgesetzten Bestimmungen der gegenseitigen Rechte und Pflichten teutscher Landesregenten und ihrer Unterthanen"; so z. B. die Definition von C. F. Häberlin, Repertorium des Teutschen Staats und Lehnrechts III, Leipzig 1793, p. 15.

[41] J. Gentillet, Discours sur les moyens de bien gouverner et maintenir en bonne paix un royaume ou autre principauté ... contre Nicolas Machiavel Florentin, o. O. 1579, p. 47 rechnet zu den „lois fondamentales" ausdrücklich auch die Verpflichtung des Herrschers, die Existenz der Stände zu wahren. Vgl. auch A. Lemaire, Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime, Paris 1907; H. Quaritsch, Staat und Souveränität, Band I: Die Grundlagen, Frankfurt 1970, pp. 347 ss.

[42] A. X. Perez y Lopez, Teatro de la legislación universal de España é Indias XIX, Madrid 1797, p. 106.

[43] J. W. Gough, Fundamental law in english constitutional history, Oxford 1961, pp. 12 ss.; D. L. Reir, The constitutional history of modern Britain since 1485, 7. edition, London 1964, pp. 213, 227.

[44] St. Kutrzeba, Grundriß der polnischen Verfassungsgeschichte, pp. 197, 198, 208—210.

[45] Melo Freire, Institutiones iuris civilis Lusitani, I, p. 12.

„Fundamental Lag"[47] in Schweden, „Fundamental lov"[48] in Dänemark, „fundamentele Wetten"[49] in den Niederlanden sowie „leges fundamentales" in allen übrigen Staaten[50] haben diese Bedeutung. Sie stellen zumeist eine zwischen Ständen und Herrscher vertraglich begründete Rechte- und Pflichtengarantie dar[51], wie sie z. B. in den Wahlkapitulationen[52] besonders deutlich erkennbar werden. So zeigen die „leges fundamentales" im Europa des Ancien Régime auf der Grundlage der ständischen Gliederung nicht nur inhaltlich als gemeinsames Element den Versuch bindender fürstlicher Machtbeschränkung und ständischer Rechtesicherung, sondern offenbaren auch im Begrifflichen eine europäische Gemeinsamkeit. Die Einhaltung dieser grundgesetzlichen Bestimmungen war in den einzelnen Staaten sehr unterschiedlich und hing in der Regel von der jeweiligen Machtkonstellation zwischen den beiden Parteien ab.

Fast überall setzt sich jedoch der Souverän gegenüber der ständischen Opposition durch[53]. Das zeigen die Beispiele im spanischen Neapel, in Por-

[45a] M. P. Merêa, Resumo das Lições de Historia do Direito Português, Coimbra 1925, pp. 167—174.

[46] A. v. Timon, Ungarische Verfassungs- und Rechtsgeschichte, 2. Aufl., nach der 3. Aufl. übersetzt von F. Schiller, Berlin 1909, p. 639.

[47] So ist z. B. die „Kongl. Maj:ts och Riksens Ständers Faststelte Regerings-Form" vom 2. Mai 1720 durch das Proömium selbst als „allmän Fundamental Lag" definiert.

[48] K. Fabricius, Kongeloven, København 1920, p. 306. Nach dem Proömium der „Lex Regia" vom 14. November 1665 ist diese „ein Fundamental = das ist unveränderliches Grundgesetz"; zit. nach der deutschen Übersetzung in: L. Wienbarg, Das dänische Königsgesetz oder das in Dänemark geltende Grundgesetz, Hamburg 1847, pp. 87. 88.

[49] Dazu zählt zuerst die „Pacificatie van Gent" vom 8. November 1576, in: Groot Placaet-Boek, vervattende de Placaten ... By een gebracht door Mr. Cornelis Cau, I, s'Graven-Hage 1658, col. 1 ss., dort veröffentlicht unter dem „eersten tytel, vervattende de fundamentele Wetten der Regieringe vande vereenichde Nederlantsche Provincien in't Generael: ...".

[50] Vgl. Ph. J. Treutler, Disputatio politica de statu et formis rerumpublicarum, Basileae 1609, Kap. VI.

[51] Th. Hobbes leugnet z. B. — folgerichtig entsprechend seiner Staatslehre — die Gegenseitigkeit der Verpflichtungen zwischen Ständen und Herrscher und kennt nur Pflichten der Untertanen: „For a Fundamentall Law in every Common-wealth is that, which being taken away, the Common-wealth faileth, and is utterly dissolved; as a building whose Foundation is destroyed. And therefore a Fundamentall Law is that, by which Subjects are bound to uphold whatsoever power is given to the Souveraign, ..."; Th. Hobbes, Leviathan, or the Matter, Forme, and Power of a Common-Wealth ecclesiasticall and civill, London 1651, p. 150, (Part 2, Chap. 26).

[52] Vgl. G. Kleinheyer, Die kaiserlichen Wahlkapitulationen — Geschichte, Wesen und Funktion —, Karlsruhe 1968, pp. 123—125.

[53] Zur Gesamtbeurteilung dieser Zeit vgl. auch F. Wagner, Europa im Zeitalter des

tugal, wo die Côrtes 1697 zum letzten Male zusammentraten[54], in Brandenburg unter dem Großen Kurfürsten, in Ungarn mit der Einrichtung der ungarischen Erbkrone von 1687[55], im Schweden Karls XI. und Karls XII.[56] sowie in Frankreich, wo die Generalstände seit 1614 nicht mehr zusammentraten, sowie die Ausschaltung aller ständischen Rechte durch die „lex regia" von 1665 in Dänemark[57]. In den siebzehn Provinzen der Niederlande tagen die Generalstände seit 1630 nicht mehr. Nur in den sieben Provinzen der Vereinigten Niederlande (1579) steht die Gesetzgebungsgewalt den einzelnen Provinzialständen zu[58]. Auch in Spanien, wo die Gesetzgebung ursprünglich durch den König und die Cortes gemeinsam ausgeübt wurde, erläßt der König seit dem 17. Jahrhundert immer mehr Gesetze aus alleiniger Machtvollkommenheit unter Ausschluß der Cortes. Ab 1707 werden die Cortes von Aragón, Valencia und Katalonien aufgelöst. Die Cortes von Madrid bleiben weitgehend auf die Huldigung und deklatorische Funktionen beschränkt[59]. In Ungarn schrumpfen das Zustimmungsrecht und Initiativrecht der Stände im Reichstag gegenüber dem König bei der Gesetzgebung, wie sie noch Werböczy 1514 im Tripartitum formuliert hatte[60], immer mehr zur unverbindlichen An-

Absolutismus und der Aufklärung. Die Einheit der Epoche, in: Handbuch der europäischen Geschichte IV, ed. Th. Schieder, Stuttgart 1968, pp. 80—92.

[54] R. Ribeiro, Historia do direito Portuguez, p. 495.

[55] H. Marczali, Ungarische Verfassungsgeschichte, Tübingen 1910, p. 88.

[56] Vgl. S. U. Palme, Vom Absolutismus zum Parlamentarismus in Schweden, in: Ständische Vertretungen in Europa im 17. und 18. Jahrhundert, ed. D. Gerhard, Göttingen 1969, pp. 368—397.

[57] L. Wienbarg, Das dänische Königsgesetz, p. 108 bezeichnet die „Arve-Enewalds-Akten" von 1661 und die „Lex Regia" von 1665 als „die piramidalen Kunstwerke des Absolutismus" schlechthin.

[58] Bereits im Entwurf der Bedingungen der Generalstände vom 8. Dezember 1577 für die Annahme von Erzherzog Matthias als „Gouverneur general" lag der Schwerpunkt des Gesetzgebungsrechts bei den Generalständen, ohne deren Zustimmung keine gesetzliche Anordnungen sollten getroffen werden dürfen (Art. VIII): „Ledict Gouverneur et conseil ne feront chose dimportance et qui concerne la generalite assavoir aides et levees de deniers romptures de guerre ou de paix alliances et confederations avecq princes ou peuples estrangiers ou aultres semblables sans consentement des Estatz generaulx mesmes ne fera aucuns placcartz ordonnances importantes aulcune nouvelle coustume et Usance generalle sans en avoir ladvis et accord des Estatz sur et legittiment assamblez respectivement en chascune province selon les fachons et coustumes dicelles mesmes des Estatz generaulx si besoing est." Zit. nach G. Griffiths, Representative government, p. 465.

[59] Vgl. R. Krebs, Die iberischen Staaten von 1659 bis 1788, in: Handbuch der europäischen Geschichte IV, p. 559.

[60] Pars II, Tit. 3, § 3: „Attamen Princeps, proprio motu, et absolute, potissimum super rebus juri Divino, et naturali praejudicantibus, atque etiam vetustae libertati totius Hungaricae gentis derogantibus; constitutiones facere non potest: Sed accersito, interrogatoque

hörung oder Beratung[61]. Maria Theresia z. B. beruft keinen Reichstag mehr ein[62].

Im Gegensatz zu den États Généraux haben sich die États Provinciaux in Frankreich ihre Unabhängigkeit und Selbständigkeit überwiegend bis in das 18. Jahrhundert erhalten können[63]. Das zeigt sich auch an der Gesetzgebung in den französischen Provinzen. In den deutschen Territorien sind der Beteiligungsgrad und die Beteiligungsform der in den Landtagen vereinigten Landstände sehr unterschiedlich. Sie lassen sich auf keinen einheitlichen Nenner bringen. Die Reichspublizistik vertrat im 18. Jahrhundert überwiegend die Auffassung, daß dort, wo die Landstände noch existieren, sie auch in allen Gesetzgebungsfragen ein Anhörungsrecht besitzen. Griff jedoch das geplante Gesetz in den überkommenen Bestand der ständischen Rechte aus Privilegien, Verträgen und Gewohnheiten ein, sollte die Gültigkeit des Gesetzes allein von der Zustimmung der Landstände abhängig sein[64]. Lediglich im Mecklenburgischen Erbvergleich von 1755 erhielt dieser Grundsatz eine verfassungsmäßig bindende, vertragliche Form (§ 198)[65]:

> „Im letzteren Fall aber, da die zu erlassende Verordnung der Gerechtsamen Unserer Ritter- und Landschaft entgegen lauffen, oder von deren Minder- oder Abänderung die Frage seyn sollte, wollen und sollen Wir und Unsere Nachkommen ohne Unserer Ritter- und Landschaft ausdrückliche Bewilligung nichts verhängen."

populo; Si eis tales leges placeant, an ne? qui cum responderint, quod sic; tales postea sanctiones (salvo semper Divino, naturalique iure) pro legibus observantur." Zit. nach: Corpus juris Hungarici, seu Decretum generale inclyti Regni Hungariae . . ., Pars I, Budae 1779, p. 54.

[61] Mitte des 18. Jahrhunderts lautet z. B. eine Kommentierung des Tripartitum zu dem in Note 60 zitierten Text unter anderem: „Est proinde penes Principem nostrum absoluta Potestas, ex oblatis per Regnicolas Diaetaliter conclusis Articulis, aliquos acceptandi, proque Legibus positivis promulgandi, alios vero rejiciendi, cassandi, et abolendi. Uti factum . . . Quare bene Werböczius ait: Decreta Regni nostri, magis Principis, quam populi Statuta esse nominanda." Vgl. R. P. J. Szegedi, Tripartitum Juris Hungarici Tyrocinium, iuxta ordinem titulorum operis Tripartiti, Sacris Canonibus accomodatum, Tyrnaviae 1751, p. 253.

[62] H. Marczali, Ungarische Verfassungsgeschichte, p. 106.

[63] Vgl. D. Gerhard, Probleme ständischer Vertretungen im frühen achtzehnten Jahrhundert und ihre Behandlung in der gegenwärtigen nationalen Forschung, in: Ständische Vertretungen in Europa, pp. 19, 20 und die dort Zitierten; für das 16. Jahrhundert vgl. G. Griffiths, Representative government, p. 212.

[64] J. J. Moser, Von der Landeshoheit im Weltlichen; und zwar: Von der Landeshoheit in Regierungssachen überhaupt, Franckfurt und Leipzig 1772. — Neues Teutsches Staatsrecht XVI, 1 —, Repr. Osnabrück 1967, pp. 305—315.

[65] Zit. nach J. J. Moser, Von der Landeshoheit in Regierungssachen, p. 377.

Im übrigen blieb in der Praxis auch die Beteiligung der Landstände eine Machtfrage zwischen Landesherrn und Ständen sowie ein Aspekt politischer Opportunität, die eine allgemeinverbindliche Regelbildung im vorkonstitutionellen Staat nicht zuließen, – ja geradezu verhinderten. Die grundsätzlich ungeteilte Gesetzgebungshoheit der Territorialherren wurde in der Theorie jedenfalls nicht in Frage gestellt.

Mit der Zurückdrängung des ständischen Einflusses, der in ganz Europa zu beobachten ist, deutet sich eine neue Phase in der Gesetzgebung an. Die ungeminderte Mitwirkung der Stände im deutschen, schwedischen, polnischen Reichstag sowie in den Vereinigten Niederlanden bildet – von der Sonderentwicklung in England einmal abgesehen[66] – hier die Ausnahme. Die ständische Mitwirkung hat dabei zumeist eine Schwerfälligkeit des Gesetzgebungsverfahrens sowie eine zeitweise Stagnation der Gesetzgebungstätigkeit überhaupt zur Folge. Das war der Preis für die Sicherung des ständischen Rechtsbestands im politischen Bereich, was sich besonders vom deutschen Reichstag und polnischen Sejm sagen läßt[67].

II.

Noch im 16. Jahrhundert war die Ansicht lebendig, daß die vernünftige Einsicht des Gesetzgebers die eigentliche rechtsschöpferische Kraft sei, die sich in der Übereinstimmung des Gesetzesinhalts mit der Idee der Gerechtigkeit zeige[68]. Mit Beginn des 17. Jahrhunderts – den absolutistischen Staat begleitend und fördernd – setzt sich jedoch die Auffassung durch, daß der souveräne Wille des Herrschers die wahre Substanz des Gesetzes bilde und daß die bindende Kraft des Gesetzes allein aus dem Befehl des Herrschers herrühre. Erst in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts wird diese An-

[66] J. Hatschek, Englische Verfassungsgeschichte, pp. 204 ss., pp. 220 ss.; Sh. Lambert, Bills and acts. Legislative procedure in 18th century England, Cambridge 1971.

[67] Vgl. die bezeichnende Erklärung von J. Chr. Majer, Teutsches weltliches Staatsrecht II, Leipzig 1775, p. 4: „Es ist nicht wohl eine Staatsverfassung zu erdenken, worinn, neben dem unversehrt gelassenen Ansehen der Majestät des Oberhaupts, die Freyheit der ihr untergeordneten Glieder sicherer gestellt ist, als in dem römischen teutschen Reiche. Aber dagegen muß man es sich auch um so weniger befremden lassen, wenn man den Gang der öffentlichen Reichsgeschäfte ... ungleich langsamer, als in irgend einem andern der Europäischen Staaten, den Pohlnischen ausgenommen, antrift, ...".

[68] Vgl. z. B. Istvan Werboeczy's „Tripartitum opus iuris consuetudinarii inclyti regni Hungariae" von 1514 (Prolog, Titel 6, § 3): „Lex est recta ratio, ab aequitate tracta, jubens honesta, et vetans inhonesta."

schauung von der Theorie des abstrakten Vernunftrechts überwunden, die das positive Gesetz als eine Art „Ausführungsverordnung" zum Naturrecht[69] interpretiert und die ihren besonderen Ausdruck in der Kodifikationsbewegung findet[70].

Die Theorie, daß allein der Wille des Gesetzgebers das Gesetz bilde, wird dabei zum entscheidenden Fundament für den Machtanspruch des europäischen Herrschers im Absolutismus.

In diese Richtung deutet Donellus:

> „Non enim lex est, quod scriptum est, sed quod legislator voluit, quod iudicio suo probavit et recepit, et hac solum de causa leges nos tenent."[71]

Loysel kleidet diese Theorie in die berühmte Formel:

> „Qui veut le Roi, si veut la Loi."[72]

Mit einer besonders prägnanten Formulierung umschreibt z. B. in Deutschland Lauterbach diesen Tatbestand:

> „Forma dat esse rei. Voluntas legislatoris dat esse legi, et ipsius voluntas est forma."[73]

Darin drückt sich ein Zweifaches aus, daß nämlich die voluntas legislatoris sowohl den Willen zum Inhalt als auch zur Form des Gesetzes umfaßt. Mit der Verabsolutierung des Willens des Gesetzgebers zum Gesetz war auch das Fundament geschaffen, daß der jeweilige Willensträger zur ausschließlichen Quelle allen Rechts werden konnte. Im Absolutismus ist das der Alleinherrscher, dessen majestas, plenitudo potestatis oder souveraineté bevorzugt im ungeteilten Gesetzgebungsrecht verkörpert ist. Das gilt für alle Staaten des monarchischen Absolutismus: „Dans les Etats monarchiques, tels que la France, . . . la volonté seule du Prince fait la Loi . . ."[74].

[69] Vgl. O. v. Gierke, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, 5. Auflage, Aalen 1958, pp. 280, 281.

[70] Für die Kodifikationsbewegung speziell in Frankreich im 18. Jahrhundert vgl. z. B. W. Wilhelm, Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich im 17. und 18. Jahrhundert, in: Ius Commune I, Frankfurt 1967, pp. 252—270.

[71] H. Donellus, Commentariorum iuris civilis libri vigintiocto, Hanoviae 1612, p. 17 nr. 40.

[72] Institutes Coutumières d'Antoine Loysel I, ed. M. Dupin et M. E. Laboulaye, Paris 1846, p. 26.

[73] W. A. Lauterbach, Collegii theorico-practici, a libro primo Pandectarum usque ad vigesimum, pars prima, Tubingae 1707, p. 64.

[74] M. Prevôt de la Jannés, Les principes de la jurisprudence françoise I, nouvelle édition, Paris 1759, p. 2.

In diesem Sinne bestimmt Cardin le Bret 1632 in seinem Traktat *De la souveraineté du Roy* die königliche Herrschergewalt:

> „Mais l'on demande, si le Roy peut faire et publier tous ces changemens de Loix et d'Ordonnances, de sa seule authorité, sans l'aduis de son Conseil, ny de ses Cours souueraines. A quoi l'on respond, que cela ne reçoit point de doute, pource que le Roy est seul Souverain dans son Royaume; et que la souveraineté n'est non plus divisible, que le poinct en la geometrie."[75]

Darin äußert sich der Machtanspruch des absoluten Monarchen, alleinige Rechtsquelle zu sein, so viele Schattierungen die Praxis im einzelnen auch zeigen mag. Freilich verzichtet auch die Theorie häufig nicht auf den Hinweis, daß es dem weisen Regenten und guten Fürsten dennoch gut anstünde, bei der Ausübung des Gesetzgebungsrechts die ständischen Gremien und offiziellen Berater der Krone hinzuzuziehen. Zur Begründung dieser Ansicht berief man sich[76] auf den entsprechenden Grundsatz in Codex 1.14.8[77]. Damit war jedoch nur eine auf das Herrscherethos zielende unverbindliche Empfehlung ausgesprochen, die keinen Anspruch auf Beteiligung an der Gesetzgebung begründete.

Bei den spanischen Spätscholastikern, wie z. B. bei Francisco Suarez, ist die Bindungskraft des Gesetzes noch auf zwei Elemente gestützt, nämlich neben dem voluntaristischen noch auf ein moralisches:

> „Primum patet, quia obligatio est effectus moralis et voluntarius principi ... Secundum autem patet, quia supponimus in legislatore potestatem ad obligandum; ergo si habeat etiam voluntatem obligandi, nihil aliud ex parte voluntatis requiri potest."[78]

Letztlich dominiert aber auch hier die „voluntas":

[75] Cardin le Bret, De la souveraineté du Roy, livre I, chapitre IX, in: Les œuvres de Messire Cardin le Bret, Paris 1635, p. 34.

[76] Vgl. z. B. C. le Bret, De la souveraineté, p. 34; M. Voets, Historia juris civilis juliacensium et montensium, Dusseldorpii 1693, p. 43; C. Ziegler, De juribus majestatis tractatus academicus, Wittenbergae 1681, p. 501.

[77] Codex 1. 14. 8: „Humanum esse probamus, si quid de cetero in publica vel in privata causa emerserit necessarium, quod formam generalem et antiquis legibus non insertam exposcat, id ab omnibus antea tam proceribus nostri palatii quam gloriosissimo coetu vestro, patres conscripti, tractari et, si universis tam iudicibus quam vobis placuerit, tunc allegata dictari et sic ea denuo collectis omnibus recenseri et, cum omnes consenserint, tunc demum in sacro nostri numinis consistorio recitari, ut universorum consensus nostrae serenitatis auctoritate firmetur."

[78] Francisco Suarez, Tractatus de legibus, liber I, cap. IV, nr. 8 und 9, p. 23.

„Est ergo secunda opinio principalis affirmans, legem esse actum voluntatis legislatoris."[79]

Das bleibt die Grundregel im Ancien Régime. Neben der Form bestimmt der Wille des Gesetzgebers auch den Geist des Gesetzes und das Maß seiner Bindungskraft: „Ad quod resolvendum observa: animam Legis, et mensuram obligationis ex ea ortae, esse ipsum Legislatoris voluntatem."[80] Im allgemeinen wird auch immer in der abstrakten Bezeichnung des „legislator", der bei Vorliegen ständischer Beteiligungsrechte ja auch aus einer Personenmehrheit bestehen kann, die Person des Alleinherrschers gesehen: „Quippe quae omnia non nisi voluntate Domini Terrae tanquam Legislatoris vim legum et auctoritatem accipiunt."[81] Alle von der Willensmacht des Regenten nicht gedeckten Regelungen besitzen auch keinen Gesetzesrang und können diesen erst erlangen durch den Willen des Souverains:

> „Eine privilegierte Gesellschaft macht ihre Sazzungen, und der Rechtsgelehrte entwirft ein Gesez, er beweißt auch dessen Notwendigkeit und Nuzzen, aber erstere sind nur Verträge, und letztere sind nichts anders als Lehrbegriffe; beide bleiben ohne bürgerliche Wirksamkeit, wenn sie die Majestät nicht mit einer Verbindlichkeit bewafnet; ... Ich weis zwar wol, daß der Redegebrauch älterer und neuerer Zeiten, auch andere Personen mit dem Namen des Gesetzgebers beehrt; es kan sich aber diese Benennung auf weiter nichts beziehen, als auf den Entwurf der Vorschrift, und diese wird erst zum Gesez durch den Willen des Souverains."[82]

Die Verkörperung des Herrscherwillens in dem Gesetz und durch das Gesetz erstreckt sich dabei nicht nur auf die materielle Regelung selbst, sondern sogar auch auf das Proömium des Gesetzes, dem daher für die Interpretation des Gesetzes und seiner Intention besondere Bedeutung zukommt:

> „Die Vorrede des Gesetzbuchs muß allgemeine Regeln in sich fassen, die dessen Auslegung und Anwendung erläutern. Der Souverain glaubt diesen

[79] F. Suarez, Tractatus de legibus, lib. I, cap. V, nr. 8, p. 26.

[80] St. Huszty, Juris prudentia practica seu commentarius novus in Jus Hungaricum compositus a . . ., liber primus, Agriae 1794, p. 34.

[81] D. H. Kemmerich, Introductio ad jus publicum Imperii Romano-Germanici II, editio secunda, Francofurti et Lipsiae 1744, p. 1447; vgl. weiterhin z. B. K. A. Frhr. von Martini, Allgemeines Recht der Staaten, Wien 1788, p. 31: „Der hinreichend kundgemachte Wille eines Regenten, nach welchem die Unterthanen ihre Handlungen einrichten sollen, ist ein Gesetz in der engeren Bedeutung."

[82] D. H. G. Scheidemantel, Das Staatsrecht nach der Vernunft und den Sitten der vornehmsten Völker, Jena 1770, p. 166.

> Unterricht der Aufmerksamkeit oder der Schüchternheit seiner Gerichtspersonen schuldig zu seyn, damit er so viel möglich die Gewisheit seines Willens erkläre."[83]

Als Vorbild, Begründung und Stütze für diese Auffassung vom Gesetz als Ausdruck und Verkörperung des Herrscherwillens dienen das römische und kanonische Recht. Diejenigen Bestimmungen des Corpus iuris civilis, die die rechtsschöpferische Allgewalt der römischen Kaiser sowie der staatlichen Autorität schlechthin begründen und erklären, werden für die Konsolidierung und Zentralisierung der absoluten monarchischen Herrschergewalt im Ancien Régime von der Theorie nutzbar gemacht[84]. So hat die Aufnahme des römischen Staatsrechts besonders den Souveränitätsbegriff und den Anspruch des europäischen Königtums und der deutschen Territorialfürsten auf ein Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsmonopol dauernd unterstützt[85]. Am häufigsten findet sich die Bezugnahme auf Digesten 1.4.1[86]:

> „Quod principi placuit, legis habet vigorem."

Der Herrscher allein ist die Quelle allen Rechts. Er setzt das Recht durch die Kundgabe seines Willens. Der Rückgriff auf die sinngleiche Stelle in den Institutionen 1.2.6 erlaubte es darüber hinaus, der Vielzahl begrifflicher Äußerungsformen des Herrscherwillens den Rang eines Gesetzes zuzumessen:

> „Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem, cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem ‚concessit'. Quodcumque igitur imperator per epistulam constituit vel cognoscens decrevit vel edicto praecepit, legem esse constat: haec sunt, quae constitutiones appellantur."[87]

Auch im Bereich des kanonischen Rechts führt die Voluntas-Theorie im Mit-

[83] D. H. G. Scheidemantel, Das Staatsrecht, p. 228.

[84] Vgl. C. J. Friedrich, Der Verfassungsstaat der Neuzeit, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1953, pp. 14, 15; G. Astuti, La formazione dello stato moderno in Italia I, Corsi Universitari, Torino 1957, pp. 165, 166.

[85] F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Auflage, Göttingen 1967, pp. 135, 136; H. Coing, Römisches Recht in Deutschland, in: IRMAE, Pars V, 6, Milano 1964, pp. 30—44.

[86] Vgl. J. Bodin, De republica libri sex, editio sexta, Francofurti 1622, lib. I, cap. 10, p. 242; A. Loysel, Institutes coutumières I, livre I, titre 1, nr. 19, p. 27; G.-J. de Ferriere, Dictionnaire de droit et de pratique II, nouvelle édition, Paris 1762, p. 165.

[87] Zur Begründung des Gesetzes als Herrscherwille werden auch die Novellen 105. 2. 4 in fine herangezogen: „Omnibus enim a nobis dictis imperatoris excipiatur fortuna, cui et ipsas deus leges subiecit, legem animatam eum mittens hominibus . . .".

telalter zur Begründung des Papalsystems mit der Verabsolutierung des päpstlichen Willens und der päpstlichen Machtvollkommenheit. In diesem Sinne führt 1271 Durantis in seinem *Speculum iuris*[88] aus:

> „Habet etiam papa plenitudinem potestatis, ad quam vocatus est. Alii vero in partem solicitudinis sunt vocati, ... et dummodo contra fidem non veniat, in omnibus, et per omnia potest facere et dicere quicquid placet, auferendo etiam ius suum cui vult: quia non est qui ei dicat ... Nam et apud eum est pro ratione voluntas, et quod ei placet, legis habet vigorem. instit. de iure nat. § sed et quod principi. Potest etiam omne ius tollere et de iure supra ius dispensare ... Item non habet superiorem, ... Sed ipse super omnes est: nec potest ab aliquo iudicari ... et habet in terris plenitudinem potestatis."

Auch hier ist Bezug genommen auf Inst. 1.2.6. Das ist überall dort zu beobachten, wo es um die Begründung einer zentralen Alleinentscheidungsgewalt geht: „Nota quanta est potestas principis, ut in eo sit voluntas pro ratione, inst. de iure naturali. § sed quod principi. Nec etiam est aliquis qui dicat contra hoc ..."[89]. Auch wenn hier offenbar vor allem von der päpstlichen Gewalt die Rede ist, so ist diese jedoch für die Kirche die gleiche wie die weltlich-kaiserliche für das Reich. Der Wille des geistlichen Herrschers bleibt jedenfalls – ebenso wie der des weltlichen Herrschers – auch noch im Ancien Régime neben dem Promulgationserfordernis das konstituierende Merkmal für die Entstehung und Bindungskraft eines kirchlichen Gesetzes: „Obligatio legum ecclesiasticarum voluntate Superioris constituitur."[90]

Äußerer Ausdruck für die Willensmacht des Herrschers als Geltungsgrund für das Gesetz im weltlichen wie im geistlichen Bereich werden die im Mittelalter gebräuchlichen Formeln „ex certa scientia", „motu proprio" und besonders „plenitudo potestatis"[91]. Es bezeichnet die Kontinuität der Ent-

[88] D. G. Durandi, Speculum juris, nunc supra omnes alias editiones, variis ... additionibus et quaestionibus illustratum, ... auctore A. de Nevo, pars I et II, Francofurti 1612, lib. I, partic. 1, de legato 6. § Nunc, nr. 51, 52, p. 48.

[89] So die Stimme eines Dekretalisten im Apparatus über die Dekretalen Gregors IX., zit. nach G. Post, Ratio publicae utilitatis, ratio status, and „reason of state", 1100—1300, in: Studies in medieval legal thought, Princeton/New Jersey 1964, p. 302 n. 132.

[90] G. L. Boehmer, Principia iuris canonici speciatim iuris ecclesiastici publici et privati, editio tertia, Gottingae 1774, p. 144.

[91] U. Nicolini, La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità, Milano 1952, pp. 173—178; G. Astuti, Formazione dello stato moderno I, p. 170; G. Post, Ratio publicae utilitatis, pp. 266—269; S. Mochi Onory, Fonti canonistiche dell'idea moderna dello stato, (Imperium spirituale — iurisdictio divisa — sovranità). Pubblicazioni dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, nuova serie volume XXXVIII, Milano 1951, pp. 143 ss., pp. 234 ss., pp. 271 ss.; L. de Luca, La nozione della legge nel decreto di Graziano: Legalità

wicklung, wenn diese Formeln stufenweise und sprachlich abgewandelt zum festen Bestandteil der weltlichen Kanzleipraxis bei der Ausfertigung der Gesetze im Ancien Régime werden. Das Vorbild der überkommenen mittelalterlichen Urkundenpraxis lebt weiter. Diese Entwicklung ist am Beispiel der königlichen Kanzleipraxis in Frankreich besonders eindrucksvoll zu beobachten[92]. Seit dem 14. Jahrhundert sind hier die Formeln zu finden: „car ainsi le voulons-nous", „car ainsi nous plait et le voulons estre fait" und „de nostre certaine science et de nostre plaine puissance et autorité royale". Seit dem 15. Jahrhundert werden die Formeln „car ainsi nous plait il être fait" und besonders seit Karl VIII. „car tel est nostre plaisir"[93] zum festen Bestandteil der Gesetzesurkunden, mit denen diese die königlichen Gebote als Ausdruck des königlichen Willens begründen. So schließt z. B. das Proömium der berühmten *Ordonnance civile touchant la reformation de la justice* – von Ludwig XIV. 1667 verkündet – mit den Worten des Gebots:

> „A ces causes, de l'avis de notre conseil et de notre certaine science, pleine puissance et autorité royale, nous avons dit, déclaré et ordonné, disons, déclarons, ordonnons et nous plaît ce qui ensuit."[94]

In ähnlicher Weise werden häufig die Leyes der spanischen *Nueva Recopilación* von 1567 und *Novísima Recopilación* von 1805 mit den Formeln „Porque nuestra intención y voluntad es ..." sowie „porque esta es nuestra determinada voluntad" eingeleitet und abgeschlossen. Vorgeprägt finden sich diese Formeln bereits in „Epilogus" und „Praefatio" der kaiserlichen Novellen des Corpus iuris civilis, wo sie lauten: „Quae igitur nobis placuerunt et per hanc legem declarata sunt ...", „Atque haec nobis est legis praesentis intentio ..." und „Volumus autem, ut ...".

Die Willenstheorie beweist im Ancien Régime auch dort ihre Herrschaft, wo es nicht galt, einen absolutistischen Herrschaftsanspruch zu stützen. So lautet 1631 die Formulierung bei Hugo Gotius: „Gegeven Wet is die haer

o assolutismo?, in: Studia Gratiana XI., curantibus Ios. Forchielli - Alph. M. Stickler, Collectanea Stephan Kuttner I, Bononiae 1967, p. 415.

[92] Vgl. A. Giry, Manuel de diplomatique, Paris 1894, p. 769.

[93] Vgl. L. de Mas-Latrie, De la formule „car tel est notre plaisir" dans la chancellerie française, in: Bibliothèque de l'École des Chartes 42 (1881), pp. 560—564; G. Demante, Observations sur la formule „car tel est notre plaisir" dans la chancellerie française, in: Bibliothèque de l'École des Chartes 44 (1893), pp. 86—97.

[94] Isambert, Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789, I—XXIX, Paris 1821—1833; XVIII, p. 105.

naeste oorspronk heeft uyt de wille des Instellers"[95] („Lex positiva est, quae proximam a legislatoris voluntate originem ducit")[96]. Die absolutistische Richtung wird besonders dort spürbar, wo die „voluntas principis" auch als eine willkürliche gedeutet wird: „... Principi ius (est) leges pro arbitrio ferendi"[97]. Bereits Bodin hatte diese Auffassung vertreten: „Ex quo perspicitur, leges ac mores ab eorum, qui summam in Republica potestatem habent, arbitrio ac voluntate pendere."[98]

Mit der Herrschaft der Willenstheorie und deren Nutzbarmachung für die absolutistische Staatstheorie und Staatspraxis ist die Bevorzugung einer neuen Begriffssprache zu beobachten, die den Wandel in der Gesetzestheorie terminologisch begleitet[99]. Die Bezeichnungen, wie z. B. Satzungen, Ordnungen, Rezesse, Abschiede, Statute, Konstitutionen usw. werden seltener, ohne freilich ganz aufzuhören. Dafür treten verstärkt Gesetzesbezeichnungen in den Vordergrund, wie Edikte, Dekrete, Resolutionen, Reskripte, Mandate, Erlasse, Verordnungen, Circulare, Patente und Kabinettsordres[100]. Mit gewissen sprachlich bedingten Abwandlungen ist diese Begriffsvielfalt allen europäischen Staaten im Ancien Régime gemeinsam[101].

[95] Zit. nach: H. DE GROOT, Inleydinge tot de Hollandsche Rechts-Geleertheyt, ... bevestigt met Placaten ... door S. VON GROENEWEGEN VAN DER MADE, t'Amsterdam 1788, Boek I, Deel 2, § 7, p. 5.

[96] Zit. nach: H. GROTIUS, Institutiones juris hollandici, e belgico in latinum sermonem translatae a J. van der Linden, H. F. W. D. FISCHER ed., Nachdruck Haarlem 1962, p. 2.

[97] MELO FREIRE, Institutiones juris civilis Lusitani I, p. 13.

[98] J. BODIN, De republica libri sex, lib. I, cap. 10, p. 242.

[99] Zur Wortgeschichte der mittelalterlichen Rechtsbegriffe vgl. G. KÖBLER, Das Recht im frühen Mittelalter. Untersuchungen zu Herkunft und Inhalt frühmittelalterlicher Rechtsbegriffe im deutschen Sprachgebiet. Forschungen zur deutschen Rechtsgeschichte 7, ed. S. Gagnér, H. Krause und H. Schultze-v. Lasaulx, Köln-Wien 1971, pp. 43 ss.; W. EBEL, Die Willkür. Eine Studie zu den Denkformen des älteren deutschen Rechts. Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 6, Göttingen 1953, besonders pp. 46 ss.; H. KRAUSE, Königtum und Rechtsordnung in der Zeit der sächsischen und salischen Herrscher, in: SZGerm 82 (1965), pp. 28 ss., pp. 65 ss.; K. KROESCHELL, Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert, in: Probleme des 12. Jahrhunderts. Vorträge und Forschungen, herausgegeben vom Konstanzer Arbeitskreis für mittelalterliche Geschichte, geleitet von Theodor Mayer, Band XII (Reichenau-Vorträge 1965—1967), Konstanz-Stuttgart 1968, pp. 309—335, besonders pp. 319—333.

[100] H. v. WEBER, Schöppenstuhl und Landesherr. Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Prüfungszuständigkeit, in: Festschrift für R. Thoma, Tübingen 1950, p. 265; W. EBEL, Geschichte der Gesetzgebung, pp. 60, 62; G. JELLINEK, Gesetz und Verordnung, Freiburg 1887, Nachdruck Aalen 1964, p. 107.

[101] Vgl. z. B. G. ASTUTI, Formazione dello stato moderno I, p. 385: „Alle aspirazioni dei giuristi, teorici e pratici, si aggiungevano gli interessi dei sovrani, che erano variamente vincolati dalla molteplicità delle leggi e consuetudini particolari in vigore nei diversi terri-

Die Wissenschaft der Zeit entnahm aus dem Begriffsarsenal der klassischen römischen Rechtslehre das juristische Rüstzeug zur Beschreibung und Definition des absolutistischen Staates und seiner Phänomene. In diesen neuen Begriffen drückt sich der Befehlscharakter des Gesetzgebungsaktes aus[102]. Geltungsgrund des Gesetzes ist der auf dem Herrscherwillen beruhende Gesetzesbefehl:

> „Daß ich das Gesetz lieber einen Befehl oder Geheiß, als ein Decret, Declaration oder Signification, das ist, einen Bescheid, Anzeigung oder Andeutung genennet, dazu hat mich hauptsächlich bewogen, daß das Wort befehl das genus proximum ist, die andern alle aber viel weiter um sich greiffen, und mehr Concepta in sich fassen."[103]

Damit hat die Gesetzgebung ihren ursprünglichen Eignungscharakter ver-

tori sottoposti al loro goberno, . . . : poichè il maggiore disordine era proprio in questi testi accumulatisi nel corso dei secoli ad opera dei loro predecessori, costituzioni, prammatiche, grazie, capitoli, editti, rescritti, decreti, dispacci, bandi, ordinanze, provvisioni, gride, e via discorrendo . . ."; E. Besta, Fonti del diritto italiano dalla caduta dell' imperio romano sino ai tempi nostri, seconda edizione, Milano 1950, p. 171: „Le forme legislative si moltiplicarono: leggi, ordinazioni, provvisioni, dichiarazioni, ordini, bandi, gride, editti, pregoni, sanzioni, dispacci, lettere, circolari. Si riuscirà in avvenire a determinare le loro note specifiche: ora a noi sembra che tutte in quanto muovano dal principe abbiano lo stesso valore"; R. Ribeiro, Historia do direito Portuguez, Lisboa 1923, p. 538: „Leis extravagantes — Não eram só as normas de caracter geral que nesta época constituiam leis. Havia tambem disposições especiaes, taes como, as manifestações da vontade do rei, que constituiam leis, mas que não se encontravam compiladas oficialmente, e que tinham a designação de leis extravagantes, as quaes constituiam tambem fonte de direito. O rei podia manifestar a sua vontade por diversas formas, e, daí, a diversidade de leis extravagantes, que compreendiam diferentes especies, taes como: cartas, alvarás, cartas régias, decretos, resoluções, provisões, avisos, portarias, regimentos, estatutos e assentos"; A. García Gallo, Curso de historia del derecho Español I, pp. 353, 354; J. M. Perez-Prendes, Apuntes de historia del derecho Español, Madrid 1964, pp. 520—522; G. Giry, Manuel de diplomatique, p. 776: „Actes législatifs. 1) Ordonnances royales. — Cette dénomination est un terme générique sous lequel on a compris tous les actes par lesquels se manifestait l'autorité législative du souverain. Les documents anciens et jusqu'au milieu du XVe siècle leur donnent des noms divers, tels que: stabilimentum, établissements, constitution, loi, édit, parfois pragmatique sanction et aussi ordonnances. Ce dernier mot, employé dès le temps de Philippe le Bel, était appliqué aussi bien à des règlements émanés d'une autorité quelconque qu'à des actes royaux. Depuis le XVe siècle toutefois, le nom d'ordonnances tendit à se restreindre aux actes de l'autorité législative du roi . . . 2) Edits royaux . . . 3) Déclarations . . ."; W. Wilhelm, Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich, p. 241; A. v. Virozsil, Das Staatsrecht des Königreichs Ungarn I, Pest 1865, pp. 32, 42, 43; II, pp. 57—59.

[102] W. Ebel, Geschichte der Gesetzgebung, pp. 59—63; H. v. Weber, Schöppenstuhl und Landesherr, p. 265.

[103] A. F. Glafey, Recht der Vernunft, sowohl unter einzelnen Menschen als ganzen Völkern . . . , 2. Auflage, Frankfurt und Leipzig 1732, p. 185 (§ 4).

loren und steht nunmehr unter dem Zeichen des Befehls[104]. Vorgeprägt war diese Auffassung bereits bei Bodin:

> „Sed plurimum distat lex a iure: ius enim sine iussu, ad id quod aequum, bonum est: lex autem, ad imperantis maiestatem pertinet. Est enim lex nihil aliud, quam summae potestatis iussum."[105]

Die in den Gesetzen gebräuchlichen Formeln „wollen wir und befehlen wir", „ordenamos y mandamos", „volumus et iubemus", „nous disons, déclarons, ordonnons" oder „mandat und gepott"[106] kündigen den Wandel an.

III.

Die „potestas legislatoria" selber stellt nach der Auffassung der Zeit keine in sich geschlossene einheitliche Gewalt dar, sondern umfaßt – auch hier die Begriffsvielfalt und den Formenreichtum der aus dem Gesetzgebungsrecht abgeleiteten Einzelakte sowie deren Instrumentalität widerspiegelnd – ein Bündel verschiedener, selbständiger, anordnender Einzeltätigkeiten. Diese werden untergliedert in die

- Errichtung von Gesetzen,
- Abänderung von Gesetzen,
- Aufhebung von Gesetzen,
- Interpretation von Gesetzen,

[104] Unter dem Einfluß des Naturrechts erweitert sich der Gesetzesbegriff, indem er sowohl allgemeine als auch konkrete Rechtsregeln und sittliche Gebote umfassen kann; vgl. z. B. K. A. Frhr. v. Martini, De lege naturali positiones in usum auditorii vindobonensis, Viennae 1767, p. 15: „Tam obligatio, quam lex in universalem, particularem et singularem, dein interiorem, et exteriorem abeunt"; in der Regel haben aber auch diese „Gesetze" ihren Ursprung in der Willensbestimmung durch den Souverain, soweit sie nur der Erzielung und Förderung des „bonum publicum" dienen; vgl. Chr. Wolff, Jus naturae methodo scientifica pertractum, pars octava, de imperio publico, ... Halae Magdeburgicae 1748, Nachdruck Hildesheim 1968, Gesammelte Werke II. Abt., Bd. 24, p. 617 (Cap. IV, § 813): „Superiori competit potestas legislatoria. Superior enim habet jus omnia constituendi, quae ad bonum publicum consequendum ipsi facere videntur."

[105] J. Bodin, De republica libri sex, lib. I, cap. 8, p. 159.

[106] So z. B. in der monarchisch regierten Fürstabtei St. Gallen, wo die mit eidgenössischer Mitwirkung geschaffene „Landsatzung" seit der Mitte des 16. Jahrhunderts immer mehr durch das vom Landesherr aus alleiniger Machtvollkommenheit erlassene „Landmandat" und „Einzelmandat" verdrängt wurde; vgl. W. Müller, Landsatzung und Landmandat der Fürstabtei St. Gallen. Zur Gesetzgebung eines geistlichen Staates vom 15. bis zum 18. Jahrhundert, Mitteilungen zur vaterländischen Geschichte 46, St. Gallen 1970, pp. 187, 197, 228.

- Durchbrechung oder Befreiung von Gesetzen, die entweder durch das „privilegium“[107] für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen oder durch die „dispensatio“[107a] für einen Einzelfall erfolgen können,
- und gelegentlich auch in die „publicatio legum“[108].

Mit gewissen Modifikationen bei der Zuordnung der Privilegienhoheit zum Gesetzgebungsrecht ist diese Gliederung der gesetzgeberischen Einzeltätigkeiten als Ausfluß der „potestas legislatoria“ in allen europäischen Staaten wiederzufinden. So heißt es bei Pütter für den Reichsgesetzgeber:

> „... et in recessibus imperii, et singulis conclusis imperii, et denique edictis caesareis leges imperii promulgari, eademque ratione et renovari, et abrogari, et mutari, et per modum interpretationis authenticae declarari possunt.“
> „Potestatis legislatoriae adnexum est ius privilegiorum.“[109]

Das gleiche gilt auch für die Gesetzgebungshoheit in den deutschen Territorien:

> „Ex eadem potestate fluit Jus promulgandi Edicta, Mandata, et Rescripta, itemque Jus dispensandi, nec non Jus interpretandi, vel abrogandi leges.“
> „Speciatim quoque Jus concedendi Privilegia inde fluit.“[110]

In diesem Sinne definiert auch Carl Gottlieb Svarez das Gesetzgebungsrecht:

[107] Die Privilegienlehre begründete diese Auffassung von der gesetzesdurchbrechenden Natur des Privilegs überwiegend mit Digesten 1. 3. 16.: „Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.“ Bei G. A. Enenckel, De privilegiis juris civilis libri tres, Ratisbonae 1720, lib. I, cap. 3, nr. 2 und 4, pp. 13, 14 heißt es: „Dicimus enim privilegium jus esse singulare vel speciale, contra jus commune seu generale introductum.“ — „Et si quid princeps vocet privilegium obsignetque sigillo privilegiorum, non esse necessariam aliam clausulam; cum appareat ipso facto, eum velle infringere legem.“

[107a] Über den engen Zusammenhang zwischen Gesetzgebungsrecht und Dispensbefugnis im absolutistischen Staat vgl. K. Becker, Die behördliche Erlaubnis des absolutistischen Fürstenstaates, jur. Diss. Marburg 1970, pp. 114 ss.

[108] Vgl. z. B. W. X. A. Frhr. v. Kreittmayr, Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayrischen Staatsrechtes, 2. Teil, 2. Aufl. München 1789, p. 153: „Ad ius statuum legislatorium gehört auch das jus publicandi, interpretandi, mutandi, abrogandi, dispensandi aut privilegia concedendi ...“.

[109] J. St. Pütter, Institutiones iuris publici Germanici, editio tertia, Goettingae 1782, § 222, p. 218 und § 228, p. 222; ebenso Chr. A. Beck, Recht und Verfassung des Reiches in der Zeit Maria Theresias. Die Vorträge zum Unterricht des Erzherzogs Joseph im Natur- und Völkerrecht sowie im Deutschen Staats- und Lehnrecht, ed. H. Conrad, Wissenschaftliche Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft f. Forschung d. Landes Nordrhein-Westfalen 28, Köln und Opladen 1964, p. 247, § 11 und § 12 n. 27.

[110] D. H. Kemmerich, Introductio ad jus publicum imperii Romano-Germanici II, editio secunda, Francofurti et Lipsiae 1744, pp. 1448, 1449.

> „Zur gesetzgebenden Macht gehört ius leges ferendi, leges abrogandi, leges declarandi, exemptiones a legibus concedendi. Privilegia. Dispensationes."[111]

Bei allen Versuchen zur Bestimmung von Art und Umfang der „potestas legislatoria" ist zu beobachten, daß diese darauf angelegt sind, ausnahmslos alle möglichen rechtsetzenden Einzeltätigkeiten zusammenzufassen und eben in der „potestas legislatoria" zu vereinigen. Indem der Regent in seiner Eigenschaft als Inhaber der „potestas legislatoria" somit auch als Herr über das Recht und deren Machbarkeit[112] definiert wird, dient die so bestimmte Gesetzgebungsmacht zugleich auch der Begründung der Souveränität oder staatlichen Hoheit schlechthin. Bodin faßt die Gesetzgebungshoheit als Herrschaft über das Recht auf, wenn er ausführt:

> „Cuius autem potestatis est legem iubere, eiusdem est abrogare, derogare, obrogare, subrogare; cum omnino lex antiquatur aut parte sui quadam, aut interpretationem, aut caput aliquod aequitati ac legi consentaneum accipit."[113]

Die in dieser Weise von der Theorie überall umschriebene Gesetzgebungsmacht[114] ist auch dort zu beobachten, wo die Rechte der Stände in Frage stehen. In England erklärt Algernon Sidney[115]:

> „But in what hands soever it is, the power of making, abrogating, changing, correcting and interpreting laws, has been in the same."

Die gleichen Elemente dienten bereits im Mittelalter zur Begründung und Umschreibung des souveränen Gesetzgebungsrechtes des Papstes[116], dessen Grenzen nur noch das „ius divinum" und „ius naturale" bildeten. Der Papst stand über dem Konzilsrecht, das von ihm abhängig wurde[117]. Die päpstliche

[111] Carl Gottlieb Svarez, Vorträge über Recht und Staat, ed. H. Conrad und G. Kleinheyer, Wissenschaftliche Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft f. Forschung d. Landes Nordrhein-Westfalen 10, Köln und Opladen 1960, p. 13.

[112] Vgl. H. Quaritsch, Staat und Souveränität, p. 346.

[113] J. Bodin, De republica libri sex, lib. I, cap. 10, p. 242; vgl. auch C. le Bret, De la Souveraineté du Roy, chapitre IX: „Qu'il n'appartient qu'au Roy de faire des Loix dans le Royaume, de les changer, et les interpreter", in: Les œuvres, p. 31.

[114] Vgl. z. B. J. Szegedi, Tripartitum juris Hungarici, p. 253, § 29; Melo Freire, Institutiones juris civilis Lusitani, p. 15.

[115] A. Sidney, Discourses concerning government II, Edinburgh 1750, p. 238.

[116] Über die Bedeutung des papalistischen Absolutismus für die Entstehung der kirchlichen Gesetzgebungsideologie und deren Einfluß auf die weltliche Gesetzgebungslehre vgl. besonders Sten Gagnér, Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung. Acta Universitatis Upsaliensis, Studia Iuridica Upsaliensia 1, Stockholm-Uppsala-Göteborg 1960, pp. 128 ss., pp. 146—179, pp. 342 ss.

[117] W. M. Plöchl, Geschichte des Kirchenrechts II, 2. Auflage, München 1962, pp. 59, 83.

universale Gesetzgebungsmacht umschloß dabei auch das Recht zur Erteilung von Privilegien und Dispensen[118]. So heißt es bei Huguccio:

> „In summa hoc est tenendum quod dominus papa, qui habet plenam potestatem condendi, abrogandi, interpretandi canones, etsi quandoque dispensare non deberet, si tamen vult et dispensat, tenet . . ."[119].

Besonderer Ausdruck für die lückenlose Vollkommenheit und Geschlossenheit der päpstlichen Rechtsetzung ist die Einbeziehung des Privilegienrechts in das Gesetzgebungsrecht als ein Ausfluß desselben. Gratian begründet das Privilegienrecht des Papstes mit dessen Herrschaft über die „canones". Herr über die „canones" ist er, weil er deren Begründer ist[120]. Das Gesetzgebungsrecht schließt nicht nur das Recht ein, neue Gesetze zu geben, sondern diese auch abzuändern und im Widerspruch zu ihnen stehende Regelungen zu treffen, – d. h. Privilegien zu erteilen. Ganz im Sinne Gratians verteidigt die *Summa Coloniensis* die Privilegienhoheit des Papstes mit den typischen Formeln:

> „. . . et canones abrogare eisque derogare et novos condere et privilegia dare dataque tollere plenam habent potestatem . . ."[121].

Das bleibt für die Kanonistik auch die gültige Auffassung im Ancien Régime:

> „Denique cum potestate et jure ferendi leges per se conjuncta est potestas leges authentice interpretandi – in legibus dispensandi – dandi privilegia

[118] Zur Dispensgewalt im Rahmen der Gesetzgebungshoheit des Papstes vgl. S. KUTTNER, Pope Lucius III and the bigamous archbishop of Palermo, in: Medieval studies presented to Aubrey Gwynn, ed. J. A. WATT . . ., Dublin 1961, pp. 407—453 (425). Zur Herauslösung der „dispensatio" aus der theologischen Argumentation und Einführung in ein eigenständiges kirchenrechtliches System durch Gratian vgl. auch F. ELSENER, Gesetz, Billigkeit und Gnade im kanonischen Recht, in: Summum ius summa iniuria. Ringvorlesung, gehalten von Mitgliedern der Tübinger Juristenfakultät im Rahmen des Dies academicus Wintersemester 1962/63, Tübingen 1963, pp. 173—176.

[119] Zit. nach E. CORTESE, Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale, — università degli studi di cagliari —, Roma 1966, p. 128; ähnlich DURANTIS, vgl. oben p. 204, n. 88; für die Legistik vgl. z. B. PLACENTINUS, Summa institutionum sive elementorum D. Justiniani . . . libri IV, Lugduni 1536, p. 6, de iure naturali gentium et civili, titulus II: „Nam populus in principem transferendo communem potestatem, nullam sibi reservavit, ergo potestatem leges scriptas condendi, interpretandi et abrogandi."

[120] D. LINDNER, Die Lehre vom Privileg nach Gratian und den Glossatoren des Corpus iuris canonici, Regensburg 1917, p. 44.

[121] Zit. nach D. LINDNER, Lehre vom Privileg, p. 50, n. 1.

> etiam contra leges – leges mutandi seu abrogandi, iis derogandi aut subrogandi – confirmandi actus subditorum ...“[122].

Die lückenlose Bündelung aller gesetzgeberischen Einzeltätigkeiten dient vor allem dem monarchischen Alleinherrscher zur Begründung seines absoluten Rechtsetzungsanspruchs. Dieser findet sich häufig in Gesetzbüchern des 17. und 18. Jahrhunderts in den genannten formelmäßigen Einzelumschreibungen niedergelegt. Die *Leges Danicae* Christians V. von 1683 legen im 1. Artikel[123] das Rechtsetzungsmonopol des dänischen Königs ausdrücklich auf diese Weise fest:

> „Rex est vi Legis Regiae ... absolutus atque haereditarius Monarcha ac Dominus, cui, suo arbitratu, per supremam illam, qua solus valet, auctoritatem ac potestatem Leges et Constitutiones condere pariter atque interpretari, eisdem obrogare, surrogare, derogare, imo, a Se Ipso, aut a Majoribus suis rogatas abrogare, nec non, quid quemque Ipsi placuerit, universali legis praescripto eximere integrum est.“[124]

Ebenso begründen die *Nueva Recopilación* von 1567[125] und die *Novisima Recopilación* von 1805[126] den Rechtsetzungsanspruch der spanischen Könige:

> „... i porque al Rei pertenece, i ha poder de hacer fueros i leyes, i de las interpretar i declarar, i emendar ...“.

Umgekehrt werden aber auch ständische Mitwirkungsrechte bei der Gesetzgebung – wie z. B. in Schweden – in ähnlicher Weise mit den gleichen Formeln vom Gesetz umschrieben und abgesichert[127].

[122] J. A. Zallinger ad Turrim, Institutiones juris ecclesiastici, liber I decretalium, Augustae Vindelicorum 1792, p. 81.

[123] Regis Christiani Quinti Leges Danicae, ... e Danico in Latinum convertebat P. A. Höyelsinus, Hauniae 1710, liber I, cap. 1, Art. I, p. 1.

[124] Grundlage für diese gesetzliche Regelung war die „Lex Regia“ Friedrichs III. vom 14. November 1665, in der das dänische absolute Erbkönigtum und der Verzicht der dänischen Stände auf ihre Privilegien grundgesetzlich festgelegt waren. Art. III der „Lex Regia“ lautet: „Es soll daher auch der König allein die höchste Macht und Zuständigkeit haben, Gesetze und Verordnungen zu machen nach seinem eigenen guten Willen und Wohlgefallen, zu erklären, verändern, vermehren, vermindern, ja auch schlechthin aufzuheben, frühere von ihm selbst oder von seinen Vorvätern gegebene Gesetze (dieses Königsgesetz allein ausgenommen, welches ... als Grundlagegesetz ja schließlich unveränderlich und unerschütterlich bleiben muß), so wie auch was und wen ihm gefällt von den allgemeinen Vorschriften des Gesetzes auszunehmen.“ Zit. nach L. Wienbarg, Das dänische Königsgesetz, pp. 89, 90.

[125] Libro II, título I („De las leyes“), ley III.

[126] Libro III, título II („De las leyes“), ley III.

[127] So lautet Art. IV der „Regerings-Form“ vom 2. Mai 1720: „Ingen ny Lag mä stifftas och Ständerne päträngas emot deras ja, samtycke och wedertagande, ej heller nägon gammal

In der Theorie ist auch das Bemühen zu beobachten, die Übernahme fremder Rechte – wie besonders die Rezeption des römischen Rechts – in die so gegliederte und zusammengesetzte „potestas legislatoria" einzupassen. Aus ihr „fließet, daß ein Fürst des Reiches in seinem Lande fremde Gesetze recipieren könne, wie denn solchergestalt die Stände des Reichs vel expresso vel tacito consensu das Jus Justinianeum recipiret"[128]. Erst damit war letztlich das Rechtsetzungsmonopol des Herrschers als Gesetzgeber vollkommen umschrieben. Folgerichtig zählte zur Gesetzgebungsmacht auch die Abschaffung des im Reich subsidiär geltenden römischen und kanonischen Rechts[129].

Somit gelten sowohl spezielle Einzelanordnungen für einen bestimmten Adressaten als auch allgemeine Regelung für eine unbestimmte Adressatenvielzahl, die Gesetzesinterpretation und teilweise die Rezeption trotz ihrer materiellen und formellen Unterschiede als Ausfluß des einheitlich gedachten Gesetzgebungsrechts, wobei diese Einheit durch den Willen in der Person des Alleinherrschers bzw. Gesetzgebers determiniert ist. Es bestand auch in der Tat keine Veranlassung, die verschiedenen und vielgestaltigen Bestandteile der höchsten rechtsetzenden Tätigkeit zu differenzieren, solange der Satz, „quod principi placuit, legis habet vigorem" seine Gültigkeit hatte[130]. Von daher ist es erklärbar, daß das Staatsrecht im Ancien Régime in der Regel alle Formen der staatlichen Rechtsschöpfung fast ohne Beschränkung in dem ausschließlichen Gesetzgebungsrecht des Herrschers vereinigte. Zudem wurde der aus dem Mittelalter überlieferte Rechtsbestand häufig durch Konfirmationen der Regenten perpetuiert und so mit neuer vom Souverän autorisierter Geltungskraft ausgestattet – eine Übung, die sich vom Mittelalter bis zum Ende des 18. Jahrhunderts beobachten läßt[131]. So stellt sich der Bestand der Rechtsquellen im Ancien Régime als ein höchst eigentümliches Gemisch

Lag, den med godda wilja thera fängman är, förwandlas, ändras eller affkaffas"; in: Alla Rikdagars och Mötens Besluth, Tredie Delen, ... utgifne af A. A. Stiernman, Stockholm 1733, p. 2312.

[128] Chr. G. Jargow, Einleitung zu der Lehre von den Regalien oder majestätischen Rechten eines Regenten, Rostock und Leipzig 1726, p. 126; vgl. auch W. X. A. von Kreittmayr, Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayrischen Staatsrechtes I, 2. Auflage, München 1789, p. 19.

[129] Vgl. L. Hugo, De statu regionum Germaniae liber unus, Gissae 1689, p. 78; J. J. Moser, Landeshoheit in Regierungssachen, pp. 333—335.

[130] Vgl. C. F. von Gerber, Über Privilegienhoheit und Dispensationsgewalt im modernen Staate, in: Gesammelte juristische Abhandlungen, Jena 1878, p. 475.

[131] H. Krause, Dauer und Vergänglichkeit im mittelalterlichen Recht, in: SZGerm 75 (1958), p. 211; D. Hewig, Kaiserliche Bestätigungen von Stadt- und Landrechten, jur. Diss. München 1969, p. 96.

von überkommenen Normen mit Einungscharakter und solchen mit einseitigem Befehlscharakter dar, aus dem sich nur schwerlich ein harmonisches Bild gewinnen läßt[132]. Die Auffächerung und Differenzierung dieses Rechtsstoffs nach begrifflichen, materiellen und formalen Kategorien wird zumeist unergiebig bleiben müssen, da dieser im Ancien Régime allein im Willen des Herrschers seinen Ausgangspunkt hat, wenn auch häufig versucht wird, den Definitionen der römischen Begriffswelt zu folgen. Die Definition des Gesetzes folgt dabei weniger aus dem „Gesetzten", sondern geschieht überwiegend vom Gesetzgeber her. Alles, was vom Souverän in seiner Eigenschaft als Gesetzgeber ausgeht, ist zunächst einmal Gesetz[133], auch wenn dieses nicht immer die Merkmale der Allgemeinverbindlichkeit[134] aufweist.

So ist nicht nur die Gattung „Gesetz", sondern der Rechtsbestand des Ancien Régime überhaupt durch begriffliche und formale Vielgestaltigkeit geprägt. Rechtssetzung und Rechtsgeschäft, Gewohnheitsrecht und unvordenkliche Verjährung, Gesetz und Vertrag, Urteil und Interpretation, allgemeine Regelung und Einzelverfügung (Privileg), objektives Recht und subjektives Recht fließen ineinander und stehen nebeneinander[135] und können nur unvollkommen mit Hilfe des modernen Begriffsarsenals erfaßt werden. Das spiegelt sich in den umfangreichen Begriffsreihen innerhalb der Titel der „Gesetzes"-Sammlungen – wie auch der öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Literatur – in allen europäischen Staaten wider. Beispielhaft seien dafür Auszüge aus den Titeln der großen Gesetzeseditionen angeführt:

a) „Collectio constitutionum imperialium, hoc est, imperatorum ... sacri imperii germano-romani recessus, ordinationes, decreta, rescripta, mandata et edicta, in publicis comitiis promulgata ..."[136].

[132] Vgl. L. Spiegel, Das Erbe des absolutistischen Staates (1908), in: Gesetz und Recht. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellentheorie, Prager staatswissenschaftliche Untersuchungen I, München und Leipzig 1913, pp. 16, 17.

[133] In diesem Sinne auch E. Besta, Fonti del diritto italiano, p. 171: „Il placito regio tramuta in constituzioni anche i capitoli a lui sottoposti da altri enti forniti di potere normativo."

[134] Die deutsche Staatslehre des 18. Jahrhunderts leitete z. B. die Gesetzeseigenschaft des Privilegs aus dem jedem Privileg innewohnenden Störungsverbot ab und orientierte sich somit am Maßstab der Allgemeinverbindlichkeit. So heißt es z. B. bei W. X. A. Freyherr von Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem, 1. Theil, 2. Auf., München 1821, p. 96: „Denn sobald einer privilegieret wird, so ist dieses zugleich für andere Unterthanen ein Gesetz, daß sie den Gefreyten an seiner Freyheit nicht hindern dürfen."

[135] Vgl. O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht I, Leipzig 1895, p. 113 n. 2.

[136] Ed. M. Goldast Haiminsfeld, Francofordiae ad Moenum 1613.

b) „Codex Ferdinandeo – Leopoldino – Josephino – Carolinus: Pro Regno Bohemiae ..., in welchem verschiedene ... Privilegia, und hierüber ertheilte Confirmationes, wie auch andere neue Concessiones; Nicht minder alle ergangene Sanctiones Pragmaticae, Declaratoriae et Rescripta, königliche ... Patenten und Decreten: Deßgleichen etwelche Extracten derer Land-Tags-Schlüssen, Hertzogliche Privilegia, Landes- und Executionsordnungen, Erbvereinigungen ... zusammengetragen ..."[137].

c) „Codicis Austriaci ... pars prima. Das ist: eigentlicher Begriff und Innhalt aller ... außgegangenen und publicirten ... Generalien, Patenten, Ordnungen, Rescripten, Resolutionen, Edicten, Decreten und Mandaten: wie auch in Publicis ... emanirten Statuten und Satzungen ..."[138].

d) „Recueil des Édits, Déclarations, Lettres-patentes, Arrêts du Conseil, Ordonnances, et autres Réglements émanés du Roi et de son Conseil, concernant l'Administration des États de Bourgogne.
Des Arrêts des Parlements ... et des principaux Décrets des États de ladite Province"[139].

e) „Groot Placaet – Boeck, vervattende de Placaten, Ordonnantien ende Edicten van de hoogh mogende heeren Staten Generael der Vereenighde Nederlanden ... nevens Handvesten, Privilegien, Octroyen, Instructien, Reglementen ..."[140].

f) „Novisima Recopilación de las Leyes des España ... y se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones Reales, y providencias no recopiladas ..."[141].

g) „Pragmaticae, edicta, decreta, interdicta, regiaeque sanctiones Regni Neapolitani ..."[142].

Die Bezeichnung „Gesetz" taucht in diesen Beispielen nur als unpräziser Sammelbegriff („de las Leyes") auf. Hieraus werden das Fehlen eines einheitlichen Gesetzesbegriffs sowie das Vordringen der Staatsverwaltung und die Vielgestaltigkeit des Rechtsbestandes überhaupt deutlich erkennbar.

Bildung des Begriffs und inhaltliche Ausformung dessen, was „Gesetz" in dieser Zeit meint, hingen von der jeweiligen Verfassungssituation, der politischen Praxis und der staatsrechtlichen sowie auch politischen Theorie ab[143].

[137] Ed. J. J. von Weingarten, Prag 1720.
[138] Ed. F. A. Edler von Guarient, Wien 1704.
[139] I et II, Dijon 1784, 1787.
[140] III, Ed. C. Cau / S. van Leeuwen, s'Graven-Hage 1683.
[141] Mandada formar por el Señor Don Carlos IV., Madrid 1805.
[142] I—IV, Ed. D. A. Varius, Neapoli 1772.
[143] E.-W. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus, Berlin 1958, p. 14;

Wie einerseits die Entwicklung zum Staat und zum Gesetz in einer einander objektiv bedingenden Wechselwirkung stehen[144], so ist andererseits durch die Theorie das Einströmen höchst subjektiver Begründungs- und Erklärungselemente verursacht, da Legaldefinitionen zumeist fehlen:

> „Unter Gesetze geben verstehe ich übrigens, wie ohnehin schon in der Rechtsgelahrheit angenommen wird, nicht nur solche Verordnungen, welche alle Unterthanen betreffen und angehen, sondern auch alle Erclärungen und Aussprüche eines Fürsten, worinnen er etwas zu thun oder zu unterlassen anbefiehlet, alle Dispensationen und Freyheitsertheilungen, Privilegien und andere Decrete."[145]

Die Schwierigkeiten der begrifflichen Bestimmung und Einordnung der vielfältigen Gesetzgebungsakte waren der staatsrechtlichen Publizistik durchaus bewußt. Häufig werden die Begriffe synonym gebraucht. „Constitutio, Decretum, Lex, Statutum saepe in jure nostro pro eodem sumuntur . . .", bekennt Szegedi für das ungarische Recht[146]. Die Hilflosigkeit bei der Begriffsbildung und Begriffserklärung für den aus der „potestas legislatoria" abgeleiteten Rechtsstoff ist überall zu beobachten. Als Kriterien für die Gesetzeseigenschaft und die vielen unterschiedlichen Gesetzesbezeichnungen finden sich die Allgemeinverbindlichkeit[147], die Art des Zustandekommens oder der Publikationsform der getroffenen Regelung. Auch diese Kriterien boten jedoch keine letzte Sicherheit für die begriffliche und inhaltliche Festlegung des Gesetzescharakters. Wenn J. J. Moser z. B. einerseits die Gesetzeseigenschaft an der Allgemeinverbindlichkeit der getroffenen Regelung mißt und erklärt, daß „landesherrliche Rescripte, Decrete, u. d. welche in einzelnen Fällen ergehen, also kein eigentliches Geseze ausmachen", so muß er zugleich feststellen: „Gar oft werden aber auch landesherrliche einzelne Geseze bekannt gemacht, welche allerley Namen zu führen pflegen, als:

Th. Unverhau, Lex. Eine Untersuchung zum Gesetzesverständnis deutscher Publizisten des 17. und 18. Jahrhunderts, jur. Diss. Heidelberg 1971, p. 2.

[144] W. Ebel, Geschichte der Gesetzgebung, p. 57.

[145] C. Weitzel, Philosophisch-Juristische Abhandlung von der Macht weltlicher Regenten wider die göttliche Rechte Gesetze zu geben, Franckfurth und Leipzig 1749, p. 9.

[146] R. P. J. Szegedi, Tripartitum juris Hungarici, p. 235.

[147] Das Kriterium der Allgemeinverbindlichkeit bedeutete dabei jedoch keineswegs, daß die gesetzliche Regelung direkt an die Gesamtheit aller Untertanen gerichtet war. Häufig sahen die Gesetze auch nur die Behörden als unmittelbare Adressaten an, denen die Vollziehung der Gesetze oblag; vgl. G. Kleinheyer, Vom Wesen der Strafgesetze in der neueren Rechtsentwicklung. Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 358, Tübingen 1968, pp. 6—9.

General-Mandate oder Rescripte, Edicte, Patente etc."[148]. Da die Allgemeinverbindlichkeit auch all den genannten Sonderformen der Gesetzgebung zu eigen sein konnte, blieb die Unsicherheit beim Versuch einer systematischen Einordnung der verschiedenen Rechtsetzungsakte weiterhin bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts bestehen. Noch 1803 erklärt J. Chr. Leist zu den „Landesgesetzen":

> „Sie bekommen sehr verschiedene Benennungen, z. B. Edicte, Mandate, Patente, Constitutionen, Decisionen, Landrechte usw. Auch selbst landesherrliche Rescripte müssen zuweilen als wirkliche Gesetze betrachtet werden. Die in den einzelnen Ländern anzutreffenden Policeyordnungen entsprechen selten ganz ihrem Titel."[149]

Die Bezeichnung der gesetzgeberischen Anordnungen ist häufig von den Kanzleien bei der Publikation willkürlich gewählt. Soweit die Regelung nur dem „placitum principis" entsprang, galt die Gesetzeseigenschaft als gesichert und der gewählte Begriff zur Bezeichnung des Gesetzes blieb von untergeordneter Bedeutung: „Ex modo publicationis hat sie (die Konstitution) den Namen eines Edicts von Anfang bekommen. Es haben aber die Edicta nicht weniger als sonst andere Constitutiones vim legis, wie ab Imperatore Justiniano in . . . (Inst. 1.2.6) solche Edicta inter leges referiret . . ."[150].

So werden einerseits die römischen Gesetzesbezeichnungen und Begriffe zur Begründung der Gesetzeseigenschaft zu Hilfe genommen[151], andererseits aber auch die Publikationsform als konstituierendes Merkmal für das Gesetz bezeichnet: „Nicht alles was der Landesherr befiehlt, hat gleich vim Legis generalis . . ., es sey denn, daß sie (die Befehle) in forma Legis kund gemacht, oder den Gesetzbüchern mit einverleibt werden . . ."[152]. Die römischrechtliche

[148] J. J. Moser, Landeshoheit in Regierungssachen, pp. 303, 304.

[149] J. Chr. Leist, Lehrbuch des Teutschen Staatsrechts, Göttingen 1803, p. 280 n. 10. Die Allgmeinverbindlichkeit war keineswegs immer das dominierende Gesetzesmerkmal, da „lex" auch als unpräziser Sammelbegriff gebraucht wurde und alle Einzelregelungen mitumfassen konnte; vgl. dazu Th. Unverhau, Lex, pp. 18, 85.

[150] D. Mevius, Vollständiger Commentarius von wucherlichen Contracten, Franckfurth und Leipzig 1729, p. 40.

[151] W. X. A. von Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem, 1. Theil (1758), Neue Auflage, München 1821, p. 63 folgt — wie viele andere — den Bezeichnungen und der Einteilung in verschiedene Gesetzesgattungen, wie sie im römischen Recht üblich waren. Demgemäß gilt die pragmatische Sanction als Anordnung auf Antrag einer Stadt oder Provinz, das Edikt als Anordnung „motu proprio", das Mandat als ein an Behörden oder Beamte gerichteter Befehl, das Reskript als Erlaß auf Anfrage und das Dekret als streitentscheidender Bescheid.

[152] W. X. A. v. Kreittmayr, Anmerkungen, p. 91.

Unterscheidung in die „lex generalis" und „lex particularis" – entsprechend der Einteilung in „ius commune" und „ius singulare" – stiftet zusätzliche Verwirrung, da beide Gattungen trotz ihres unterschiedlichen Adressatenkreises dem Oberbegriff „lex" in gleicher Weise zugeordnet werden.

Die Abhängigkeit der Bezeichnung eines Gesetzes von der Art seines Zustandekommens ist überall dort zu beobachten, wo die Mitwirkung der Stände in Frage steht. Das gilt besonders für die Gesetzesterminologie in den spanischen Königreichen[153]. So betont auch Pütter, daß dort, wo in den deutschen Territorien eine ständische Mitwirkung nicht erforderlich ist oder die getroffene Regelung eine Materie aus dem Bereich der „iura reservata" des Landesherrn betrifft, „quoque per modum constitutionis, edicti, rescripti etc. a solo principe lex promulgetur"[154]. Im Bereich der absoluten Gesetzgebungsmacht des Herrschers vermögen daher auch die Gesetzestypen, denen nicht ohne weiteres der Charakter der Allgemeinverbindlichkeit zu eigen ist, den Rang des „ius commune" einzunehmen:

> „Rescripta iustitiae, aetate quidem Justiniani, ordinatim ius generale facere ..., minus autem hodierni Imperatoris, ... imo nec in illis provinciis, quibus conventus ... aguntur, ... quorsum pertinet regula: in quaecunque republica, aut provincia, princeps utitur potestate legis ferendae absoluta, in ea eiusdem rescripta faciunt ius commune"[155].

Umgekehrt wählt der Regent aber auch dort, wo die Stände noch Mitwirkungsrechte bei der Gesetzgebung besitzen, ganz bewußt die Bezeichnungen und Formen der „lex particularis", nämlich Mandat und Reskript, um im Gewand dieser Gesetzesgattungen allgemeinverbindliche Anordnungen unter Ausschluß der Stände treffen zu können. So sind z. B. in Ungarn die „normalia"[156] und „benignae resolutiones" typische Gesetzesformen, mit deren Hilfe der Regent die formell bestehenden Mitwirkungsrechte der Stände unterläuft. Die monarchisch regierte Fürstabtei St. Gallen umgeht die lästige Schranke der eidgenössischen Mitwirkung bei der Neufassung der „Landsatzung", indem sie diese einfach seit der Mitte des 16. Jahrhunderts auf dem alten Stand beließ und allein das „Landmandat" förderte, das nicht an die

[153] Vgl. J. M. Perez-Prendes, Apuntes de historia del derecho español, Madrid 1964, pp. 520—523.

[154] J. St. Pütter, Institutiones iuris publici, § 223, p. 219.

[155] J. H. Berger, Oeconomia iuris ad usum hodiernum accomodata, editio sexta, Lipsiae 1755, p. 18.

[156] Vgl. G. Bónis, Die ungarischen Stände, p. 303.

eidgenössische Zustimmung gebunden war[157]. Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang die Klage der Untertanen über die Regierung im Bereich der Fürstabtei: „Die Landsatzung und Offnungen seyen vor diesem mit Rath der Gemeinden und ihrem guoten Willen zum besten des gemeinen Wesens aufgerichtet worden. Anitzo aber und vily Jahren hero werden Landt-Mandaten heuffig gemacht, allein nach des Ministry Guotachten . . ."[158].

So bleiben politische Praxis, Verfassungssituation und Theorie mit wechselndem Schwergewicht bestimmend für die Begriffsbildung und Form dessen, was als „Gesetz" aus der „potestas legislatoria" abgeleitet wird. Die Unbestimmtheit des Begriffsbildes bleibt trotz aller Versuche einer rechtstheoretischen Präzisierung bis zur Schaffung des konstitutionellen Verfassungsstaates zu Beginn des 19. Jahrhunderts bestehen:

> „Ueberhaupt ist die Bedeutung der Wörter: Patente, Mandate, Edicte, Rescripte, Decrete u. s. f. sehr unbestimmt, weil man in verschiedenen Ländern ganz verschiedene Begriffe damit verbindet. Justi hat nicht unrecht, wenn er sagt, daß, wenn die Concipienten solcher Verordnungen einen Grund der Benennung derselben anführen solten, sie oft stocken würden. Nur Unwissende also werden, wie die Erfahrung lehret, durch die Benennung der landesherrlichen Verordnungen verführet, Kluge aber sehen mehr auf die Sache selbst als auf die Benennung."[159]

Diese Stimme geht sicher in der negativen Bewertung der äußerlichen Formmerkmale und Bezeichnungen der Gesetzgebungsakte zu weit, aber sie ist bezeichnend für eine gewisse resignierende Haltung innerhalb der Theorie bei dem Versuch, die Fülle der Begriffe systematisch zu ordnen. Die politische Praxis kümmerte sich offenbar wenig um eine einheitliche und geregelte Gesetzesterminologie, solange nur die Konzentrierung all der möglichen vielgestaltigen gesetzgeberischen Einzelakte in der Hand des Monarchen sichergestellt war. In diesem Sinne bestimmte 1767 Karl III. von Spanien,

> „. . . que ninguna ley, regla ó providencia general nueva se debe creer ni usar, no estando intimada ó publicada por pragmática, cédula, provisión, órden, edicto, pregon ó bandos de las Justicias ó Magistrados públicos."[160]

Damit war der absolutistische Anspruch verwirklicht, daß nur die königl-

[157] W. Müller, Landsatzung, p. 184.

[158] Zit. nach W. Müller, Landsatzung, p. 296.

[159] J. B. Chr. Eichmann, Erklärungen des Bürgerlichen Rechts nach Anleitung des Herrn Ordinarius Hellfelds Lehrbuch der Pandecten, 2. Theil, Berlin und Stralsund 1781, p. 28.

[160] Ley 12, título 2, libro 3 der „Novisima Recopilación".

lichen Willenserklärungen in Gestalt der genannten einzelnen, verschiedenen Formen Gesetzeskraft beanspruchen dürfen.

IV.

Die „Déclaration" oder „interpretatio authentica" ist in besonderem Maße Ausdruck und Beispiel für die Konzentrierung aller die Rechtsetzung berührenden Tätigkeiten in der Person des Herrschers bzw. Gesetzgebers im Ancien Régime. Nicht nur die Setzung neuen Rechts, sondern auch die Erklärung des bestehenden wird von der Gesetzgebungsgewalt des Herrschers umfaßt. Die Interpretation des Gesetzes bei Zweifeln über dessen Inhalt gilt nicht als Rechtsanwendung, sondern als Rechtsschöpfung und damit zugleich auch als Gesetz[161]. Sie wird aus der „potestas legislatoria" abgeleitet und erstreckt sich auch auf alle Gesetze, die die Vorgänger auf dem Herrscherthron erlassen haben:

> „Dahingegen wenn derjenige, welcher die Potestatem legislatoriam besitzt, die Interpretationem authenticam zugleich hat, den geraden Weg gehen, und nicht nur die Dunckelheit eines Gesetzes durch einen Macht-Spruch, in krafft habender Potestatis legislatoriae haben, sondern auch die Deutung anders, als er es zuvor gemeynet, oder als derjenige, welcher das Gesetze zuerst gegeben, gedacht hat, machen kan. ... Wer wollte aber sagen, daß bey dieser Art der Interpretationis authenticae die Regel, daß ein jeder seine Worte am besten erklären könne, zum Grunde liege, da vielmehr aus dem vorhergehenden sich äussert, daß allhier ein solcher Fall supponiret werde, da mehr eine Species novae legislationis als Interpretationis verhanden ist."[162]

Die mit einer so weit gefaßten Aufgabenstellung versehene „interpretatio authentica" gehört daher folgerichtig in den Wirkungskreis des Gesetzgebers, nicht des Richters, der bei „dubia et obscura" und Lücken im Gesetz die Entscheidung des Gesetzgebers – und d. h. im Ancien Régime zumeist die des Alleinherrschers – einholen muß. Die Subordination des Richters gegenüber dem Gesetzgeber ist dabei auch als Ausdruck des politischen Machtanspruchs des Souveräns im absolutistisch geführten Staat zu werten. Sie

[161] M. Guyot, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et beneficiale, Tome V, nouv. ed. Paris 1784, Art. Déclaration, p. 295: „Une Déclaration de cette sorte est une loi par laquelle le roi explique, réforme ou révoque un édit, une ordonnance."

[162] A. F. Glafey, Recht der Vernunft, pp. 711, 712.

stellt zugleich die konsequente Verwirklichung der Willenstheorie[163] in der politischen und staatsrechtlichen Praxis dar.

Das Interpretationsmonopol des Herrschers in seiner Eigenschaft als Gesetzgeber wurde dabei vielfach durch ein Gesetz selbst gesichert, wie es besonders im absolutistischen Frankreich zu beobachten ist[164]. So bestimmt Ludwig XIV. in der *Ordonnance civile touchant la réformation de la justice* vom April 1667, daß die Richter sich bei Zweifeln und Schwierigkeiten bei der Anwendung gesetzlicher Vorschriften jeglicher Interpretation zu enthalten haben (titre I, Article 7)[165]:

> „Si dans les jugemens des procès qui seront pendans en nos cours de parlement et autres nos cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres-patentes, nous leur défendons de les interpréter, mais voulons qu'en ce cas elles aient à se retirer par-devers nous, pour apprendre ce qui sera de notre intention."

Ebenso sichert die *Nueva Recopilación* von 1567 das Interpretationsmonopol für die spanischen Könige[166]:

> „I mandamos, que quando quier que alguna duda ocurriere en la interpretacion, i declaracion de las dichas leyes de Ordenamientos, i Pragmaticas, i Fueros, ò de las Partidas, que en tal caso recurran à Nos, i à los Reyes, que de Nos vinieren para la interpretacion dellas; porque Nos, vistas las dichas dudas, declararèmos, i interpretarèmos las dichas leyes . . .".

Melo Freire beschreibt auch in diesem Sinn die Interpretationskompetenz in Portugal[167]:

[163] Dazu zuletzt ausführlich für das Reich, Preußen und Österreich H. Conrad, Richter und Gesetz im Übergang vom Absolutismus zum Verfassungsstaat. Kleine Arbeitsreihe des Instituts für europäische und vergleichende Rechtsgeschichte an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz, Heft 3, Graz 1971, pp. 8—23; vgl. auch J. Lukas, Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für Paul Laband, 1. Band, Tübingen 1908, pp. 399—427; J. Lukas, Benthams Einfluß auf die Geschlossenheit der Kodifikation, in: Archiv für öffentliches Recht, 26. Band, Tübingen 1910, pp. 67—115; L. Spiegel, Der référé législatif oder die Anfrage bei Hof, in: Gesetz und Recht. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellentheorie. Prager Staatswissenschaftliche Untersuchungen, Heft 1, München und Leipzig 1913, pp. 100—117.

[164] M. Guyot, Répertoire, Tome IX, Art. Interprétation, p. 480: „En France, nos rois se sont toujours réservé l'interprétation de leurs ordonnances."

[165] Isambert, Recueil général des anciennes lois françaises, Tome XVIII, nr. 503, p. 106.

[166] Ley 3, título 1, libro 2. Diese Bestimmung ist auch gleichlautend in die „Novisima Recopilación" von 1805 (Ley 3, título 2, libro 3) übernommen worden.

[167] Melo Freire, Institutiones iuris civilis Lusitani, p. 16.

„Lusitani quoque iuris nomine veniunt authenticae interpretationes, cum Rex ipse Legem suam interpretatur, vel eius nomine Regiae Supplicationis Domus."

Durch das *Generale Edictum* vom 18. August 1769 war das Interpretationsrecht auf die „Casa da Supplicaçao" übertragen worden. Die Interpretationsentscheidung („assento") war ein Gesetz.

Im *Instrumentum Pacis Osnaburgense* von 1648 (Art. V § 56; Art. VIII § 2) war das Interpretationsmonopol des deutschen Reichsgesetzgebers festgelegt, wenn auch nicht im Sinne des absolutistischen Machtstaates[168], da die Gesetzgebung hier eine zwischen Kaiser und Reichstag geteilte blieb: „... si quae vero dubia circa interpretationem constitutionum ac recessuum Imperii publicorum occurrunt, ... remittuntur ad Comitia Imperii universalia"[169].

Das gilt auch für den ungarischen Reichsgesetzgeber: „Talis interpretatio legis, principi nostro, statibusque, et ordinibus regni, qui eam condiderunt, est reservata ..."[170]. Noch 1790 bestätigt Leopold II. ausdrücklich den ungarischen Ständen[171]: „Leges ferendi, abrogandi, interpretandi potestatem in regno hoc Hungariae ... legitime coronato principi et statibus, ad comitia legitime confluentibus, communem esse, nec extra illa exerceri posse."

Für die Schweizer Eidgenossenschaft erklärt Franz Michael Büeler 1696, „daß die Auslegung solcher hochen Rechten eigentlich undt de Jure niemand als denen Hochlobl. Ständen der Eydtgenossenschaft gebührt ..., weilen demjenigen die Auslegung der Gesetze gebührt, welcher den Gewalt hat selbige aufzurichten"[172]. In diesem Sinne rekurrieren z. B. 1733 Gericht und

[168] Der Interpretationsvorbehalt des IPO richtete sich in erster Linie gegen den Kaiser, da die protestantischen Reichsstände im Restitutionsedikt v. 1629 Kaiser Ferdinands II. einen Eingriff in ihre Rechte gesehen hatten. Zugleich band jedoch der Interpretationsvorbehalt auch die Reichsgerichte bei der Interpretation der Reichsgesetze an den Willen des Gesetzgebers; vgl. dazu H. Conrad, Richter und Gesetz, pp. 11, 12.

[169] IPO Art. V § 56, in: K. Zeumer, Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit, 2. Aufl., Tübingen 1913, p. 414.

[170] J. Szegedi, Tripartitum juris Hungarici, p. 255. Istvan Werboeczy hatte bereits 1514 in seinem „Tripartitum opus iuris consuetudinarii inclyti regni Hungariae" (Prolog, Titel 6, § 12) nach römischem Vorbild auch das Interpretationsrecht dem ungarischen Reichsgesetzgeber zugeordnet: „Si tamen quid ambiguum vel obscurum fuerit; eius est interpretari, qui condidit."

[171] Decretum Leopoldi II anni 1790, Art. 12, in: Magyar Törvénytár 1740—1835, ed. C. Kálmán / M. Dezsö, Budapest 1901, p. 160.

[172] F. M. Büeler, Compendium oder kurtzer Begriff des gemeinen Eydtgenossischen Rechtens oder Juris Publici Helvetici, 1696/97, p. 7, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht, 16. Bd., ed. A. Heusler u. a., Basel 1869.

Rat in Glarus an die Landsgemeinde zwecks Interpretation eines unklaren Gesetzes[173].

Der Grundsatz, daß das Interpretationsrecht allein dem Gesetzgeber zusteht, gilt also auch dort, wo die Stände Teilhaber oder Alleininhaber der Gesetzgebungsgewalt sind. Das römische Corpus Iuris Civilis dient dabei als Vorbild zur theoretischen Begründung des Interpretationsmonopols für den Gesetzgeber im Ancien Régime (Codex 1.17.2.21):

> „Si quid vero, ut supra dictum est, ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate Augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari."[174]

Die Grenze zwischen der authentischen Interpretation und dem in Frankreich so bezeichneten „référé législatif", der bei Lücken und Unklarheiten im Gesetz entscheidet, ist fließend und nicht eindeutig zu ziehen[175].

Innerhalb der deutschen Territorialstaaten bildet jedenfalls der „référé législatif" oder die „Anfrage bei Hof", wie sie Ludwig Spiegel nennt[176], ein konstituierendes Merkmal der absolutistischen Monarchie ganz im Sinne der zitierten französischen und spanischen Regelung. Dieser Anspruch des Gesetzgebers ist bereits durch Ferdinand II. im Kundmachungspatent zur *Verneuerten Landes-Ordnung desß Königreichs Böheimb* von 1627[177] ganz im Sinne der Konzentrierung aller gesetzgeberischen Einzeltätigkeiten in der Hand des Landesherrn formuliert worden:

> „Auch darby Uns nicht allein die Königliche Macht, solche Unsere Landes-Ordnung zu mehren, zu änderen, zu besseren, und was sonst das Ius legis-

[173] J. J. Blumer, Staats- und Rechtsgeschichte der schweizerischen Demokratien, 2. Theil, 1. Band, St. Gallen 1858, p. 141.

[174] Ebenso Codex 1. 14. 12.: „Si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet."

[175] Vgl. H. Conrad, Richter und Gesetz, pp. 37, 38 n. 44 und die dort Zitierten; H. Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte II, pp. 384, 385. Zur Entwicklung des „référé législatif" in Frankreich vgl. Yves-Louis Hufteau, Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi. Travaux et recherches de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Paris, série „Droit Privé" No 2, Paris 1965, pp. 9 ss.

[176] Vgl. L. Spiegel, Der référé législatif oder die Anfrage bei Hof, pp. 100 ss., der in dieser Einrichtung nicht nur ein Element der Willenstheorie, sondern auch ein praktisch-politisches Moment sieht und dies gegenüber J. Lukas, Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers, ausdrücklich betont. Darauf wird auch hier im folgenden Bezug genommen.

[177] Zit. nach: Der Römischen Kayser auch zu Hungarn und Böheimb etc. Königlichen Majestät Ferdinandi des Anderen etc. Verneuerte Landes-Ordnung deroselben Erb-Königreichs Böheimb. Auff der jetzt Regierenden Kayser- und Königl. Majestät Ferdinandi des Dritten etc. allergnädigsten Befehl von neuem auffgeleget und mit unterschiedlichen Declaratorien und Novellen vermehret, ed. C. F. A. Dobroslavina, Prage 1714.

ferendae mit sich bringet, vorbehalten, sondern Uns auch gnädigst erbotten, diejenigen Fälle, so in dieser Landes-Ordnung nicht begriffen, und hiebevor nicht durch geschriebenes Recht, sondern vielmehr nach Befund der Rechts-Sitzer, und etwann auff vorhergegangene Präjudicia, erörtert worden, wann dieselbe, wie allbereit anbefohlen, zusammengetragen, und Uns vorbracht werden, durch Constitutiones Regias zu decidiren."

Im Text der „Verneuerten Landes-Ordnung" (D. XLIX) wird dieser Anspruch gesetzlich fixiert. Die bisher übliche Rechtsprechung nach den „Praejudicata" wird als gefährlich und ungerecht bezeichnet und die Forderung erhoben, alle zweifelhaften und nicht geregelten Fälle zusammenzutragen und „zu Unserer Decision zu Handen Unserer Königlichen Böheimbischen Hoff-Cantzley (zu) einantworten"[178].

Die Ausfüllung der Gesetze bleibt somit dem Gesetzgeber vorbehalten. Durch kaiserliches Reskript vom 8. Juni 1630 wird das Verbot der Präjudizien wiederholt und bestimmt, daß nicht nur bei Lücken im Gesetz sondern auch „in casibus dubiis an Ihro Majestät um Belernung zu recurriren" sei[179]. Dieser Grundsatz wird in einer königlichen Deklaration Ferdinands III. von 1640 erneut gesetzlich festgelegt[180]. In diesem Sinne stellt die veröffentlichte Sammlung der „Declaratorien und Novellen" laut Publikationspatent von 1640[181] eine Zusammenfassung all der „unterschiedlichen sowohl in Iure publico als privato für gefallenen zweifelhaftigen Fälle" dar, die „durch königliche Declaratorien und neue Satzungen determiniret und entschieden" worden sind. Erklärung und Ergänzung vorliegender Gesetzgebungswerke werden hier als Tätigkeit des monarchischen Alleingesetzgebers ausgewiesen.

Dieser Zug, dem Gesetz nach seiner Schöpfung kein Eigenleben zuzubilligen, sondern es weiterhin an den Willen seines Schöpfers zu binden und demgemäß den Richter unter die einzuholenden Weisungen des Gesetzgebers zu stellen, läßt sich noch bis in das späte 18. Jahrhundert weiterverfolgen[182]. So verpflichtet die österreichische *Allgemeine Gerichtsordnung* von 1781 den Richter (§ 437):

[178] Dobroslavina, Verneuerte Landesordnung, pp. 169, 170.

[179] Codex Ferdinandeo-Leopoldino-Josephino-Carolinus: Pro Haereditario Regno Bohemiae . . . , ed. J. J. von Weingarten, Prag 1720, p. 154, nr. 49.

[180] Der Römischen Kayser auch zu Hungarn und Böheimb etc. Königlichen Majestät Ferdinandi des Dritten über der Neuen Landsordnung des Königreichs Böheimb publicirte Königliche Declaratorien und Novellen, C c. V, p. 40; beigeheftet der Verneuerten Landesordnung, Prage 1714 (vgl. oben n. 177).

[181] Vgl. oben n. 180.

[182] Weitere Beispiele aus der Praxis finden sich bei J. J. Moser, Von der Landeshoheit in Regierungssachen, pp. 320—323.

„Sollte aber über den Verstand des Gesetzes ein gegründeter Zweifel vorfallen, so wird solcher nach Hof anzuzeigen, und die Entschließung darüber einzuholen sein."[183]

Die Identität zwischen Wortlaut und „Verstand" des Gesetzestextes wird das angestrebte Ziel, das eine interpretatorische Tätigkeit des Richters von vornherein überflüssig machen soll. Ist diese Identität nicht erreicht, so bleibt der Vorbehalt des Landesherrn bzw. der ihm unterstellten Behörden für die Ausräumung des Zweifels bestehen. Im Kundmachungspatent vom 1. November 1786 wird dieser Grundsatz für das österreichische *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch*, dessen 1. Teil unter Joseph II. zustande gekommen war, erneut formuliert[184] und im § 26 dieses Gesetzes dem Richter aufgegeben, daß „die Belehrung allezeit von dem Landesfürsten gesuchet werden soll"[185].

Der absolute Vorrang des gesetzgeberischen Willens duldet dabei auch folgerichtig keine anderen Rechtsquellen, soweit sie dem gesetzgeberischen Willen entgegenstehen oder nicht von diesem ausgehen. So wird auch das Gewohnheitsrecht als eine Form stillschweigender Gesetzgebung des Souveräns gedeutet (§ 14):

„Aber da solche Gewohnheiten ihre ganze Wesenheit und Verbindlichkeit nur von der gesetzgebenden Gewalt und der stillschweigenden Bewilligung des Landesfürsten erhalten, so bleibt es diesem auch stets vorbehalten, Gewohnheiten nach Erfordernis der Umstände zu beschränken und aufzuheben."[186]

Ebenso werden für den in den Privilegien verkörperten landesherrlichen Willen ein Befolgungsgebot und ein Störungsverbot gesetzlich festgelegt (§ 15)[187], obwohl nach der Privilegienlehre diese Elemente ohnehin jedem Privileg eigen sind.

Die geschilderten Grundsätze lassen sich beispielhaft auch aus dem Entwurf des hannoverschen Landrechts von Friedrich Esajas Pufendorf(1772)[188]

[183] Joseph des Zweyten Gesetze und Verfassungen im Justiz-Fache (1780—1784), Wien 1817, nr. 13, p. 78 (im folgenden JGS abgekürzt).

[184] JGS (1785—1786), nr. 591, p. 72.

[185] JGS (1785—1786), nr. 591, p. 77.

[186] JGS (1785—1786), nr. 591, p. 75; vgl. auch Prevôt de la Jannés, Les principes de la jurisprudence française I, p. 2: „... les Coutumes ne peuvent recervoir le caractère de Loi que par l'approbation expresse ou tacite du Souverain."

[187] JGS (1785—1786), nr. 591, p. 75.

[188] Friedrich Esajas Pufendorfs Entwurf eines hannoverschen Landrechts vom Jahre 1772.

und dem unter Maria Theresia hergestellten Entwurf eines Zivilgesetzbuches (1766) – dem *Codex Theresianus*[189] – ablesen. Das gleiche Bild wiederholt sich in der preußischen Gesetzgebung, wenn es z. B. im Kundmachungspatent Friedrich Wilhelms I. für das *Verbesserte Land-Recht des Königreichs Preussen* heißt, daß im Zweifelsfall „der Casus mit Rationibus dubitandi et decidendi zu Unserer Decision eingeschickt werden soll". Die preußische *Allgemeine Gerichts-Ordnung* vom 6. 7. 1793 (1. Teil, 13. Titel, § 32) verpflichtet das Richterkollegium, wenn der Sinn des Gesetzes „für dunkel und zweifelhaft angesehen wird", zur Anfrage bei der neugeschaffenen Gesetzkommission. Ebenso hält auch das ALR (Einleitung § 47) an der Pflicht des Richters fest, „seine Zweifel der Gesetzkommission an(zu)zeigen und auf deren Beurteilung (zu) beantragen"[190].

Im Interpretationsmonopol bzw. „référé législatif" fand der absolutistische Anspruch von der Einheitlichkeit und Unteilbarkeit des Herrscherwillens auf allen Ebenen des Staates seine konsequente Verwirklichung. Die „Hofdekrete", „Deklaratorien", „declaratoria", „les déclarations", die „declaración" und das schottische „declaratory law"[191] sind die die Gesetzgebung ergänzenden, ausfüllenden, interpretierenden und neuen Bedingungen anpassenden Willenserklärungen des Regenten, die von ihm als Gesetzgeber bzw. von autorisierten Gerichten und Behörden mit unmittelbarer Bindungskraft ausgehen. Sie stellen einen wichtigen Bestandteil und Ausfluß der „potestas legislatoria" dar. Mit der Sicherung des Gesetzgebungs- und Interpretationsmonopols geht in der Regel das Verbot der „Praejudicata"

Ed. W. Ebel, Quellen und Darstellungen zur Geschichte Niedersachsens, Band 78, Hildesheim 1970, Titel I § 1, p. 22.

[189] Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen. Herausgegeben und mit Anmerkungen versehen von Th. Harras Ritter von Harrasowsky, Bd. 1, Wien 1883, Caput I § V, nr. 84, p. 51.

[190] Durch die „Allerhöchste Cabinets-Ordre die Verbesserung des Justiz-Wesens betreffend" Friedrichs d. Gr. vom 14. April 1780 war der Interpretationsvorbehalt zum Grundsatz für die zukünftigen weiteren Kodifikationsarbeiten erklärt worden; Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgensium praecipue Marchicarum . . . , Band 6, nr. 13, pp. 1936—1943; vgl. auch H. Conrad, Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten von 1794, Köln und Opladen 1958, pp. 13—15. 1798 wurde diese Anfragepflicht aufgehoben. Der „Code civil" (1804) und das österreichische ABGB (1811) beseitigen ebenso wie bereits zuvor die Westgalizische Gerichtsordnung von 1796 den „référé législatif" und begründen damit die verselbständigte richterliche Pflicht zur Urteilsfällung; vgl. H. Conrad, Richter und Gesetz, p. 17—21.

[191] G. Mackenzie, The institutions of the law of Scotland, the seventh edition, revised and corrected by A. Bayne, Edinburgh 1730, p. 6: „Some laws are called Declaratory, because they do not introduce any new Law, but declare what formerly was Law."

und des entgegenstehenden Gewohnheitsrechts einher. Der Herrscher sucht damit seinen Willen – und d. h. sein Gesetz – als die allein verbindliche Norm zu erklären und demgemäß auch alle anderen Quellen zu verstopfen, aus denen Recht mit der „vis obligandi inter omnes" unbemerkt doch einströmen könnte[192]. Die durch den Interpretationsvorbehalt ausgesprochene Abwehr nebenwirkender, rechtsbildender Kräfte ist dabei auch gegen die „doctores" gerichtet. Die spanische *Nueva Recopilación* (1567)[193] verbindet mit der gesetzlichen Sicherung des Interpretationsmonopols des Königs ausdrücklich das Verbot, in Zukunft noch auf die Ansicht eines Bartolus usw. zurückzugreifen:

> „I revocamos le lei de Madrid, que habla cerca de las opiniones de Bartulo, i Baldo, i Juan Andrès, i el Abad, qual dellas se deve seguir en duda à falta de lei, i mandamos que no se use della."

Dieselbe Regelung ist gleichlautend in die *Novisima Recopilación* (1805)[194] übernommen worden. Joseph I. von Portugal bestimmt im § 13 des *Generale Edictum* vom 18. August 1769, daß die Glossen und Rechtsmeinungen des Accursius und Bartolus, deren Autorität zu folgen die „Ordenação" (lib. III, tit. 64, § 1) vorgeschrieben hatte, nicht mehr vor Gericht angeführt oder von Richtern angewendet werden dürfen[195]. Das Interpretationsmonopol des Regenten wird zum allgemeinen Kommentierungsverbot ausgeweitet. Kurfürst August von Sachsen legt in der *Erläuterung und Verbesserung der bißherigen Process- und Gerichts-Ordnung* vom 10. Januar 1729 fest, „daß über diese Unsere erläuterte Process-Ordnung, ohne Unserm Vorbewust und Approbation, niemand zu schreiben, zu commentieren, und solche zu interpretiren, sich unterfangen solle"[196]. In der Vorrede zum *Project des Corporis Juris Fridericiani* von 1749/1751[197] ist das Kommentierungsverbot mit besonderem Nachdruck formuliert worden:

> „Und damit die Privati, insonderheit aber die Professores, keine Gelegenheit haben mögen, dieses Land-Recht durch eine eigenmächtige Interpretation zu corrumpiren, so haben Se. Königl. Majestät bey schwerer Strafe verboten, daß niemand, wer er auch sey, sich unterstehen solle, einen Commentarium

[192] Vgl. L. Spiegel, Der référé législatif, p. 111.
[193] Ley 3, título 1, libro 2.
[194] Ley 3, título 2, libro 3.
[195] H. Schäfer, Geschichte von Portugal, 5. Band, Gotha 1854, p. 468.
[196] Codex Augusteus, oder Neuvermehrtes Corpus iuris Saxonici, ed. J. Chr. Lünig, Leipzig 1724, col. 2383.
[197] Vgl. H. Conrad, Rechtsgeschichte II, p. 387.

über das gantze Land-Recht, oder einen Theil desselben zu schreiben; ... Daher die Professores bloß der Jugend das Systema bekannt machen, und derselben die Principia generalia deutlich vortragen etc. sollen und müssen. Se. Königl. Majestät haben ferner verboten, daß künftig in dergleichen Civil Sachen keine Autoritaet der Doctorum weiter allegiret werden, sondern ein jeder seine Jura einzig und allein aus diesem Land-Recht defendiren solle."[198]

In der Strenge des Kommentierungsverbotes drückt sich letztlich die Überzeugung aus, in den Gesetzeswerken der Kodifikationsepoche endlich das „ius certum et universale" gefunden zu haben, das durch andere neben dem Rechtsetzungsmonopol des Herrschers stehende Kräfte nicht wieder aufgelöst werden darf. Im Titel der soeben zitierten Ausgabe des *Project des Corporis juris Fridericiani* wird klar ausgesprochen, daß in eben diesem Gesetzentwurf „alle zweifelhafte Jura, welche in den Römischen Gesetzen vorkommen, oder von den Doctoribus gemacht worden, decidiret, und solchergestalt Ein Jus Certum und Universale in allen Dero Provintzen statuiret wird"[199]. Einer solchen konservierenden Absicherung des im Gesetzbuch systematisch geordneten Rechtsstoffs diente z. B. auch noch das Verbot in § 6 Einleitung zum ALR, auf Meinungen der Rechtslehrer und ältere gerichtliche Urteile zurückzugreifen[200].

Dementsprechend sind die Gerichte auch weitgehend den Behörden des Landesherrn unterworfen, deren Weisungen sie zu folgen haben. Gesetzgebung und Rechtsprechung stellen somit keine voneinander unabhängige Gewalt dar, sondern stehen zum Teil in einer eigentümlichen Gemengelage, deren Einheit nur in der Fixierung auf die Figur und den Willen des Herrschers bzw. Gesetzgebers gefunden werden kann.

Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß auch Urteile der obersten Gerichte mit unmittelbarer Gesetzeswirkung ausgestattet sein können. Die Einordnung der Urteile und Präjudizien in eine Rangordnung der Rechts-

[198] Project des Corporis Juris Fridericiani, das ist Sr. Königl. Majestät in Preussen in der Vernunft und Landesverfassungen gegründetes Land-Recht ..., 2. Auflage, Halle 1750, Vorrede p. 12; ebenso Part. I, Lib. I, Tit. 2, §§ 5, 10, pp. 4, 5.

[199] Vgl. oben n. 198. Zum Kommentierungsverbot und Streben nach einem „jus certum" vgl. auch H. Thieme, Die preußische Kodifikation, in: SZGerm 57 (1937), pp. 362, 395; H. Thieme, Die Zeit des späten Naturrechts, in: SZGerm 56 (1936), p. 243.

[200] Auch hier besteht eine Parallele zum Verbot Justinians, das römische Corpus iuris civilis zu kommentieren; vgl. dazu F. Pringsheim, Justinian's prohibition of commentaries to the Digest, in: Revue internationale des droits de l'antiquité 5, Mélanges Fernand de Visscher IV, Bruxelles 1950, pp. 383—415.

quellen ist sehr unterschiedlich und wenig bestimmt. Es ist zu beobachten, daß die Neigung, den Urteilen eine hohe gesetzesgleiche oder – ähnliche Autorität zuzumessen, in dem Maße wächst, wie die Gesetzgebung unvollkommen und der Rechtsquellenbestand vielgestaltig und unsicher ist. Die Unterscheidung in eine gesetzliche und gesetzesähnliche Wirkung wird nur selten klar durchgeführt. Häufig wird das Urteil eines obersten Gerichts nur mit der Autorität eines Gesetzes verglichen und nur selten ihm deshalb die gleiche Wirkung beigelegt[201]. Unstreitig gelten jedoch als Gesetze die „arrêts de reglemens des Cours souveraines" in Frankreich, die erlassen werden „pour être observées comme Loix dans l'étendue de leur ressort, sous le bon plaisir de sa Majesté . . ."[202]. In Portugal haben die Interpretationsentscheidungen, die sogenannten „assentos" der „Casa da Suplicação", der vom König die Interpretationskompetenz übertragen war, Gesetzeskraft[203]. Es ist bezeichnend, daß erst durch ein Gesetz des Regenten vom 18. August 1769 dieser Gesetzesrang begründet worden ist. Das trifft auch für die Urteile der Senate von Piemont und Savoyen zu, denen durch die königlichen Konstitutionen von 1729 formelle Gesetzeskraft beigelegt wurde. Grundlage dafür war jedoch, daß die Senate „quippe vice Principis judicant"[204]. Ähnlich verhält es sich mit den „decreta communia" des Reichskammergerichts, die eine „singularis quaedam potestatis legislatoriae species"[205] darstellen. Dennoch wird das Rechtsetzungsmonopol des Reichsgesetzgebers formell gewahrt, da die Übereinstimmung der »decreta communia" mit den Reichsgesetzen durch die Visitationskommissionen festgestellt werden mußte[206], die im Auftrag von Kaiser und Reichstag – also des Gesetzgebers – tätig wurden. In Spanien konnten die einstimmig oder mit Mehrheit gefaßten richterlichen Beschlüsse über Interpretation und Applikation der Gesetze – die sogen. „autos

[201] So erklärt z. B. G. Coquille, Questions, responses et meditations sur les articles des coustumes CXXIX, in: Les œuvres de maistre Guy Coquille, tome II, Paris 1665, p. 264: „L'authorité des Arrests est grande, et a force de loy."

[202] C.-J. de Ferriere, Dictionnaire de droit et de pratique, tome I, nouvelle édition, Paris 1762, p. 121.

[203] Melo Freire, Historiae juris civilis Lusitani liber singularis, editio quarta, Olisipone 1806, pp. 154, 155; R. Ribeiro, Historia do direito Portuguez, pp. 540, 541; H. Schäfer, Geschichte von Portugal, p. 465.

[204] G. Gorla, Die Bedeutung der Präzedenzentscheidungen der Senate von Piemont und Savoyen im 18. Jahrhundert, in: Jus Privatum Gentium, Festschrift für Max Rheinstein I, Tübingen 1969, p. 113.

[205] J. St. Pütter, Institutiones iuris publici Germanici, § 273, p. 282.

[206] G. M. Ludolf, Corpus iuris cameralis, das ist des Kayserlichen Cammer-Gerichts Gesetz-Buch, Franckfurt am Mayn 1724, p. 949.

acordados" – dann Gesetzeskraft erlangen, wenn sie durch den König promulgiert wurden[207]. In diesem Sinne erklärt auch ein Wittenberger Consilium von 1749, daß grundsätzlich Urteil und Reskript der oberen Gerichte dann zum Gesetz werden, wenn sie vom Träger der „potestas legislatoria" „in das Land publiziert, wenigstens zu aller derer, die dadurch obligiret seyn sollen, Wissenschaft" gebracht werden[208].

Auch wenn in den genannten Fällen der Gesetzesrang der Urteile immer erst durch einen entsprechenden Auftrag des Gesetzgebers begründet wurde und das Rechtsetzungsmonopol des Gesetzgebers also gewahrt blieb, so sind diese Rechtsprechungsprodukte doch zugleich ein Beispiel für die Überschneidung legislativer und jurisdiktioneller Gewalten bzw. Funktionsträger. Die Grenzen zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung verschwimmen hier.

Dieser für den Bereich der Gesetzgebung im Grundsätzlichen aufgezeigte Machtanspruch des Herrschers im absolutistischen Staat fand natürlich auch viele Widerstände in der Praxis des politischen Lebens und einschränkende Interpretationen durch die Theorie. Dazu sind beispielsweise zu zählen die Macht des französischen „parlement" durch das Erfordernis des „enregistrement", die Bindung des Herrschers an das „ius divinum" und „ius naturale", die schrankenbildende Funktion der „leges fundamentales", die Betonung und inhaltliche Konkretisierung des Herrscherethos, die Unverletzlichkeit des ständischen Privilegienbestandes durch die »lois fondamentales", die Entwicklung der Aufopferungslehre und die Entschädigungspflicht bei Entzug oder Eingriff in die „iura quaesita"[209], der Schutz des „ius tertii", die Ausrichtung des Staatszwecks – d. h. besonders der Gesetzgebung – am Gebot des „bien commun", des „bonum publicum", der „salus publica", der „utilitas", der „felicidad", der „gemeinen Wohlfahrt", die im Vernunftzeitalter in der Nachbarschaft zum gemeinen Willen – der „volonté générale" – stehen[210].

[207] A. García Gallo, Curso de historia del derecho Español I, p. 354.

[208] J. A. Fischer, Supplementum I, Speciminis VII. Sive dissertatio de libero principis in legum promulgatione arbitrio, publice defensa Vitebergae ... 1752, pp. 24, 34, in: G. A. Jenichen, Observationes selectae ad Augustini de Leyser aeternum meditationum ad pandectas opus, Halae 1774.

[209] Vgl. §§ 74, 75 Einleitung ALR.

[210] Das Vernunftzeitalter mißt die Gesetze an ihrem „Wohlfahrtswert". Der eudaimonistische Zweck und die allgemeine Form der Anordnung werden im vom Naturrecht beherrschten Europa für das Gesetz kennzeichnend; vgl. H. Thieme, Die Zeit des späten Naturrechts, in: SZGerm 56 (1936), p. 207; G. Kleinheyer, Vom Wesen der Strafgesetze, p. 16;

V.

Vor dem Hintergrund des geschilderten Formenreichtums und der Begriffsvielfalt der der Gesetzgebungsgewalt zuzuordnenden Rechtsetzungsakte muß die Entwicklung zum konstitutionellen Gesetzesbegriff am Ende des 18. Jahrhunderts gesehen werden. Zu seinen Voraussetzungen zählen die Zentralisation der rechtsetzenden Gewalt in der Hand der Staatsleitung, ausgedrückt in einer weitgehenden Souveränität des Staates gegenüber der Kirche und den übrigen intermediären Gewalten, und die Verselbständigung und Überordnung einer vom „Volke" abhängigen Legislative über Justiz und Verwaltung[211]. Diese auf eine Gewaltenteilung zielende Trennung der einzelnen staatlichen Funktionen war im Absolutismus zum Teil organisatorisch vorbereitet worden. Die Französische Revolution wird zum Ausdruck des Kampfes des dritten Standes um die Beteiligung an der politischen Macht und gegen das absolutistische Rechtsetzungsmonopol des Herrschers. Der angestrebte Vorrang des Gesetzes meint hier die Überordnung der vom souveränen Volk beschlossenen Norm über alle anderen Staatsakte[211]. Die „volonté générale" – von Rousseau verkündet und von den Enzyklopädisten Diderot und Jaucourt bereits vorgeprägt[212] – löst die „voluntas principis" ab. Ein erster verfassungsrechtlich bindender Ausdruck findet sich in der *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* vom 26. 8. 1789 (Art. 6):

> „La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont le droit de concourir personellement, ou par leurs représentants, à sa formation."[213]

Form und Inhalt des durch den Volkswillen gebildeten Gesetzes stellen eine unteilbare Einheit dar. Die begriffliche Vereinheitlichung der Gesetzgebungsakte wurde erstmals vom Verfassungsausschuß in der Sitzung der

G. Kleinheyer, Staat und Bürger im Recht. Die Vorträge des Carl Gottlieb Svarez vor dem preussischen Kronprinzen (1791—92), Bonn 1959, pp. 42 ss., 62 ss.; H. Conrad, Staatsgedanke und Staatspraxis des aufgeklärten Absolutismus. Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 173, Opladen 1971, pp. 59 ss.; E. Walder, Aufgeklärter Absolutismus und Revolution, in: Schweizer Beiträge zur allgemeinen Geschichte 15 (1957), pp. 150 ss.; G. Astuti, La formazione, pp. 236—242; E.-W. Böckenförde, Der Rechtsbegriff in seiner geschichtlichen Entwicklung, in: Archiv für Begriffsgeschichte XII (1968), p. 156; R. Grawert, Historische Entwicklungslinien des neuzeitlichen Gesetzesrechts, in: Der Staat XI (1972), p. 16.

[211] H. Heller, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 4, Berlin-Leipzig 1928, pp. 102 ss.

[212] Vgl. E. Weis, Frankreich von 1661 bis 1789, in: Handbuch der europäischen Geschichte IV, p. 289 und die dort Zitierten.

[213] In: Lois et actes du gouvernement, tome IV, Août à Octobre 1791, Paris 1834, p. 185.

„Constituante" vom 8. Oktober 1789 behandelt. Robespierre beantragte hier einen Beschluß über eine einheitliche Form der Ausfertigung der sanktionierten Dekrete. Er erklärte in dieser Debatte[214]:

> „... Vous ne pouvez adopter, ni celle des arrêts du conseil, ni celle des déclarations; vous rejetterez, sans doute, ces expressions du despotisme de notre certaine science, pleine puissance et autorité royale; car tel est notre plaisir. La liberté doit exister dans les mots, par lesquels vous exprimez les choses, et dans la forme de la loi, comme dans la loi même. Je demande qu'on s'occupe en ce moment de cette formule."

Duport schlägt vor, die Bezeichnungen „décrets nationaux, ou lois nationales" zu gebrauchen:

> „Mais lois est trop général, et ce terme est purement métaphysique."

Desmeuniers wendet sich gegen diesen Vorschlag:

> „Le mot loi exprime tout ce qu'il y a de plus imposant, puisqu'il annonce l'acte auquel tous les Peuples doivent être soumis."

Robespierre beantragt schließlich in dieser Debatte:

> „Que tous les décrets de l'Assemblée soient exprimés par le terme uniforme de loi."

Die alten Bezeichnungen für die königlichen Gesetzgebungsakte blieben jedoch vorerst weiterhin üblich. Das ändert sich erst mit dem Gesetz vom 2. bis 5. November 1790[215]:

> „L'Assemblée nationale ...déclare:
> 2° Que tous les décrets acceptés et sanctionnés par le roi, promulgués sous les divers titres de lettres-patentes, proclamation du roi, déclaration du roi, arrêt du conseil ou tous autres, sont également lois du royaume."

Die Entwicklung führt hier in Frankreich zur Bildung eines einheitlichen Gesetzesbegriffs im Früh-Konstitutionalismus, wie er erstmals in dem Ver-

[214] Für dieses und die folgenden Zitate: Gazette Nationale ou le Moniteur universel No. 69, du 8 au 9 octobre 1789, in: Gazette nationale, ou le Moniteur universel; commencé le 5 Mai 1789. Précédé d'une introduction historique, contenant un abrégé des anciens états-généraux, des assemblées des notables, et des principaux événemens qui ont amené la révolution, à Paris, l'an IV de la république, p. 283. Vgl. auch G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, pp. 73 ss.; W. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, p. 49.

[215] „Loi qui règle le mode de la promulgation des lois", in: Lois et actes du gouvernement II, Octobre 1790 a Février 1791, Paris 1834, pp. 82, 83.

fassungsgesetz vom 3. September 1791 (titre III, chapitre III, section III, article 6) niedergelegt ist[216]:

> „Les décrets sanctionnés par le Roi, et ceux qui lui auront été présentés par trois législatures consécutives, ont force de loi, et portent le nom et l'intitulé de lois."

Damit erhält schließlich auf der Grundlage der Gewaltenteilungslehre die von der Volksrepräsentation abhängige Gesetzgebung den Vorrang vor den übrigen Staatsakten. Nach der Beseitigung des selbständigen königlichen Verordnungsrechts in England durch die „Supremacy of Law"[217] blieb die geschilderte Entwicklung in Frankreich Beispiel und Grundlage für die weitere Rationalisierung des Gesetzesbegriffes in den transpersonalen, konstitutionellen Staaten Europas. Damit ist der Bogen geschlagen vom „suprema lex regis voluntas" zum »supremus rex legis voluntas".[218]

VI.

So autonom der Souverän bei der Rechtsgestaltung für seinen Herrschaftsbereich auch war und so lückenlos zumeist das juristische Netz zur Absicherung des monarchischen Rechtsetzungsmonopols auch geknüpft wurde, so sind doch im 18. Jahrhundert die Elemente nicht zu übersehen, die die Gesetzgebungspraxis – wie ohnehin die Politik[218a] – in einen zwischenstaatlichen Bedingungszusammenhang stellen. Die Theorie erkennt die Abhängigkeiten der Rechtsentwicklung verschiedener Staaten voneinander und sucht sie für die Erkenntnis und Bestimmung der eigenen Position nutzbar zu machen, besonders für den Bereich der Gesetzgebung. Der Gesetzgeber berücksichtigt zunehmend auch die Gesetzgebungspraxis der Nachbarstaaten. Daraus folgt eine rechtsvergleichende Betrachtungsweise in Theorie und Praxis.

Im personalgebundenen Staat des Ancien Régime besteht noch keine Einheit zwischen dem staatlichen Herrschaftsbereich und seinem Rechtsquellenbestand. Beim häufigen Wechsel der staatsrechtlichen Zugehörigkeit der ein-

[216] „Constitution française"; donné à Paris, le 14 septembre 1791; Décret de l'Assemblée nationale, du 3 septembre 1791, in: Lois et actes du gouvernement IV, p. 210.

[217] Vgl. J. Hatschek, Englische Verfassungsgeschichte, pp. 373, 376, 380 ss.

[218] Vgl. L. Spiegel, Das Erbe des absolutistischen Staates, pp. 17, 18.

[218a] Über die im 18. Jahrhundert zunehmende Kontrollfunktion und Maßgebung der „öffentlichen Meinung" für den Gesetzgeber vgl. R. Grawert, Historische Entwicklungslinien des neuzeitlichen Gesetzesrechts, p. 18.

zelnen Territorien blieben die für diese gültigen Gesetze in der Regel unverändert in Kraft, soweit sie nicht ausdrücklich aufgehoben wurden. Rechtsbewußtsein und Begrenztheit der staatlichen Machtmittel ließen bis zur Revolutionszeit bei Eroberungen, Abtretungen und Zusammenschlüssen die Verfassung und das Rechtssystem der betreffenden Landschaft weitgehend unberührt. Die rechtliche Individualität ging nicht in der höheren Einheit des neuen Staates auf[219]. Der territoriale Geltungsbereich der Gesetze konnte somit vom territorialen Herrschaftsbereich des ursprünglichen Gesetzgebers völlig losgelöst sein. Der Rechtsbestand einer Landschaft wurde in der Regel durch Konfirmationen des neuen Herrschers bestätigt und perpetuiert.

Das Gesetzesstudium verlangte daher zumeist auch eine genauere Kenntnis des Gesetzgebers und der Adressaten. Damit mußte der Blick zwangsläufig auch auf die Entwicklung anderer Nachbarstaaten gelenkt werden. So fordert Gottlieb Stolle[220]:

> „Gleichwie nun die Gesetze und Rechte der Jurisprudenz zur Grundlage dienen, also wird man selbige nicht recht einsehen, wo man die Republic, der sie gegeben worden, nicht recht kennt. Daher muß ein der Rechte Beflissener die Bücher, so uns die Thüre zu den Republiken eröffnen, sich bekannt machen."

Stolle zählt zu diesen Werken Johannes Angelus Werdenhagen, *Universalis introductio in omnes republicas, Amstelod. 1631* und Johannes Andreas Bosius, *Introductio generalis in notitiam Rerumpublicarum orbis universi, Jenae 1676*. Dabei steht keineswegs die Darstellung des Gesetzgebers des rezipierten römischen Rechtes allein im Vordergrund. Die bibliographische Anleitung Stolles erstreckt sich auch auf Werke „von den neuern Republiken, so uns am meisten angehen." Dazu gehört beispielsweise seinem Urteil nach Everhardi Ottonis, *Primae lineae Notitiae Rerumpublicarum, Ultrajectum 1726*[221]. Bereits 1701 bekundete Christian Thomasius seine – jedoch nicht

[219] Vgl. D. Gerhard, Regionalismus und ständisches Wesen als ein Grundthema europäischer Geschichte, in: Alte und neue Welt in rechtsvergleichender Geschichtsbetrachtung. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte, Göttingen 1962, pp. 16, 17.

[220] G. Stolle, Anleitung zur Historie der Juristischen Gelahrheit, mit einer Vorrede von dem Werth und Nutzen der Deductionen begleitet von Christian Gottlieb Budern, Jena 1745, pp. 41, 42.

[221] Vgl. auch J. Chr. Majer, Germaniens Urverfassung. Mit einer Vorrede über den akademischen Vortrag der teutschen Rechtsgeschichte, Hamburg 1798, p. 6: „Auf die Geschichte des Vaterlands muß unser Augenmerk zunächst und vorzüglich gerichtet seyn: aber man kann sich davon großen Gewinn versprechen, wenn man damit die Geschichte anderer Völker und Staaten verbindet."

verwirklichte – Absicht, eine umfassende Gesetzgebungsgeschichte zu schreiben. Er führte aus:

> „Würde ich ... mich über eine Arbeit machen, ... darinnen der Ursprung und Fortgang aller sowohl göttlichen als menschlichen publicirten Gesetze von Anfang der Welt her bis zu unsern Zeiten aus der Heiligen Schrift und profan Scribenten deutlich gezeuget, ... nebst der Betrachtung der Einrichtung des Staats, denen die leges sind appliciret worden, ingleichen die comparation und Gegeneinanderhaltung derer unterschiedenen hier und da gegebenen Gesetze ..."[222].

Auch dieses christlicher Morallehre und naturrechtlicher Betrachtungsweise verpflichtete Projekt betont ausdrücklich die „comparatio" als nützliches Erkenntnismittel für den Bereich der Gesetzgebung.

In England fordert William Blackstone 1758 in seiner Einführungsvorlesung „on the study of the law"[223] für den englischen Rechtsstudenten den Rückgriff auf die Quellen und „to the codes of nothern nations on the continent, ... to the rules of the Roman Law ..." sowie die Beachtung des Rechts aller westlichen Länder und den Vergleich mit deren Praxis[224]:

> „But, above all, to that inexhaustible reservoir of legal antiquities and learning, ... the law of nations in our western orb. These primary rules and fundamental principles should be weighed and compared with the precepts of the law of nature, and the practice of the other countries;"

Bereits 1681 hatte G. Stair seine *Institutions of the Law of Scotland* unter betonter Einbeziehung der *customs of neighbouring nations* geschrieben.

Rezeptionserfahrung und Gesetzgebungslehre des 18. Jahrhunderts lenken im besonderen Maße den Blick über die Grenzen des eigenen Landes auch auf die übrigen europäischen Staaten. So erklärt Pütter 1767 in seiner *Juristischen Encyklopädie und Methodologie:*

> „Allein eine vollständige juristische Encyklopädie wirft billig einen Blick auf alle Rechte jeder Völker und Zeiten, soweit nur glaubwürdige Nachrichten reichen.
> Zur Belohnung zeigt sich nicht selten ein Zusammenhang oft ganz voneinan-

[222] Chr. Thomasius, Allerhand bißher publicirte kleine teutsche Schriften, Halle 1701, Vorrede p. (8).

[223] W. Blackstone, Commentaries on the laws of England, Vol. I, the ninth edition, London 1783, pp. 3—37.

[224] W. Blackstone, Commentaries I, pp. 35, 36.

> der entfernt scheinender Rechte, die eben aus diesem Zusammenhange ein neues Licht erhalten."[225]

Pütters Formulierung kommt einem modernen Programm gleich, wenn er weiter ausführt:

> „Und da in Sonderheit diejenigen Gesetze, die das Glück haben, vorzüglich berühmt zu werden, bald in entfernten Gegenden ganz fremder Völker ihre Nachahmung finden, oder auch von späten Nachkommen wieder hervorgesucht und benutzet werden; so dürfte es nicht schwer fallen, von den meisten bekannten Gesetzbüchern eine beynahe in einer allgemeinen Kette zusammenhangende Verbindung zu zeigen. Wovon sich der doppelte Nutzen darbietet, theils von heutigen Rechten eines Volkes die wahre Quelle oft in gleichzeitigen oder älteren Gesetzen ganz anderer Völker zu entdecken, theils Vergleichungen mehrerer Rechte anzustellen, wobei sich bald eine bewundernswürdige Übereinstimmung der mehresten Völker, bald ein mit Nutzen zu erwegender Grund der Abweichung im Clima, in der Religion, in den Sitten u. s. f. zu Tage legt."[225]

Pütter beruft sich hier für das Letztere ausdrücklich auf Montesquieu's *L'esprit des loix*. Der Fundort für dieses zur Rechtsvergleichung geeignete Gesetzesmaterial war Europa, unabhängig von seiner staatsrechtlichen Aufteilung nach Herrschaftsbereichen. Ebenso gab es im Bereiche des Privatrechts auf der Grundlage des römischen Rechts und Naturrechts überregionale Zitierlandschaften, die an den Staatsgrenzen nicht haltmachen. So betonte Pütter auch den „unglaublichen Nutzen, wenn man mehr andere Staaten mit den seinigen in Vergleichung stellen kann, um desto fruchtbarere Begriffe zur Bestimmung jeder vorkommenden Fälle zu erlangen. Und auf gleiche Art wird es niemanden gereuen, in einzelnen Erörterungen des Privat-Rechts mehrere Rechte zu Rate zu ziehen."[226]

Pütter ist diesem Programm in seiner Schrift über den Büchernachdruck weitgehend gefolgt, da – wie er in der Einleitung sagt – „solche Rechtsfragen ... sich nicht darauf einschränken, was in diesem oder jenem Lande Rechtens, sondern was überhaupt in ganz Europa deshalb für recht oder unrecht zu halten sey."[227]

[225] J. St. Pütter, Neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie und Methodologie, Göttingen 1767, p. 23. [226] J. St. Pütter, Neuer Versuch, p. 29.

[227] J. St. Pütter, Der Büchernachdruck nach ächten Grundsätzen des Rechts, Göttingen 1774, p. 2; vgl. auch W. Neusüss, Gesunde Vernunft und Natur der Sache. Studien zur juristischen Argumentation im 18. Jahrhundert, Schriften zur Rechtsgeschichte, Heft 2, Berlin 1970, p. 85.

Die Einheit Europas wird dabei durchaus empfunden und im gemeinsamen Fundament der Rechtswissenschaft des 18. Jahrhunderts gesehen, das als eine Summe verschiedener gleichartiger Elemente und Quellen erklärt wird:

> „La jurisprudence actuelle de l'Europe est le résultat de la religion, des moeurs, des principes de chaque gouvernement, des coutumes primitives, des loix romaines, des loix barbares, des lois feodales, des loix ecclésiastiques, des loix particulières de chaque souverain, des systèmes des tribunaux et des opinions des jurisconsultes."[228]

Die „europäischen Staats-Sachen" werden zu einem neuen bibliographisch bearbeiteten und erfaßten Gebiet. Bereits im 17. Jahrhundert entstanden neue Quellensammlungen, die Gesamteuropa umfassen. Die einzelnen Staaten sind häufig durch völkerrechtliche Verträge und Garantien so miteinander verknüpft, daß sich eine isolierte Betrachtung der »iura et obligationes" verbietet, „veluti qua ratione in nostro iure publico, quae sunt Galliae et Sueciae iura ex garantia pacis Westphalicae, aut in Belgii foederati iure publico, quae ei sunt iura praesidii in vicinis Burgundiae Austriacae munimentis, certe omitti nequeunt"[229].
Christian Gastel veröffentlicht 1675 eine Zusammenstellung der wichtigsten die europäische Staatenwelt berührenden Verträge usw. und führt dazu aus:

> „Exhibeo autem tibi omnia pacta novissima, per totam Europam, pacem et bella concernentia, cum variis confoederationibus, ... Praxis proedrias seu praecedentiae novissima ostenditur et aliae utilissimae materiae juris publici hinc inde inseruntur; per sceleton quasi ostendo Europam ..."[230].

Dazu gehören weiterhin u. a. G. W. Leibniz[231], J. J. Schmauß[232], de Mably[233] und besonders G. Achenwall[234]. Letzterer gilt als der Begründer einer völlig neuen Literaturgattung, nämlich der Statistik. Die statistische Literatur ist keine eigentliche juristische, sondern mehr politisch-nationalökonomische

[228] Prost de Royer, Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts, ou nouvelle édition du dictionnaire du Brillon I, Lyon 1781, discours préliminaire p. IV.

[229] J. St. Pütter, Institutiones, Praefatio p. IX.

[230] Christian Gastel, De statu publico Europae novissimo in quo una cum aliis nobilissimis atque utilissimis materiis juris publici ... reperiuntur, Norimbergae 1675, p. 12.

[231] G. W. Leibniz, Codex juris gentium diplomaticus, Hannoverae 1693.

[232] J. J. Schmauss, Kurzer Begriff der Historie der vornehmsten Europäischen Reiche und Staaten zum Gebrauch der academischen lectionen, Göttingen 1755.

[233] G. B. de Mably, Le droit public de l'Europe, fondé sur les traites, 2 Vol., Genève 1748.

[234] G. Achenwall, Staatsverfassung der heutigen vornehmsten europäischen Reiche und Völker, Göttingen 1749.

Literaturgattung, die im 18. und 19. Jahrhundert in Gesamteuropa anzutreffen ist[235] und sich auf Hermann Conring[236] als Ahnvater beruft. Sie dient der Begründung einer Interessenlehre, mit deren Hilfe rational erfaßt werden soll, wie die Wohlfahrt des Staates im Verhältnis zu den ihn umgebenden Staaten und Völkern am besten gefördert werden könne.

> „Dieses erfordert eine Vergleichung des einen Staates mit den übrigen und kann folglich ohne vorgängige Kenntnis der übrigen Staaten nicht begriffen werden."[237]

Gemeinsamkeiten und Unterschiede in der europäischen Staatenwelt werden in der statistischen Literatur nach einem festgelegten Kriterienkatalog aufgeführt, aus dem sodann das rezeptartig ermittelte „Staatsinteresse" abgeleitet wird. Zu den Pflichten des Regenten wird gerechnet, „die allgemeinen sowohl, als die besonderen Staatsgesetze, die Geschichte anderer Staaten und die einheimische Geschichte, dann auch die Rechte des Volkes zu kennen ..."[238]. Der Verwirklichung des „Staatsinteresses" durch den auf das „bonum publicum" verpflichteten Regenten dient in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts in ganz Europa besonders die als Instrument gedachte und eingesetzte Reformgesetzgebung. Eine rege Übersetzungstätigkeit führt zu einer verstärkten Kommunikation zwischen den einzelnen europäischen Staaten. Das *Project des corporis juris Fridericiani* wird z. B. in das Französische übersetzt[239], de Mably[240] erscheint in deutscher Sprache, Pütter wird ins Englische übersetzt[241].

[235] Vgl. R. v. Mohl, Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, 3. Band, Erlangen 1858, pp. 639—674.

[236] H. Conring, Examen rerumpublicarum potiorum totius orbis (1660), in: Opera, Tomus IV, Brunsvigae 1730, pp. 47 ss. Zum Einfluß der Statistik in Ungarn vgl. auch P. Horvath, Die Wirkung der Aufklärung auf die Entwicklung des juristischen Historismus in Ungarn, in: Annales universitatis scientiarum Budapesténensis de Rolando Eötvös nominatae. Sectio iuridica Tomus XI, Budapest 1969, pp. 45 ss., 49.

[237] G. Achenwall, Staatsverfassung der europäischen Reiche, p. 35.

[238] K. A. Freiherr v. Martini, Allgemeines Recht der Staaten, p. 98.

[239] Projet du corps de droit Frederic; ou corps de droit pour les états de sa majesté le roi de Prusse, traduit de l'Allemand par A. A. de C., Halle 1751; Code Fréderic, ou corps de droit, pour les états de sa majesté le roi de Prusse, traduit de l'Allemand par A. A. de C. ... avec l'exposition abrégée du plan du roi pour la Réformation de la Justice, par M. Formey, o. O. 1751.

[240] Ueber die Gesetzgebung oder über die Grundsätze der Gesetze vom Herrn Abee von Mably, 1. und 2. Theil aus dem Französischen übersetzt, Nürnberg 1779.

[241] J. St. Pütter, An historical Developement of the present political Constitution of the Germanic Empire, translated by J. Dornford, 3 Vols., London 1790.

Der politisch bedingte Zusammenhang, in den die europäische Staatenwelt im 18. Jahrhundert gestellt ist, und die Folgerungen, die sich daraus für die „potestas legislatoria" des Regenten zwangsläufig ergeben müssen, hat der portugiesische Minister de Carvalho, der spätere Marquis de Pombal, mit besonderer Klarsicht dargestellt. Er schreibt etwa um das Jahr 1768:

> „Wir sind nicht mehr in jenem Zeitalter der Reform, in welchem Gesetzgeber allein durch die Kraft ihres Genius im Stande sind, die Form und Verfassung zerrütteter Staaten zu ändern. Als jede Nation, so zu sagen, eine besondere Welt war, und allein ihre eigenen Interessen bei ihrem eigenen besondern System im Auge hatte, waren Reformen sehr erleichtert. Aber seit der Entstehung der europäischen Verbindung, das heißt, seit die politischen Interessen eines Landes von denen eines anderen abhängig geworden sind, oder auf dieses Einfluß gewonnen haben, richten alle Regierungen ihr wachsames Auge auf jede Veränderung, die bei ihren Nachbarn beabsichtigt wird."[242]

[242] Zit. nach H. Schäfer, Geschichte von Portugal V, pp. 378, 379.