

Fritz Fleiner

Institutionen des
Deutschen Verwaltungsrechts

Achte, neubearbeitete Auflage



**Institutionen des
Deutschen Verwaltungsrechts**

Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts

Von

Fritz Fleiner
"

Achte, neubearbeitete Auflage



Tübingen 1928

Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)

JN3954
F6
1928

no. 1001
1000000000

Alle Rechte vorbehalten.

Printed in Germany.

Druck von H. Laupp jr in Tübingen.

250

Die nachfolgende Darstellung versucht, die verwaltungsrechtlichen Erscheinungen, die in reicher Fülle im positiven Recht und in der reifen Praxis der deutschen Verwaltungsgerichte aufgespeichert liegen, auf ihre juristischen Grundlinien zurückzuführen. Von Jahr zu Jahr werden die Gesetze komplizierter. Um so mehr ist es Aufgabe des akademischen Lehrers, den Lernenden zu einer einfachen Anschauung des Rechts anzuleiten.

Heidelberg, im Mai 1911.

Die Neugestaltung des Verfassungsrechtes hat in Deutschland einen starken Einfluß auch auf das Verwaltungsrecht ausgeübt. Alte Rechtsinstitute haben einen veränderten Sinn bekommen, und neue Probleme sind aufgetaucht, die eine selbständige wissenschaftliche Behandlung erfordern. In der vorliegenden Auflage dieses Buches ist der Versuch unternommen worden, das Neue organisch mit den bewährten Grundsätzen des Deutschen Verwaltungsrechts zu verbinden.

Zürich, Ende August 1928.

721345

Inhaltsverzeichnis.

Allgemeiner Teil.

Erstes Kapitel.

Grundbegriffe.

| | Seite |
|---|-------|
| § 1. Verwaltung | 3 |
| I. Verfassung und Verwaltung im weitern Sinne 3. — Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung i. e. S. — Vollziehung 4. — Regierung 4. — Oeffentliche Verwaltung 5. — Juristische Mittel der öffentlichen Verwaltung 5. — Unterscheidung von Justiz und Verwaltung i. e. S. 6. — II. Verwaltungszweige i. Allg. 8. — Innere Verwaltung 8. | |
| § 2. Trennung der Gewalten | 9 |
| I. Standpunkt des absoluten Staats 9. — Montesquieu 10. — Rousseau 11. — Durchführung des Grundsatzes in Deutschland 11. — 1. Rechtsprechung 12. — 2. Verwaltung i. e. S. 17. — 3. Rechtsetzung 17. — II. Praktische Bedeutung der Trennung 18. — 1. Prinzipielle Selbständigkeit der verschiedenen Gewalten 19. — 2. Bedeutung von Vorfragen aus dem Gebiet der andern Gewalt 20. — III. Kompetenzkonflikte zwischen Justiz und Verwaltung 23. | |
| § 3. Geschichtliche Entwicklung des deutschen Verwaltungsrechts und der Verwaltungswissenschaft | 28 |
| I. Entwicklung des Verwaltungsrechts in Deutschland im Allg. 28. — 1. Periode der landesherrlichen Hoheitsrechte 29. — 2. Polizeistaat 30. — Kontrolle durch das Reichskammergericht 32. — Fiskustheorie 33. — 3. Verfassungsstaat 35. — Wandlung des Fiskusbegriffs 38. — Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht 39. — II. Verwaltungsrechtswissenschaft 42. — Verwaltungslehre 42. — Staatswissenschaftliche Methode 43. — Rein juristische Methode 44. | |
| § 4. Verwaltungsrecht | 45 |
| I. Aufgabe des Verwaltungsrechts 45. — 1. „Verwaltungsrecht“ kein geschlossenes Recht 46. — Verwendung des Zivilrechts für | |

| | |
|---|-------|
| Zwecke der Verwaltung 46. — Ausbildung eines besondern öffentlichen Rechts 47. — Abgrenzung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht 48. — Unwesentliche Unterscheidungsmerkmale (Vermögenswert, Rechtstitel, Gerichtsstand) 50. — Wesentliche Kriterien des Gegensatzes 50. — Konservierung alter Privatrechte 52. — 2. Findung der maßgebenden Vorschriften des öffentlichen Rechts 53. — 3. Zusammenwirken von öffentlichem Recht und Privatrecht 59. — 4. Bedeutung des Terminus „Verwaltungsrecht“ 60. — „Deutsches Verwaltungsrecht“ 62. — II. Verwaltungsvorschriften im Gegensatz zu den Rechtsvorschriften 61. — Bedeutung des Gegensatzes 64. | Seite |
| § 5. Quellen des Verwaltungsrechts | 67 |
| I. Im allgemeinen 67. — 1. Gesetz 67. — Vorrang des Gesetzes 68. — Verwaltungsrechtssätze in strafrechtlichem Gewand 68. — 2. Rechtsverordnungen 69. — a) Delegation des Ordnungsrechts 72. — Kraft der Rechtsverordnung, Richterliches Prüfungsrecht 74. — b) Arten der Rechtsverordnungen 75. — Polizeiverordnungen insbesondere 76. — 3. Autonomie 78. — Satzungs-gewalt 79. — Umfang der Autonomie 80. — Staatliche Bestätigung 81. — Vereinbarung 82. — 4. Gewohnheitsrecht 83. — Altes Gewohnheitsrecht 84. — Neues Gewohnheitsrecht 84. — II. Herrschaft der Rechtsnormen 88. — 1. Nicht-Rückwirkung 88. — 2. Räumliche Herrschaft 90. — III. Anwendung des Gesetzes 91. | |
| Zweites Kapitel. | |
| Die Träger der öffentlichen Verwaltung. | |
| § 6. Die Staatsverwaltung | 92 |
| I. Staatsverwaltung und staatliche Verwaltungsbezirke 92. — Amt und Beamter 93. — Beamtenstaat und Volksstaat 93. — Berufsbeamte und Ehrenbeamte 94. — II. Subordination 95. — III. Beamtenstaat und Parlamentarismus 97. | |
| § 7. Die Selbstverwaltung | 99 |
| I. Verbände im Staat 99. — Begriff der Selbstverwaltung 100. — 1. Stellung des Staats zur Selbstverwaltung 101. — 2. Reichsrecht 102. — II. Verbände des öffentlichen Rechts 104. — 1. Juristische Form dieser Verbände, Korporationen 105. — Gesellschaft 106. — Anstalt 106. — 2. Merkmale 108. — a) Wirkungskreis i. Allg. 108. — Obligatorische und fakultative Aufgaben 108. — Allgemeine und spezielle Aufgaben. — Gemeinden 109. — Kommunalverbände höherer Ordnung 111. — Eigener und übertragener Wirkungskreis 112. — Selbstgesetzgebung 115. — Staatsaufsicht 116. — Mittel der Aufsicht 117. | |
| § 8. Neue Organisationsformen | 120 |
| Neue wirtschaftliche Aufgaben des Staats 120. — I. Hoheitsverwaltung und Verwaltung wirtschaftlicher Angelegenheiten des | |

| | |
|---|-------|
| Staats 121. — 1. Verselbständigung öffentlicher Betriebe 122. — | Seite |
| 2. Oeffentliche Verwaltung mit Mitteln des Privatrechts 124. — | |
| II. Zuhilfenahme privatrechtlicher Macht 126. — 1. Subventionen | |
| (Reichshilfen) 127. — 2. Technische Nothilfe 127. — III. Wirt- | |
| schaftliche Selbstverwaltung 128. — Gemeinwirtschaft 129. | |

D r i t t e s K a p i t e l .

Grundverhältnis zwischen öffentlicher Verwaltung und Bürger.

| | |
|---|-----|
| § 9. Die „gesetzmäßige“ Verwaltung | 130 |
| I. Begriff der gesetzmäßigen Verwaltung 130. — Eingriffe in Freiheit und Eigentum 131. — Verwaltung als Gesetzesvollziehung 132. — Uebergangsrecht 133. — II. Rechtsgleichheit 134. — Folgerungen: 1. Allgemeinbefehle 135. — 2. Durchbrechungen des Gesetzes (Verzicht, Dispensation) nur mit gesetzlicher Ermächtigung zulässig 136. — 3. Freies Ermessen nur <i>intra legem</i> 140. — III. Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip 140. | |
| § 10. Inhalt der verwaltungsrechtlichen Verhältnisse im Allgemeinen | 141 |
| I. Gesetzliche Normierung und freies Ermessen der Behörde 141. — Grenzen des freien Ermessens 145. — Ausschluß privatrechtlicher Regelung 147. — II. Gegenstand der Leistung 148. | |
| § 11. Subjekte der verwaltungsrechtlichen Verhältnisse | 149 |
| I. Verwaltungsrechtliche Verhältnisse als persönliche Obligationen 149. — 1. Auf der Staatseite 150. — 2. Auf der Untertanenseite 150. — Keine Rechtsnachfolge im Allg. 151. — „Dinglichkeit“ 152. — Fälle von Rechtsnachfolge 154. — Höchst persönliche Rechte 155. — Sondernachfolge in Pflichten 155. — Stellung des Rechtsnachfolgers 156. — II. Folgerungen 157. — 1. Persönlicher Nexus 157. — 2. Ausübung von Rechten und Pflichten durch Stellvertreter 159. — 3. Juristische Personen als Träger öffentlicher Rechte und öffentlicher Pflichten 161. | |
| § 12. Oeffentliche Pflichten und öffentliche Rechte 164 | 164 |
| Begriff 164. — I. Oeffentliche Pflichten 165. — 1. Allgemeine Untertanenpflichten 165. — 2. Besondere Gewaltverhältnisse 165. — 3. Freiwillige Uebernahme öffentlicher Pflichten 168. — II. Oeffentliche Ansprüche 172. — 1. Gesetzvollziehungsanspruch und subjektives Recht 172. — Unterschied zwischen Reflex objektiven Rechts und subjektiven Rechten 174. — 2. Arten der subjektiven öffentlichen Rechte 176. — Verzicht auf öffentliche Rechte 178. | |
| § 13. Anspruchsbegründende und pflichtbegründende Staatsakte. | 180 |
| I. Gesetz 180. — Oeffentlich-rechtlicher Rückforderungsanspruch 180. — Oeffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne | |

| | |
|--|-------|
| Auftrag 181. — II. Oeffentliche Rechtsgeschäfte 182. — 1. Verfügung 183. — Inhalt der Verfügungen 184. — Vollziehungsverfügung und Gestaltungsverfügung 185. — Nebenbestimmungen: Bedingung, Auflage, Befristung 187. — a) Formalien der Verfügung 189. — Aeußere Form 190. — Kundmachung 191. — Verfügungen mit Zustimmung des Betroffenen 192. — „Zweiseitige Verwaltungsakte“? 193. — b) Rechtskraft der Verfügungen 194. — Formelle Rechtskraft 195. — Materielle Rechtskraft 196. — Unwiderrufliche Verfügungen 200. — c) Ungültigkeit der Verfügungen 203. — Nichtigkeit 203. — Widerruf und Anfechtbarkeit 206. — Heilung fehlerhafter Verwaltungsakte, Konversion 208. — 2. Oeffentlich-rechtlicher Vertrag 209. — In Gesamtverhältnissen 209. — Zwischen Obrigkeit und Untertan 210. | Seite |
| § 14. Der Verwaltungszwang | 214 |
| I. Zwang und Strafandrohung 215. — Verwaltungszwang, Verwaltungsexekution 216. — Mittel des Verwaltungszwangs. — 1. Ungehorsams-(Exekutiv-)strafe 218. — 2. Ersatzvornahme 220. — 3. Unmittelbarer Zwang 221. — Sofortiger Zwang 224. — Oeffentliche Notstände 225. — II. Zwang gegen den Staat 226. Oeffentlich-rechtliche Geldforderungen gegen den Staat 227. | |
| Viertes Kapitel. | |
| Der Rechtsschutz. | |
| § 15. Die Beschwerde | 228 |
| I. Rechtsschutzmittel im Allgemeinen 228. — Gegenvorstellung, Anzeige 229. — II. Beschwerde und Anzeige 230. — 1. Beschwerde 230. — a) Beschwerdeinstanz 231. — b) Ziel der Beschwerde 231. — Legitimation zur Beschwerde 231. — c) Beschwerdeverfahren 233. — Suspensiv- und Devolutiveffekt 233. — Entscheid der Beschwerdeinstanz. Reformatio in pejus 234. — Rechtskraft der Entscheidung 235. — 2. Einspruch 235. | |
| § 16. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit | 236 |
| I. Geschichtliche Entwicklung 236. — Versuche zur Aufrichtung einer Administrativjustiz in den Einzelstaaten 238. — Erweiterungen des Rechtswegs 239. — Der „Justizstaat“ 240. — Badischer Verwaltungsgerichtshof (1863) 241. — Errichtung von Verwaltungsgerichten in den übrigen Staaten 242. — Stellung des Reichsrechts 243. — Reichsverwaltungsgerichte 244. — Kriegszeit 245. — Reichsfinanzhof 245. — Weimarer Reichsverfassung 245. — Reichsverwaltungsgericht 246. — Spezialverwaltungsgerichte 247. — Ziel der Verwaltungsgerichtsbarkeit 247. — II. Geltendes Recht 248. — 1. Charakter und Organisation der Verwaltungsgerichte 249. — 2. Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte 253. — Ursprüngliche und nachträgliche Verwaltungsstreitsachen 254. — Generalklausel und Enumerationsmethode | |

| | | |
|--|--|-------|
| 254. — 3. Schutz des subjektiven und des objektiven Rechts | 256. | Seite |
| — 4. Umfang der Prüfung der Verwaltungsakte | 257. — Ermessensfragen 257. — Prüfung der tatsächlichen Voraussetzungen 260. — Prüfung von Tat- und Rechtsfragen 260. — Untersuchungsmaxime 261. — 5. Verfahren (Verwaltungsstreitverfahren) 262. — Rechtsmittel zur Anrufung der Verwaltungsgerichte 262. — a) Parteien 264. — Parteistreitigkeiten i. e. S. 265. — Legitimation und Beiladung 265. — b) Feststellungsklagen 267. — Verbot der reformatio in pejus 268. — c) Urteil 269. — Rechtskraft 271. | |
| § 17. Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegenüber der Verwaltung. Die Beamtenhaftpflicht | | 275 |
| <p>I. Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegenüber der Verwaltung im Allgemeinen 275. — 1. Beamtenhaftpflicht insbesondere 275. — Haftung des Staats (der Gemeinde) an Stelle des Beamten 279. — Rechtsweg 284. — 2. Zuständigkeit des Strafrichters gegenüber der Verwaltung 287. — II. Zivilgerichte als Verwaltungsgerichte 287. — Ordentliche Gerichte als Berufungsinstanzen über den Verwaltungsbehörden 288.</p> | | |
| § 18. Öffentlich-rechtliche Entschädigung | | 289 |
| <p>I. Rechtmäßige obrigkeitliche Eingriffe in das Vermögen des Bürgers 289. — 1. Eingriffe mit Uebereignung, Eigentumsgarantie 292. — 2. Eingriffe ohne Uebereignung 294. — Gesetzliche Entschädigungspflicht 295. — Besteht im allgemeinen Entschädigungspflicht? 298. — Lösungsversuche 298. — Ersatz tritt nur auf Grund eines besonderen Rechtssatzes ein 303. — Träger der Ersatzpflicht und Umfang des Ersatzes 305. — II. Expropriation als Spezialfall 306. — 1. Die Expropriation nach Vorkriegsrecht 308. — a) Die einzelnen Expropriationsfälle 309. — b) Beschränkung der Expropriation auf das Notwendige 311. — c) Volle Entschädigung in Geld 312. — d) Expropriationsverfahren 313. — Expropriationsverträge 314. — 2. Neue Richtungen seit dem Krieg 344.</p> | | |

Besonderer Teil.

Erstes Kapitel.

Der Verwaltungsapparat und seine Leistungen.

1. Die öffentlichen Leistungen.

| | | |
|--|--|-----|
| § 19. Begriff der öffentlichen Anstalt | | 321 |
| <p>I. Oeffentliche Anstalten im allgemeinen 321. — Oeffentlich-rechtliche und privatrechtliche Organisierung einer Anstalt 323. — Kriterien für den öffentlich-rechtlichen Charakter 324. — „Hoheitsverwaltung“ und „Betriebsverwaltung“ 326. — II. Folge-</p> | | |

| | | |
|-------|---|-------|
| | rungen aus der öffentlich-rechtlichen Natur 329. — 1. Vorrang der öffentlich-rechtlichen Anstalt 329. — a) Errichtung und Betrieb 329. — b) Anstaltspolizei 330. — c) Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen 332. — 2. Verhältnis der Anstalt zu den Benutzern 335. — a) Benutzungszwang 335. — Benutzungsrecht 336. — b) Anstaltsgewalt 337. — Gebühren für Benutzung 337. — c) Haftung der Anstalt gegenüber den Benutzern 338. | Seite |
| § 20. | Die Verleihung öffentlicher Unternehmungen | 341 |
| | I. Faktische und rechtliche Monopole der öffentlichen Verwaltung 341. — II. Konzessionen an Private 345. — 1. Wesen der Konzession 346. — Ausschlußrecht 347. — Aufsicht über den Konzessionär 347. — Konzessionen für Errichtung von Verkehrsunternehmungen 348. — Entschädigung bei Verletzung der Konzession 348. — 2. Eisenbahnkonzession insbesondere 348. — Heimfall und Rückkauf 350. — Straßenbahnkonzessionen 351. | |
| | 2. Die öffentlichen Sachen. | |
| § 21. | Die öffentlichen Sachen im Allgemeinen . . . | 351 |
| | I. Finanzvermögen. Verwaltungsvermögen. Sachen im Gemeingebrauch 352. — II. Rechtliche Behandlung der öffentlichen Sachen 353. — 1. Öffentlich-rechtliche Seite 353. — 2. Privatrechtliche Seite 354. — Theorie vom „öffentlichen Eigentum“ 355. — Geltungsbereich des Privatrechts und des öffentlichen Rechts 358. | |
| § 22. | Das Verwaltungsvermögen | 361 |
| | I. Objekte des Verwaltungsvermögens 361. — Benutzungsordnung 363. — Staatsaufsicht 363. — II. Sondernutzungsrechte 365. — Kirchenstuhlvorrechte und Vorrechte auf Grabstätten 365. | |
| § 23. | Sachen im Gemeingebrauch | 366 |
| | I. Begriff und Arten. — 1. Öffentlich-rechtliche Wege, Straßen, Plätze, Öffentlichkeit (Widmung). Eigentumsverhältnisse 366. — Öffentlich-rechtliche Wegeservitut 368. — Straßenfluchtlinien, Baufluchtlinien 369. — Wegebaulast, Wegeunterhalt 370. — Wegepolizei 371. — 2. Die öffentlichen Gewässer. Arten 371. — Flußbett 372. — Wasserwelle 372. — Unterhaltungspflicht 373. — Ausnützung öffentlicher Gewässer 373. — Zwangsbefugnisse und Wassergenossenschaften 373. — II. Benutzung der öffentlichen Sachen 374. — 1. Gemeingebrauch 374. — Schutz des Gemeingebrauchs, Vorteile des Gemeingebrauchs 376. — „Anliegerrechte“ 377. — 2. Gesteigerter Gemeingebrauch 378. — 3. Sondernutzungsrechte 379. — Straßenbahnkonzessionen insbesondere 382. | |

Zweites Kapitel.

Seite

Die verwaltungsrechtlichen Pflichten der Bürger.

1. Die allgemeinen polizeilichen Pflichten.

§ 24. Polizeigewalt und polizeiliche Beschränkungen der Bürger 385

I. Begriff der Polizei, historische Entwicklung des Polizeibegriffs 385. — Aufgabe der Polizei im modernen Recht 388. — Wohlfahrtspolizei 392. — Rechtliche Grundlage für polizeiliche Eingriffe 395. — II. Richtungen der polizeilichen Tätigkeit 397. — 1. Schutz des öffentlichen Rechts 397. — 2. Sorge für die öffentliche Sicherheit 397. — 3. Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung 397. — III. Schranken der Polizeigewalt 400. — 1. Gesellschaftliche Aeußerungen 400. — 2. Störungen 402. — 3. Störer 403. — 4. Verhältnismäßigkeit des polizeilichen Eingreifens 404.

§ 25. Die Polizeierlaubnis 405

I. Begriff 405. — Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt 405. — Welche Tätigkeiten werden davon betroffen? 408. — II. Natur der Polizeierlaubnis 409. — Wirkungen der Polizeierlaubnis 411. — III. Zurücknahme 413.

2. Die öffentlichen Lasten.

§ 26. Die Naturalleistungspflichten 414

I. Begriff der öffentlichen Lasten im allgemeinen 414. — II. Naturalleistungspflichten insbesondere 415. — 1. Gemeine Lasten 415. — 2. Vorzugslasten 417. — 3. Verbandslasten 419.

§ 27. Die öffentlichen Abgaben 410

I. Natur der öffentlichen Abgaben 419. — 1. Steuern 421. — Steuersubjekt und Steuerobjekt 422. — Direkte und indirekte Steuern 423. — Steuerdomizil und Doppelbesteuerung 424. — 2. Gebühren 425. — Verwaltungs- und Benutzungsgebühren 425. — Entgeltscharakter 426. — 3. Beitrag 427. — II. Entstehung der Abgabepflicht 429. — Veranlagung und Heranziehung 430. — 1. Fälligkeit 431. — Vorzugszinsen 432. — 2. „Stempelabgaben“ 433. — Monopole 434. — 3. Sicherungsmittel 435. — 4. Privilegierung der öffentlichen Abgaben 436. — Aufrechnung 436. — Verjährung 436. — Rückforderung 437.

Register 439

Abkürzungen.

| | |
|-------------------|---|
| APLR. | = Allgemeines Preußisches Landrecht. |
| ArchöfR. | = Archiv des öffentlichen Rechts. |
| ArchivP. | = Archiv für civilistische Praxis. |
| AusfG. | = Ausführungsgesetz. |
| Bem. | = Bemerkung. |
| Bitters IIWB. | = Bitter, Handwörterbuch der Preuß. Verwaltung (3. Aufl. 1928, hrsg. v. Drews und Hoffmann; im Erscheinen). |
| DJZ. | = Deutsche Juristen-Zeitung. |
| EG. | = Einführungsgesetz. |
| Entsch. | = Entscheidungen. |
| Fischers Zft. | = Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung. |
| G. oder Ges. | = Gesetz. |
| Ger. | = Gericht. |
| GewO. | = Reichsgewerbeordnung. |
| Gruchots Beiträge | = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot. |
| Grünhuts Zft. | = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, herausgegeben von Grünhut. |
| GVG. | = Gerichtsverfassungsgesetz. |
| Hatschek | = Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preuß. Verwaltungsrechts ⁶ , 1927. |
| Herrnritt | = Herrnritt, Grundlehren des Verwaltungsrechts, 1921. |
| Hue de Grais | = Hue de Grais, Handbuch der Verfassung und Verwaltung ²⁴ . |
| HWBKommW. | = Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften. |
| HWR. | = Handwörterbuch der Rechtswissenschaften, herausgegeben von Elster und Stier-Somlo. |
| HWBStW. | = Handwörterbuch der Staatswissenschaften. |
| Jahrh. | = Jahrbücher des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts. |
| JbchöfR. | = Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. |
| Jbch. | = Jahrbuch. |
| Jellinek, W. | = Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 1928. |
| Jèze, Principes | = Gaston Jèze, Les principes généraux du Droit administratif. |
| Johow | = Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts, begründet von Johow. |

| | |
|---------------------------------|--|
| JW. | = Juristische Wochenschrift. |
| KGer. | = Kammergericht, Preußisches. |
| Komm. | = Kommentar. |
| KompGH. | = Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte. |
| Landmann-Rohmer | = Landmann-Rohmer, Reichsgewerbeordnung I ⁸ . |
| Lassar, Reichseigene Verwaltung | = Lassar, JbhöfR XIV S. 1 f. |
| Mayer, Otto | = Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht ³ . |
| Merkel | = Adolf Merkel, Allg. Verwaltungsrecht, 1927. |
| G. Meyer-Anschütz | = Georg Meyer, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., bearbeitet von Anschütz, 1919. |
| G. Meyer [●] -Dochow | = Georg Meyer, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 4. Aufl., bearbeitet von Dochow. |
| Mosel, HWB. ¹³ | = Curt v. d. Mosel, Handwörterbuch des Sächs. Verwaltungsrechts, 13. Aufl. 1926. |
| OLG. | = Oberlandesgericht. |
| OR. | = Schweizer. Obligationenrecht. |
| OVG. | = Oberverwaltungsgericht. |
| Oestr.ZföfR. | = Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht. |
| PVBl. | = Preußisches Verwaltungsblatt. |
| R. | = Recht. |
| RAO. | = Reichsabgabenordnung. |
| Regcr | = Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden auf dem Gebiete des Verwaltungs- und Polizeistrafrechts, begründet von Reger, jetzt herausgegeben von Oeschey. |
| RFinH. | = Reichsfinanzhof. |
| RGBl. | = Reichsgesetzblatt. |
| RGerZ. | = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. |
| RGerStr. | = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. |
| Rspr. | = Rechtsprechung. |
| RVerf. | = Reichsverfassung vom 11. August 1919. |
| RVO. | = Reichsversicherungsordnung. |
| Schoen i. Encyclop. | = Paul Schoen, Deutsches Verwaltungsrecht (Encyclopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff und Kohler, Bd. IV, 1914, S. 193 f.). |
| StGB. | = Strafgesetzbuch. |
| Smlg. | = Sammlung. |
| Stier-Somlo | = F. Stier-Somlo, Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht I. |
| StPO. | = Strafprozeßordnung. |
| Verf. | = Verfassungsurkunde. |
| VGH. | = Verwaltungsgerichtshof. |
| Verw. | = Verwaltung. |
| VerwArch. | = Verwaltungsarchiv. |
| VerwG. | = Verwaltungsgericht. |
| VO. oder V. | = Verordnung. |
| VerwRPfl. | = Verwaltungsrechtspflege. |

| | |
|--------------|---|
| WStVR. | = Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 2. Aufl., herausgegeben von Fleischmann, 1911—14. |
| Z. oder Zft. | = Zeitschrift. |
| ZGB. | = Schweizerisches Zivilgesetzbuch. |
| ZPO. | = Zivilprozeßordnung. |

Literaturauswahl.

Deutsches Verwaltungsrecht.

F. F. M a y e r, Grundsätze des Verwaltungsrechts, 1862. — O. v. S a r w e y, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1880. — D e r s., Allgemeines Verwaltungsrecht (in Marquardens Handbuch des öffentlichen Rechts I, 1884). — J e b e n s, Verwaltungsrechtliche Aufsätze, 1899. — G e o r g M e y e r, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 2 Bde., 2. Aufl., 1894; 4. Aufl., 1913 f. (bearbeitet von F r. D o c h o w). — O t t o M a y e r, Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bde., 1895/96 (in Bindings systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, Abt. 6), 3. Aufl., 1924. — K a r l G o e z, Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, 1902. — U l b r i c h, Lehrbuch des österreichischen Verwaltungsrechts, 1904. — L a b a n d, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 4 Bde., 5. Aufl., 1911 f. — D e r s., Deutsches Reichsstaatsrecht, 7. Aufl., besorgt von Otto Mayer, 1919. — K a r l K o r m a n n, Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts (Annalen des Deutschen Reichs, Bd. 44, 45; Jahrgänge 1911 und 1912). — P a u l S c h o e n, Deutsches Verwaltungsrecht (in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft, von Holtzendorff und Kohler, 7. Aufl., Bd. IV, 1913/14). — E r i c h K a u f m a n n, Artikel „Verwaltung, Verwaltungsrecht“ im Wörterbuch des Deutschen Statist. Verwaltungsrechts², herausgegeben von F l e i s c h m a n n, III 688 f. — R u d o l f H e r r m a n n H e r r n r i t t, Grundlehren des Verwaltungsrechtes, 1921. — R u d o l f H e r r n r i t t, Oesterreichisches Verwaltungsrecht, 1925. — J u l i u s H a t s c h e k, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 6. Aufl., herausgegeben von P a u l K n i t z i g, 1927. — H u e d e G r a i s, Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reich, 24. Aufl., herausgegeben von H u e d e G r a i s, H a n s P e t e r s und W e r n e r H o c h e, 1927. — A d o l f M e r k l, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927. — W a l t e r J e l l i n e k, Verwaltungsrecht, 1927 (Encyclopädie der Rechts und Staatswissenschaft, herausgegeben von K o h l r a u s c h und K a s k e l, XXV). — K a r l F r i e d r i c h s, Der Allg. Teil des Rechts, 1927. — L a s s a r, Reichseigene Verwaltung unter der Weimarer Verfassung (Jahrb. d. öff. R., Bd. XIV, 1926, S. 1—231). — Die Literatur über das moderne deutsche Steuerrecht ist zusammengestellt unten § 27, S. 421 f. — U e b e r d a s A r b e i t s r e c h t und dessen Literatur: E r w i n J a c o b i, Grundlehren des Arbeitsrechts. 1927. — W a l t e r K a s k e l, Arbeitsrecht³, 1928 (Encyclopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, herausgegeben von K o h l r a u s c h und K a s k e l, F l e i n e r, Institutionen. 8. Aufl.

XXVIII); (dasselbst S. 11 eine Literaturübersicht). — Ueber das neue Fürsorgerecht: Hans Muthesius, Fürsorgerecht, 1928 (dasselbst Literaturübersicht S. 177) (Encyclop. d. Rechts- u. Staatswissenschaft, herausgegeben von Kohlrusch und Kaskel, XXXI b).

Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, begründet von Schultzenstein und Keil 1893, heute herausgegeben von v. Keil und Erich Kaufmann. — Preußisches Verwaltungsblatt, seit 1879; seit 1928 unter dem Titel „Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt“, herausgegeben von Jesse, Kaisenberg, E. Kaufmann. — Archiv des öffentlichen Rechts, begründet von Laband und Stoerk, seit 1885. — Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, begründet von Stengel; 2. Aufl., herausgegeben von Fleischmann, 3 Bde., 1911/14. — Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften, herausgegeben von Brix, Lindemann, Most, Preuss und Südekum, 4 Bde., 1918—24, 2 Erg.-Bde. 1927. — Bitters Handwörterbuch der Preussischen Verwaltung, 2 Bde., 2. Aufl. 1911; 3. Aufl., herausgegeben von Bill Drews und Franz Hoffmann, 1928 (im Erscheinen). — Curt von der Mosel, Handwörterbuch des Sächsischen Verwaltungsrechts, 13. Aufl., bearbeitet von Günther von der Mosel, 2 Bde. 1926, und 2 Hefte Deckblätter, 1928. — Oesterreichisches Staatswörterbuch, herausgegeben von Mischler und Ulbrich, 4 Bde., 2. Aufl. 1909 f. — Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, herausgegeben von Bernatzik, Hussarek, Lammasch, Menzel; 3 Bde., 1914—17; fortgesetzt als Zeitschrift für öffentliches Recht, herausgegeben von Bernatzik, Hussarek, Kelsen, Lammasch, Menzel, seit 1919.

Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichtes, seit 1877; daneben erscheinen seit 1893 die Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichtes in Staatssteuersachen. — Sammlung von Entscheidungen des Bayrischen Verwaltungsgerichtshofs, seit 1880. — Jahrbücher des Kgl. Sächsischen Oberverwaltungsgerichtes, seit 1902. — Die Rechtsprechung des Badischen Verwaltungsgerichtshofs, I (1864—90), herausgegeben von Wielandt; II (1891—95), herausgegeben von Joos; III (1896—1910), herausgegeben von Behr. — Reger, Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden auf dem Gebiete des Verwaltungs- und Polizeistrafrechts, seit 1881, nunmehr herausgegeben von Oeschey. — Soergel, Jahrbuch der Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, seit 1907/08. — Budwinski, Sammlung der Erkenntnisse des k. k. (österreich.) Verwaltungsgerichtshofs, seit 1876. — Friedrich Tezner, Die rechtsbildende Funktion der österreichischen verwaltungsgerichtlichen Rechts-

sprechung, 4 Teile, Wien 1925. — Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofes, München seit 1918.

Weitere Literaturangaben bei Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, § 6; daselbst S. 104 „Sammlungen von Entscheidungen.“

Französisches Verwaltungsrecht.

Léon Aucoc, Conférences sur l'administration et le Droit administratif, 2 vol., 3^e éd. 1885/86. — Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, 1886. — Laferrière, Traité de la juridiction administrative, 2 vol., 2 éd., 1896. — Gaston Jèze, Les principes généraux du Droit administratif, 3 éd. 1925. (La technique juridique du Droit public français), 1926 (Le fonctionnement des services publics). — Ders., Das Verwaltungsrecht der Französischen Republik, 1913 (Das öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. XXIII). — H. Berthélemy, Traité élémentaire de Droit administratif, 11 éd., 1926. — Maurice Hauriou, Précis de Droit administratif, 11 éd., 1927. — Léon Duguit, Les transformations du Droit public, 3 éd., 1925. — Vgl. auch Yorodzu Oda, Principes de Droit administratif du Japon, Paris 1928.

Revue du Droit public, fondée par Larnaude, publiée par Boucard et Jèze; seit 1894. — Die Entscheidungen des Conseil d'Etat bei Dalloz, Jurisprudence générale, und bei Sirey, Recueil général des lois et arrêts.

Italienisches Verwaltungsrecht.

Orlando, Primo trattato completo di Diritto amministrativo italiano, 1897 f. — Ders., Principii di diritto amministrativo ², 1925. — Santi Romano, Principii di Diritto amministrativo italiano, 3. ed., 1912. — Federico Cammeo, Corso di Diritto amministrativo, 3 vol., 1914. — O. Ranelletti, Principii di Diritto amministrativo, I e II, 1912/15. — Antonio Salandra, La giustizia amministrativa nei governi liberi, 1904. — Antonio Salandra, Corso di lezioni di Diritto amministrativo, 3 vol., 1912. — Silvio Trentin, L'atto amministrativo, 1915. — Presutti, Istituzioni di diritto amministrativo italiano, 2. ed., 1917/20. — Arnoldo de Valles, La validità degli atti amministrativi, 1917. — Carlo F. Ferraris, Diritto amministrativo, 2 vol., 1922/23, und Appendice, 1924. — U. Forti, Lezioni di diritto amministrativo, I 1926. — Archivio giuridico; seit 1871. Rivista italiana per le scienze giuridiche, Torino. — Rivista di diritto pubblico, Roma, seit 1909.

Englisch-amerikanisches Verwaltungsrecht.

Gneist, Das englische Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1883/84. — Frank J. Goodnow, Comparative Administrative Law, 2 vol., 1893. — J. Redlich, Englische Lokalverwaltung, 1901. — J. Hatschek, Englisches Staatsrecht, 2 Bde., Bd. II: Die Verwaltung, 1905/06. — Dicey, Introduction to the Study of the law of the Constitution, 7 Ed., 1908. — Ernst Freund, Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, 1911 (Das öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. XII). — Otto Koellreutter, Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsprechung im modernen England, 1912. — Ernst Freund, Administrative powers over persons and property, Chicago 1928.

Schweizerisches Verwaltungsrecht.

Schollenberger, Grundriß des Staats- und Verwaltungsrechts der schweizerischen Kantone, 3 Bde., 1898—1900. — Othmar Müller, St. Gallisches Verwaltungsrecht, Sammlung grundsätzlicher Entscheidungen, 3 Bde., 1898—1915. — L. R. v. Salis, Schweizerisches Bundesrecht; staatsrechtliche und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung, 2. Aufl. 5 Bde., 1903—04. — Reichesberg, Handwörterbuch der schweizerischen Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung, 4 Bde., 1903 f. — Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, begründet von A. Bosphardt, 1900; heutige Redaktion: Paul Keller, Dr. Otto Hungerbühler und Dr. E. Klaus. — Monatsschrift für Bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen, herausgegeben von E. Blumenstein, seit 1903. — Rekurspraxis des Kleinen und Großen Rates des Kantons Graubünden, Bd. I, 1902, herausgegeben von J. Schmid; Bd. II, 1914, herausgegeben von Andreas Kuoni. — Fritz Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1923. — Ernst Blumenstein, Schweizerisches Steuerrecht, 1. Halbband, 1926.

Zu vergleichen sind ferner die Jahresberichte über die Entwicklung des öffentlichen Rechts in den verschiedenen Staaten im „Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart“, begründet von Jellinek, Laband und Piloty, seit 1907; heutige Redaktion (seit 1920) Piloty und Koellreutter. — Periodische Literaturberichte in den angeführten Zeitschriften, ferner in der Deutschen Juristen-Zeitung (Literaturübersichten von H. Paalzow) und in der Juristischen Wochenschrift (Schrifttum über öffentliches Recht, von M. Kreplin; siehe den letzten Bericht darüber 1928, S. 1102).

Allgemeiner Teil.

Erstes Kapitel.

Grundbegriffe.

§ 1. Verwaltung.¹

I. Alles staatliche Leben steht unter einer geschriebenen oder ungeschriebenen Grundordnung, die wir die Staatsverfassung nennen. Sie ist es, die den Staat mit Organen ausstattet und ihn willens- und handlungsfähig macht. Dadurch wird der Staat zur Rechtspersönlichkeit. Er ist in den Stand gesetzt, durch Führung seiner Geschäfte seine Lebenszwecke zu erreichen. Die Tätigkeit einer physischen oder juristischen Person, die im Besorgen ihrer Geschäfte besteht, heißt Verwaltung.² Von der Verwaltung des Privaten wird in diesem Zusammenhange nicht die Rede sein. Uns soll in den nachfolgenden Erörterungen allein die Verwaltung des Staats beschäftigen. Was der Staat zur Lösung seiner Lebensaufgaben unternimmt, erscheint im Gegensatz zur Verfassung als Verwaltung im weiteren Sinne. Wenn die Verfassung im staatlichen Leben das ruhende, beharrende Moment darstellt, so tritt uns in der Verwaltung der aktive Staat entgegen. Noch das 18. Jahrhundert hat dafür die Bezeichnung „Regierung“ gebraucht.

Allein schon früh hat die genauere Betrachtung in dieser umfassenden staatlichen Lebenstätigkeit verschiedene Richtungen zu erkennen und als besondere Funktionen der Staatsgewalt zu sondern

¹ Otto Mayer, I § 1. Paul Schoen, Enzyklop. d. Rechtswissenschaft IV, 195 f. Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. herausgeb. v. Walter Jellinek, 1914, S. 595 f. G. Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts⁷ (1919), S. 750. W. Jellinek S. 1 (dort weitere Literaturangaben). Merkl, 1 f. Ulbrich, Der Rechtsbegriff der Verwaltung (Grünhuts Z. 9 (1882) S. 1 f.). Vierhaus, Gerichtsbarkeit und Verwaltungshoheit (VerArch 11, 222.) Erich Kaufmann, Verwaltung, Verwaltungsrecht (WStVR III, 688). W. Schelcher, Oeff. Gewalt und öff. Verwaltung (Fischers Z 35 (1909) S. 1 f.).

² Ver-wal-ten, walten, valere: lenken, regieren, einen Willen betätigen.

begonnen: Rechtsetzung, Rechtsprechung und Verwaltung im engern Sinn. Seiner Aufgabe, Recht zu schaffen, kommt der Staat durch die Gesetzgebung nach. Die Feststellung dessen, was nach Maßgabe des geltenden Gesetzes im einzelnen bestrittenen Falle Rechtens ist, ist Sache der Justiz. Rechtsetzung und Rechtsprechung bilden die spezifischen Staatszwecke. Aber sie sind nicht die einzigen Aufgaben des Staats. Ein Staat, der sich darauf beschränkte, Gesetze zu geben und Rechtsprüche zu fällen, verfiel alsbald der Auflösung.³ Mit der Verkündung des Gesetzes und des Rechtspruchs bricht die staatliche Tätigkeit nicht ab. Das Gesetz muß ausgeführt, das Urteil vollstreckt werden. Dies ist die Arbeit einer besonderen staatlichen Funktion, der Vollziehung. Dabei begründet es keinen Unterschied, ob die Vollstreckung der Gesetzesvorschrift von Anfang an den vollziehenden Behörden übertragen ist, oder ob diese nur einzuschreiten haben, wenn der Bürger einem an seine Adresse gerichteten Gesetzesbefehl nicht gehorcht.⁴ Aber auch die Vollziehung erschöpft den Kreis der staatlichen Geschäfte nicht, die nach Abzug von Rechtsetzung und Rechtsprechung verbleiben. Denn es gibt Aufgaben, die der Staat zu besorgen hat, auch wenn sie ihm durch kein spezielles Gesetz aufgetragen sind. Die Pflicht zu ihrer Erfüllung ist untrennbar mit der Existenz eines Staates verbunden: Schutz der Staatsangehörigen und des Staatsgebietes gegenüber dem Ausland, Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung im Innern u. a. m. Wenn wir die Durchführung eines fremden Willens, somit auch die Verwirklichung des Willens des Gesetzgebers durch besondere staatliche Behörden als Vollziehung bezeichnen, so erscheint im Gegensatz dazu das Verwirklichen des eigenen Willens der handelnden Organe als Regierung. Vollziehung und Regierung stellen die zwei Seiten der dritten staatlichen Funktion dar, der Verwaltung im engern Sinn. Alles was der Staat außerhalb von Gesetzgebung und Justiz besorgt, ist somit Verwaltung im engern Sinn oder Verwaltung schlechthin, — eine Summe von Verrich-

³ Laband, Staatsrecht II⁶ S. 176.

⁴ Unter „Vollziehung“ kann sprachlich sowohl das Verwirklichen des Gesetzesbefehls durch die Gesetzesuntertanen, als auch die Vollziehung durch die besonderen Behörden der „vollziehenden Gewalt“ verstanden werden. Mit Hänel, Gesetz im formellen und materiellen Sinne, 1888, S. 196 ist jedoch der staatsrechtliche Ausdruck „Vollziehung“ auf die Fälle zu beschränken, in denen die Gesetzesbefehle durch die besonderen Organe des Staates oder öffentlich-rechtlicher Verbände zur Ausführung gebracht werden müssen.

tungen technischer, geistiger, juristischer Natur, deren jede einen dem Gemeinwohl nützlichen Erfolg erreichen will (Auferlegung von Steuern; Einberufung von Wehrpflichtigen; Erteilung von Schankkonzessionen; Errichtung von Straßen, Brücken; Erteilung von Dienstanweisungen; Abschluß von Kauf-, Miet- und Pachtverträgen usf.).

Nur die Verwaltung im engeren Sinn bildet den Gegenstand der besonderen Disziplin des Verwaltungsrechts. Aber andererseits beschränkt sich diese nicht auf eine Darstellung der *staatlichen* Verwaltung. Wie unten in den §§ 6 und 7 wird dargelegt werden, sind dem Staate Verbände (Gemeinden, Kommunalverbände, Krankenkassen usf.) eingegliedert, die, wie der Staat, durch ihre Verwaltung Gemeininteressen befriedigen und zwar mit Mitteln, die denen des Staates wesensgleich sind. Dies rechtfertigt es, diese Verwaltung mit der des Staates als *öffentliche Verwaltung* auch wissenschaftlich zusammenzufassen und sie der Verwaltung des Privaten entgegenzusetzen, welche auf die Befriedigung von Individualinteressen abzielt.

Für eine juristische Betrachtung bietet die Verwaltung insoweit Raum, als ihre Organe die Zuständigkeit und die Pflicht zum Tätigwerden aus der Rechtsordnung ableiten und sie sich zur Durchführung ihrer Aufgaben *rechtl. Mittel* bedienen. Die *privatrechtlichen Mittel*, welche das Gesetz dem Bürger zur Erreichung seiner Zwecke zugeteilt hat, stehen auch der öffentlichen Verwaltung zu Gebote und werden von ihr bei der Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben zur Anwendung gebracht.⁵ Aber die Mehrzahl der öffentlichen Verwaltungsgeschäfte bewältigt der Staat mit Hilfe eines Mittels, das dem Privaten nicht zugänglich ist, nämlich mit Herrschergewalt (*imperium*). Herrschen bedeutet, die Fähigkeit besitzen, freien Menschen zu befehlen und sie zur Befolgung der Befehle zu zwingen.⁶ Nur dem Staate wohnt heute Herrschermacht inne.⁷ Der Staat kann jedoch Verbände (Gemeinden usw.), welche öffentliche Verwaltungsgeschäfte besorgen, mit Herrschermacht be-

⁵ Z. B. bei der Aufnahme von Anleihen, dem Kauf und der Verpachtung von Liegenschaften u. a. m.

⁶ Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 2. Aufl., 1869, S. 21. Laband, Staatsrecht I⁵ S. 68. Jellinek, Allg. Staatslehre³ S. 427 ff.

⁷ Abgesehen von dem Ueberrest alter familienrechtlicher Herrschaft, die dem Vater gegenüber seinen Kindern verblieben ist.

lehnen. In Gesetzgebung und Rechtsprechung tritt der Staat ausschließlich als Herrscher auf. Soweit er Verwaltungsaufgaben herrschaftlich besorgt, steht die Verwaltung hierin den andern staatlichen Funktionen gleich.

Um die Verwaltung von den übrigen staatlichen Funktionen durch ein positives Merkmal zu unterscheiden, hat man deshalb bis in die neuere Zeit die Behauptung aufgestellt, zum Gebiete der Verwaltung gehörten alle jene Angelegenheiten, die nicht nach festen Rechtsnormen, sondern nach dem freien Ermessen der Behörde zu erledigen seien. Auf diese Weise ist man dazu gekommen, das „freie Ermessen“ als Lebensmoment der Verwaltung zu bezeichnen und die Verwaltung als das direkte Gegenstück der an das Gesetz gebundenen Justiz hinzustellen. Diese Ansicht beruht auf Irrtum. Sie verkennt, daß in der Gegenwart — was noch unten in § 9 näher wird zu begründen sein — das Gesetz nicht bloß für die vollziehende, sondern auch für die regierende Verwaltung Schranke ist. Es gibt im Rechtsstaate nur eine „gesetzmäßige Verwaltung“. Soweit die Verwaltungsbehörden an Rechtsregeln gebunden sind, stehen sie dem Gesetze nicht anders gegenüber als die Gerichte.

Andererseits jedoch ist auch bei sorgfältiger Regelung einer Materie kein Gesetzgeber imstande, die Vielgestaltigkeit und den Wechsel der Erscheinungen und Bedürfnisse in Gegenwart und Zukunft so zu überblicken, daß er für jeden Fall eine feste Norm bereitzustellen vermöchte. Er muß sich häufig damit begnügen, die allgemeinen Richtlinien festzulegen, im übrigen es aber den Verwaltungsbehörden überlassen, innerhalb dieses Rahmens das Zweckmäßige und durch die Umstände des einzelnen Falles Gebotene von sich aus anzuordnen.⁸ Das „freie Ermessen“ spielt in der Verwaltung in der Tat eine große Rolle. Der Verwaltung eigentümlich ist es aber nicht.⁹ Denn dem Richter überträgt das Gesetz in gleicher Weise nicht selten die Aufgabe, innerhalb eines bestimmten Rahmens sein freies Ermessen walten zu lassen, z. B. eine Schadenersatzsumme unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung zu bestimm-

⁸ Beispiel: Allg. Preuß. Landrecht, Teil II, Titel 17, § 10. „Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publico oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen ist das Amt der Polizei.“

⁹ J e l l i n e k, Allg. Staatslehre³ S. 616 f. A d o l f M e r k l, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, 1917 (S. A. a. d. „Deutschen Richterzeitung“).

men.¹⁰ Es ist der Gegensatz von freier und gebundener Tätigkeit, der hier in die Erscheinung tritt. Auch im übrigen steht bei der Vollziehung des Gesetzes der Verwaltungsbeamte dem Richter gleich; denn auch er hat zunächst festzustellen, ob ein unter das Gesetz fallender Tatbestand vorliege und hierauf auf diesen die abstrakte Rechtsvorschrift anzuwenden und sodann daraus die rechtlichen Schlüsse zu ziehen: Tatbestand, Rechtsnorm, Rechtsfolge. Der Verwaltungsbeamte, der das Gesetz vollzieht, nimmt somit keine andere Tätigkeit vor, als der Richter, der nach Maßgabe des Gesetzes Recht spricht.

Aber — und darin liegt der Unterschied zwischen Justiz und Verwaltung — für die Justiz ist die Anwendung des Rechts Selbstzweck, für die Verwaltung nur Mittel zum Zweck. Die Justiz hat durch ihre Urteile festzustellen, was nach dem geltenden Gesetze Rechtens ist, unbekümmert darum, welche Folgen daraus für den Staat und die Betroffenen entstehen. Die Verwaltung dagegen hat das Gemeinwohl zu fördern, Nützlichendes zu schaffen. Der Verwaltung Lebens- element ist das Handeln, das aktive Eingreifen, das unmittelbare Herbeiführen eines bestimmten materiellen Erfolges. Ihre Richtschnur ist die Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit. Insofern kann man die Verwaltung die „handelnde Staatsgewalt“ nennen, im Gegensatz zur Gesetzgebung und Rechtsprechung, die sich in der Erklärung von Willensentschlüssen erschöpfen. Aber ihre ganze Tätigkeit vermag die Verwaltung nur innerhalb der Rechtsordnung zu entfalten. Vom Rechte werden ihrem Handeln die Antriebe erteilt und die Schranken aufgerichtet. Die Verwaltung wendet jedoch das Recht nicht an, in der Absicht, ihm um seiner selbst willen zu dienen und seinen Sätzen zum Siege zu verhelfen, sondern um unter dem Schutz des Rechts einen bestimmten, außerhalb der Rechtsverwirklichung liegenden materiellen Erfolg zu erreichen. Nach seinen Zielen beurteilt, ist der Verwaltungsbeamte nicht der Genosse des Richters, sondern der Gefährte des einfachen Gesetzesuntertans, der dem Rechte gemäß lebt, weil er die juristischen Zwangsmittel zur Erreichung seiner Zwecke nur innerhalb der Schranken der Rechtsordnung vorfindet.

II. Nach den vorangegangenen Erörterungen versteht man unter Verwaltung die ganze Tätigkeit, die der Staat oder ein anderer öffent-

¹⁰ ZPO § 287. Schweiz. ZGB Art. 4 (und dazu der Kommentar von Egger, 2. Aufl. 1928, S. 85). Schweiz. OR Art. 42. F. Stier-Somlo, Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung (Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für Laband, II S. 445 ff.).

lich-rechtlicher Verband zur Erreichung seiner Lebenszwecke unter seiner eigenen Rechtsordnung entfaltet und die weder in den Bereich der Gesetzgebung, noch der Rechtsprechung fällt.

Die Verwaltungstätigkeit setzt sich zusammen aus einer fast unübersehbaren Zahl von Einzelgeschäften. Diese werden jedoch nach technischen Gesichtspunkten in Verwaltungszweige gegliedert: Verwaltung des Auswärtigen, des Kriegs, der Justiz, der Finanzen und des Innern. Die Verwaltung des Auswärtigen und des Krieges (Militärwesen) gehört jedoch nur zu einem Teil der innerstaatlichen Verwaltung an, nämlich nur insoweit als auch hier die eigene staatliche Rechtsordnung die Organe dieser Verwaltungszweige zu schaffen und diesen ihre Aufgabe vorzuzeichnen hat.¹¹ Für die rechtlichen Beziehungen dagegen zu auswärtigen Staaten in Krieg und Frieden, d. h. für den diplomatischen Verkehr und die Kriegführung, sind nicht die Normen der eigenen staatlichen Rechtsordnung, sondern die Regeln des Völkerrechts maßgebend.¹² Die Justizverwaltung, die die Tätigkeit der Gerichte vorbereitet und sicherstellt, ist im Gegensatz zur Rechtsprechung echte Verwaltung, aber aus praktischen Gründen ist sie regelmäßig den Gerichten übertragen (s. unten S. 16). Den Kern der nachfolgenden Betrachtung werden daher Finanzverwaltung und innere Verwaltung bilden. Zur inneren Verwaltung aber wird alle Tätigkeit gezählt, die keinem der andern vier Verwaltungszweige angehört.¹³ Sie umfaßt insbesondere die ganze Sorge für die geistige und wirtschaftliche Kultur. Sie stellt den jüngsten Verwaltungszweig dar. Zur Bewältigung der vermehrten Aufgaben der inneren Verwaltung haben im Laufe des letzten Jahrhunderts organisatorisch besondere Abteilungen geschaffen werden müssen, so z. B. für das Verkehrswesen (Eisenbahnen, Post, Telegraph und Telephon); für das Schulwesen; für die Volkswirtschaft usf. Die Finanzverwaltung endlich, als die Verwaltung der

¹¹ Insoweit trifft die Behauptung von Karl Neumeyer, Vom Recht der auswärtigen Verwaltung (ArchöffR 31, 99) zu, daß die im Dienst der auswärtigen Verwaltung Deutschlands erlassenen Rechtssätze ein Bestandteil der innerstaatlichen Rechtsordnung, des deutschen Verwaltungsrechts, sind. Vgl. Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht, I, 1910; II, 1922; III 1, 1926 und „Grundlinien des internationalen Verwaltungsrechts“, 1911.

¹² RVerf Art. 4: „Die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts gelten als bindende Bestandteile des deutschen Reichsrechts.“ Dazu die Kommentare von Anschütz und von Giese.

¹³ Georg Meyer-Anschütz, Staatsrecht 7, 750. Georg Meyer-Dochow, VerwRecht 4 S. 1 f.

öffentlichen Einnahmen und Ausgaben und des Staatsvermögens, ist in der neuesten Zeit immer stärker angewachsen, und parallel damit ist der Ausbau der Steuergesetzgebung vor sich gegangen. In der innern Verwaltung und der Finanzverwaltung haben sich die modernsten und eigenartigsten Gedanken des deutschen Verwaltungsrechts entwickelt.

§ 2. Trennung der Gewalten.¹

I. Im absoluten Staat war die ganze öffentliche Gewalt in der Hand des Herrschers vereinigt. Lediglich Rücksichten der Arbeitsteilung zwangen zu einer Uebertragung der Rechtsprechung an besondere Gerichtsbehörden. Dabei wirkte die Erwägung mit, daß ein an den politischen Geschäften unbeteiligtes Organ dem rechtsuchenden Untertan eine größere Gewähr biete, als die Behörden der „Regierung“. Aber die Verbindung mit der „Regierung“ wurde nicht gelöst. Der Träger der Staatsgewalt, der Landesfürst, vermochte jeder Zeit des Richteramtes zu walten und aus seinem Kabinett („Kabinettsjustiz“) in einem schwebenden Prozesse das Urteil kraft seiner obersten richterlichen Machtvollkommenheit („Machtspruch“) zu fällen.² Im Jahre 1749 wurde für Brandenburg-Preußen durch das berühmte Ressort-Reglement Friedrichs des Großen festgesetzt, „daß regulariter alle Prozeßsachen, welche das interesse privatum

¹ Friedrich Stein, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, 1912 (s. dazu die Kritik von Kormann, ArchöfR 30, 253). Jellinek, Allgemeine Staatslehre³, S. 606 ff. Otto Mayer I § 6 und „Justiz und Verwaltung“ (Straßburger Rektoratsrede 1902). Anschütz, Justiz und Verwaltung (in Hinnebergs „Kultur der Gegenwart“²; Systematische Rechtswissenschaft², 1913, S. 372). Stier-Somlo, Hdbch. d. Politik I³ 296. Artur, Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions (Revue du Droit public. 13, 14, 17, 20). W. Schelcher, Justiz u. Verwaltung (Ergänzungsheft zu Fischers Z (1919, Bd. 50). Hofacker, Rechtsweg und Verwaltungsweg (ArchivPraxis 118, S. 281). Richard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., 1906, § 30 (Zivilrechtspflege und Verwaltung). K. Hellwig, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, I, 1912, S. 43 ff. Rosenberg, Lb. d. deutschen Zivilprozeßrechts, 1927, S. 19 f. Stier-Somlo, I, 71 f. Hasbach, Gewaltentrennung, Gewaltenteilung und gemischte Staatsform (Vierteljahrsschr. f. Sozial- und Wirtschaftsgeschichte Bd. 13 (1916), S. 567). Emil Ott, Rechtspflege und Verwaltung (Festschrift für Franz Klein, 1914, S. 51). Kelsen, Allg. Staatslehre S. 229. W. Jellinek, S. 6 f. Merkl S. 6 f., 21 f.

² Adolf Stölzel, Fünfzehn Vorträge zur Brandenburgisch-Preußischen Rechts- und Staatsgeschichte, 1889, S. 157 („Machtsprüche“).

vel jura partium quarum interest betreffen, bei denen jeden Orts bestellten ordentlichen Justiz-Collegiis erörtert und decidiret werden müssen.“³ Allein erst Montesquieu erhob in seinem berühmten Buche „De l'esprit des lois“ (1748) die Forderung, daß für eine jede der drei Gewalten (puissance exécutive, puissance législative und puissance de juger) ein besonderer Behördenapparat eingerichtet werden müsse. Denn die Gewalten, in e i n e r Hand vereinigt, erdrücken, nach Montesquieu, die Freiheit des Individuums; die Verteilung der Gewalten (séparation des pouvoirs) an verschiedene Organe ist im Wesen des Staates selbst begründet.⁴ Dabei setzt aber Montesquieu voraus, daß das Gesetz sowohl die puissance exécutive, wie die puissance de juger binde. Hier konnte in der Folge die Theorie Rousseaus anknüpfen, die dem Gesetze, dem Ausflusse der volonté générale, eine Vormachtstellung über Justiz und Verwaltung zusprach. Im Sinne Montesquieus und des französischen Richterstandes aber lag, daß die puissance exécutive durch die, gesetzwidrige Verwaltungsakte richtende, puissance de juger in Schranken gehalten werde („le pouvoir arrête le pouvoir“). In Frankreich hatte daher bis zur Revolution die

³ Edgar L o e n i n g , Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preußen (Verwaltungsarchiv II S. 266). — Ueber die Beseitigung der landesherrlichen „Machtsprüche“, d. h. der Rechtssprüche aus oberster richterlicher Machtvollkommenheit s. auch Adolf S t ö l z e l , Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, 1888.

⁴ M o n t e s q u i e u , L'esprit des lois, liv. XI, chap. IV: „La démocratie et l'aristocratie ne sont point des Etats libres par leur nature. La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés. Mais elle n'est pas toujours dans les Etats modérés: elle n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir; mais c'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait! la vertu même a besoin de limites. — Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.“ — Liv. XI, chap. VI: „. . . Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté, parcequ'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement. — Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire; car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur. — Tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçait ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers.“

Verwaltung gegen die Einmischung der Gerichte zu kämpfen.⁵ Mit Hilfe der Lehre von der *séparation des pouvoirs* stellte die Gesetzgebung der Revolutionszeit mit Fanatismus die Verwaltung gegen Eingriffe der Justiz sicher und schloß beide Sphären voneinander ab.⁶

Die Lehre Montesquieus hat auch in Deutschland der Forderung auf Trennung von Justiz und Verwaltung die wissenschaftliche Rechtfertigung geliefert.⁷ Die Verfassungsurkunden des 19. Jahrhunderts haben den Grundsatz ausdrücklich ausgesprochen,⁸ und das Reichsrecht hat ihm im Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877⁹ (§ 1) reichsrechtliche Geltung verschafft. „Die richter-

⁵ Ueber die Ursachen dieser Einmischung s. A. E s m e i n , Cours élémentaire d'histoire du Droit français, pars III, tit. II.

⁶ Loi du 16/24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, tit. II, Art. 13. Constitution du 3 septembre 1791, chap. V, Art. 3: „Les tribunaux ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.“ — R. C a r r é d e M a l b e r g , Théorie générale de l'Etat II (1922) p. 1 suiv. D u g u i t , Traité de Droit constitutionnel, II² (1923) p. 132. E s m e i n , Eléments de Droit constit. I⁷ (Nézaré) p. 457. — Die Folgerungen im modernen franz. Recht stellen dar: J é z e , Principes, 265, 276, 325. H a t s c h e k , Einleitung in d. öff. Recht, 1926, S. 64, 66 ff.

⁷ Vgl. dazu E. v. M e i e r , Französische Einflüsse auf die Staats- und Rechtsentwicklung Preußens im 19. Jahrhundert I (1907), II (1908).

⁸ Ueber die monarchischen Verfassungen der Jahre 1815 f.: M e y e r - A n s c h ü t z , S. 766. Ueber die demokratischen (gewaltenverbindenden) Verfassungen seit 1918: S t i e r - S o m l o , Die Lehre von der Gewaltenteilung und die neuen deutschen Verfassungen (Z. für die gesamte Staatsw. Bd. 77 (1923) S. 1 f. E. v. H i p p e l , Die Verschiebung der Machtverhältnisse im alten und neuen Deutschland dargestellt an der Lehre Montesquieus (Rechtsgeleert Magazin, Jhg. 43 S. 59). K o e l l r e u t t e r , D. parlam. System in den deutschen Landesverfassungen, 1921. Die RVerf. v. 1919 enthält keine allgemeine Garantie der Gewaltentrennung. Aber sie hat sie faktisch, mit Vorbehalten, dadurch durchgeführt, daß sie die Formen und Aufgaben der Reichsgesetzgebung (im fünften Abschnitt), der Reichsverwaltung (im sechsten Abschnitt) und der Rechtspflege (im siebten Abschnitt) näher regelt. Vgl. dazu die Bemerkungen vor dem fünften Abschnitt der RVerf. im Komm. von G i e s e und die dort zitierte Literatur. W. S i m o n s , Reichsverfassung und Rechtsprechung (Z. f. d. gesamte Staatsw. 81 (1926) S. 385. Ueber die entsprechende Gestaltung im schweizerischen Bundesstaat: F l e i n e r , Schweiz. Bundesstaatsrecht S. 130 f. W. B u r c k h a r d t , Ueber Gewaltentrennung und Unvereinbarkeit im schweiz. Staatsrecht (Festg. für Lotmar 1920, S. 69).

⁹ Unverändert geblieben in der Bekanntmachung v. 22. III. 1924 und der Verordnung v. 12. XII. 1924. Vgl. ferner RVerf. Art. 102: „Die Richter sind

liche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetze unterworfenen Gerichte ausgeübt.“ „Die Gerichte entscheiden über die Zulässigkeit des Rechtswegs.“ (§ 17 Absatz 1). Aber schon das Einführungsgesetz zum Reichsgerichtsverfassungsgesetz hat (§ 4) den Grundsatz abgeschwächt: „Durch die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes über die Zuständigkeit der Behörden wird die Landesgesetzgebung nicht gehindert, den betreffenden Landesbehörden jede andere Art der Gerichtsbarkeit, sowie Geschäfte der Justizverwaltung zu übertragen. Andere Gegenstände der Verwaltung dürfen den ordentlichen Gerichten nicht übertragen werden.“

Die angeführten Gesetzesstellen beweisen, daß in Deutschland die Verteilung der staatlichen Aufgaben an Gerichte, Verwaltungsbehörden und Gesetzgebungsorgane nicht nach einem abstrakten, mechanischen Ausscheidungsprinzip vorgenommen worden ist. Der Kompetenzbereich der Gerichte, Verwaltungsbehörden und Gesetzgebungsorgane ist nicht reinlich abgegrenzt. Weder sind die Gerichte auf Rechtsprechung, noch die Verwaltungsbehörden auf Verwaltung, noch endlich die Organe der Gesetzgebung auf Rechtsetzung beschränkt. Jeder der drei Gewalten ist ein kleines Stück aus der Kompetenzsphäre der andern Gewalt zugeschieden worden. Aber eine bestimmte Tätigkeit ist für eine jede von ihnen eigentliches Lebenselement: für die Gerichte das Rechtsprechen, für die Verwaltungsbehörden das Verwalten, für die Gesetzgebungsorgane das Rechtsetzen. Auf diese seine Hauptfunktion ist das Organ zugeschnitten; sie ist maßgebend für seine staatsrechtliche Stellung und von ihr empfängt es seinen Namen. Auch in Deutschland hat sich die Trennung der staatlichen Gewalten durchgesetzt, aber nur so weit, daß der Behördenapparat, der für die eine Funktion bestellt ist, nicht gleichzeitig der Hauptträger der andern Funktion sein darf. Im einzelnen hat der Gesetzgeber die Grenzl意思en folgendermaßen gezogen:¹⁰

1. Die R e c h t s p r e c h u n g hat ihre Heimat bei den ordentlichen Gerichten. Allein einerseits ist den ordentlichen Gerichten von unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen.“ S. die Kommentare v. A n s c h ü t z und von G i e s e zu diesem Artikel.

¹⁰ Stein-Jonas, Die ZPO. f. d. Deutsche Reich ¹⁴, I (1928), Vorbem. vor § 1. Hatschek, Einleitung i. d. öff. R., 82 f. Prazák, Die prinzipielle Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden, 1889 (ArchöfR. IV). Vgl. auch Oppenhoff, Die Gesetze über die Ressortverhältnisse zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden in Preußen, 2. Aufl., 1904.

Reichswegen nicht alle Rechtsprechung zugewiesen, andererseits kann ihnen mehr übertragen sein als die Aufgabe, Rechtsstreitigkeiten zu beurteilen. Nicht alle Rechtsprechung ist den Gerichten vorbehalten. „Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, für welche nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist, oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind.“ (Reichsgerichtsverfassungsgesetz § 13.) Nach dieser Vorschrift ist die Landesgesetzgebung, wie die Reichsgesetzgebung befugt, die Beurteilung von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten zu übertragen,¹¹ — sofern nicht reichsrechtliche Spezialvorschriften bestimmte Streitsachen den ordentlichen Gerichten besonders zugewiesen haben.¹² Für den Bereich der Strafsachen hat jedoch das

¹¹ Stein-Jonas, ZPO.¹⁴ I S. 5. So werden nach der Preussischen Jagdordnung vom 15. Juli 1907, § 56 ff. Ansprüche auf Wildschadenersatz die doch in § 835 BGB. privatrechtlich ausgestaltet wurden, in das Verwaltungsstreitverfahren verwiesen. RGerZ. 70, 306. K. Simon, Der Wildschaden (nach preuß. Recht), 1912. Vgl. im übrigen Stein, Justiz und Verwaltung S. 17, 21. Markull, Die Polizei als Richter in Streitsachen des bürgerlichen Rechts (PrVBl. 27, S. 191). Die einzige Schranke stellt § 4 EGzZPO. auf, wonach der Ausschluß des Rechtsweges für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten lediglich aus dem Grunde, weil als Partei der Fiskus, eine Gemeinde oder eine andere öffentliche Korporation beteiligt ist, nicht erfolgen darf. Diesem Grundsatz widerspricht die auf Grund des Ermächtigungsgesetzes v. 13. 10. 23 erlassene erweiterte „Abgeltungsverordnung“ v. 24. 10. 23, derzufolge zivilrechtliche Ansprüche gegen das Reich (aus Kriegslieferungen usw.) ihrer Natur als Rechtsansprüche entkleidet werden. Der Reichsminister der Finanzen bestimmt, in welchem Umfang solche Ansprüche auf einen nach billigem Ermessen von der Verwaltungsbehörde festzusetzenden Betrag herabgesetzt werden und „abgegolten“ gelten sollen. Die vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts haben durch Beschluß v. 22. 2. 24 sich für die rechtliche Zulässigkeit dieser, dem Rechtsstaate zuwiderlaufenden Maßregel ausgesprochen. RGerZ. 107, 320. Vgl. dazu Fischbach, i. d. Jurist. Rundschau I 1925, S. 209. Eduard Kern, Der gesetzl. Richter, 1927. — Neuerdings hat auch das Reichsrecht bürgerliche Rechtsstreitigkeiten den Verwaltungsbehörden zugewiesen, so z. B. Mietstreitigkeiten den Mieteinigungsämtern (Mieterschutzgesetz v. 1. 6. 23 §§ 37 f.), RGerZ. 107, 284.

¹² Z. B.: GVG. § 9: „Wegen vermögensrechtlicher Ansprüche der Richter aus ihrem Dienstverhältnisse, insbesondere auf Gehalt, Wartegeld oder Ruhegehalt darf der Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden.“ Uebereinstimmend RVerf. Art. 129 Abs. 1. Andere Beispiele bei Stein-Jonas, ZPO.¹⁴ I, S. 6. — Umgekehrt hat das Reichsrecht eine Reihe von Streitsachen öffentlich-rechtlicher (z. B. gewerberechtlicher) Natur endgültig vor die Verwaltungsbehörden gewiesen. Auch hieran ist das Landesrecht gebunden; es darf nicht

Reichsrecht diese Ermächtigung selbst wieder durch eine Spezialbestimmung eingeschränkt: den Verwaltungsbehörden (Polizei- und Steuerbehörden) darf lediglich die Ahndung von polizeilichen Uebertretungen und von Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle übertragen werden und auch dies nur, soweit die Strafen eine bestimmte vom Reichsgesetzgeber genau festgesetzte Grenze nicht überschreiten.¹³ Von Reichs wegen gehört somit im allgemeinen zum Kompetenzbereich der ordentlichen Gerichte die Rechtsprechung in Streitsachen öffentlich-rechtlicher Natur nicht. Diese betrachtet der Reichsgesetzgeber als die Aufgabe der Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.¹⁴ Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen — sie sind die eigenste Domäne der ordentlichen Gerichte. Das Reichsgerichtsverfassungsgesetz umschreibt den Begriff der „bürgerlichen Rechtsstreitigkeit“ nicht selbst; es setzt ihn voraus.¹⁵ Als „bürgerliche Rechtsstreitigkeit“ gilt ein Streit über ein Rechtsverhältnis des Privatrechts.¹⁶ Die Entscheidung privatrechtlicher Streitsachen bildet somit — neben der der Strafsachen — den eigentlichen Wirkungskreis der ordentlichen Gerichte, insbesondere der Zivilgerichte.¹⁷ Die Zivilprozeßordnung enthält die Regeln, nach denen die ordentlichen

diese Streitsachen der Zivilgerichtsbarkeit unterstellen. Stein-Jonas, ZPO.¹⁴ I, S. 4, 6.

¹³ StPO. (Fassung vom 22. März 1924) §§ 413, 419. EGzStPO. § 6 Ziff. 3. Stier-Somlo, Art. „Polizeil. Strafverfügung“ HWR. IV, 527. Von der Ansicht des Textes abweichend: Stein, Justiz und Verwaltung S. 43 f.

¹⁴ Vgl. zum Folgenden insbesondere Wach, Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, I (1885), § 8.

¹⁵ Konrad Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts I (1903) S. 59 ff. Stein-Jonas, ZPO.¹⁴ I, S. 4. — Kamptz und Delli, Die Rechtsprechung des Reichs- und des Kammergerichts auf den Gebieten des öffentlichen Rechts, II (1907), S. 851 ff. (Allgemeine Grundsätze über die Zulässigkeit des Rechtswegs; Erg.-Band (1911) S. 556 ff.).

¹⁶ K. Hellwig, System des Deutschen Zivilprozeßrechts I S. 43. Lassar, Der Erstattungsanspruch i. Verwaltungs- u. Finanzrecht, 1921, S. 68 f. Rosenberg, Lehrb. des ZPRchts S. 23 f. Bestritten u. a. vom Reichsgericht: Stein-Jonas, ZPO.¹⁴ I S. 4 f. Preuß. KompGH. 23. April 1927: Für die Klage gegen eine Fakultät, die dem Kläger den Dokortitel entzogen hat, ist der Rechtsweg unzulässig; die Fakultät hat in Ausübung ihrer öff.-rechtl. Befugnisse gehandelt (PrVBl. 49, 75).

¹⁷ RVerf. Art. 103: „Die ordentliche Gerichtsbarkeit wird durch das Reichsgericht und durch die Gerichte der Länder ausgeübt.“ Art. 104: „Die Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit werden auf Lebenszeit ernannt“

Gerichte bei der Beurteilung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten zu verfahren haben. Gehört nach Reichs- oder Landesrecht eine Streitsache vor die ordentlichen Gerichte und ist sie dort nach den Regeln des Zivilprozesses zu verhandeln, so sagt das Reichsrecht, sie sei auf den „R e c h t s w e g“ gewiesen. „Rechtsweg“ bezeichnet daher den Gegensatz zum „Verwaltungsweg“, d. h. zum Verfahren vor den Verwaltungsbehörden.¹⁸

Den ordentlichen Gerichten kann jedoch mehr übertragen sein, als Zivil- und Strafrechtssprechung. Nach der oben (S. 12) angeführten reichsrechtlichen Vorschrift (EGzGVG. § 4) ist die Landesgesetzgebung, wie übrigens auch die Reichsgesetzgebung, nicht gehindert, den ordentlichen Gerichten jede andere Art der Gerichtsbarkeit zuzuweisen. Vermöge dieser Ermächtigung hat das Landesrecht ausdrücklich oder stillschweigend den Zivilgerichten die Entscheidung zahlreicher Streitsachen öffentlich-rechtlicher Natur (Steuerstreitigkeiten, Wegestreitigkeiten usw.) übertragen und dergestalt eine „Erweiterung des Rechtswegs“ vorgenommen.¹⁹ Sodann sind die Gerichte berufen worden, in der sog. „freiwilligen Gerichtsbarkeit“ bei der Gestaltung und Sicherung von Privatrechtsverhältnissen mit ihrer staatlichen Autorität mitzuwirken.²⁰ Endlich aber ist

¹⁸ Otto Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen, 1901, S. 1 ff. Hofacker, Rechtsweg u. Verwaltungsweg (ArchivPraxis 118, 281. Stein-Jonas, ZPO.¹⁴ I S. 3. — Das Wort „Recht“ in der Formel „Rechtsweg“ bedeutet nicht etwa jus, sondern iudicium, Gericht, Gerichtsverfahren. Rechtsweg ist somit der Weg, der zu den ordentlichen Gerichten führt.

¹⁹ Z. B. für die Rückforderung von Steuern und Stempelabgaben. Vgl. jedoch RAO. § 227. Durch die Zuweisung an die Zivilgerichte werden aber derartige Streitigkeiten über Verhältnisse des öffentlichen Rechts nicht etwa zu „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ (auch nicht im formellen Sinn) weder für die Landgerichte, noch für das Reichsgericht. Sie bleiben öffentlich-rechtliche Streitsachen. Hartmann, Zum Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit (DJZ. XV 1259) und die Erörterungen desselben Verfassers in der DJZ. XVI 1489 und XVIII 691. Hartmann, Zum § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes (ArchivPraxis Bd. 109 [1912] S. 144). Anderer Ansicht sind das Reichsgericht (RGERZ. 77, 230; 92, 310; 93, 78, 201) und Stein, Justiz-u. Verwaltung S. 24 f. Stein-Jonas, ZPO.¹⁴ I S. 6 f. Vgl. über die Streitfrage: Lassar, Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- u. Finanzrecht 1921, S. 66 f. und Staatsrechtslehrer-Tagung, Heft 2, S. 92 f.

²⁰ Wach, Zivilprozeßrecht I S. 47 ff., insbes. S. 53. Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts I S. 75 ff. System des Deutschen Zivilprozeßrechts I S. 53 ff. Stein, Justiz u. Verwaltung S. 36 ff. Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, vom 17. Mai 1898, hat die Ge-

den Gerichten überall ein Bestand von Verwaltungsgeschäften, Justizverwaltung, übertragen. Gerade dieser Einbruch in das System der Trennung der Gewalten beweist, daß in Deutschland für die Kompetenzzuweisung praktische Rücksichten mitbestimmend gewesen sind. Denn die Aufgaben der Justizverwaltung (die Bildung der Gerichtskammern aus dem vorhandenen Richterpersonal, die Regelung der Geschäftsordnung, das Sportel- und Kassenwesen, die Ausübung von Aufsicht und Disziplin usf.) bilden Hilfsfunktionen der Rechtsprechung.²¹ Der Gesetzgeber hat sich jedoch beeilt, der Gefahr einer weiteren Vermengung von Justiz und Verwaltung vorzubeugen durch das Gebot: „Andere Gegenstände der Verwaltung dürfen den ordentlichen Gerichten nicht übertragen werden.“ (EinfGzGVG. § 4).

Alles, was zum Geschäftskreis der ordentlichen Zivil- und Strafgerichte gehört, bildet den Inbegriff der Gerichtsbarkeit (Justiz) im weiteren Sinne.²² Richterliche Unabhängigkeit aber kommt den Ge-

richtsstellen (Amtsgerichte usw.) bezeichnet, von denen die reichsrechtlich den Gerichten übertragenen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Vormundschaftssachen, Annahme an Kindesstatt usw.) zu besorgen sind. Ueber die freiwillige Gerichtsbarkeit: Stein-Jonas ZPO.¹⁴ I S. 13. Sie ist Rechtspflege, nicht-streitige Gerichtsbarkeit, wie man sie in der Schweiz nennt. H. H o o r m a n n, Art. „Freiwillige Gerichtsbarkeit“ HWR. II 1514. R o s e n b e r g Lb. d. ZPR. S. 30. F. S c h l e g e l b e r g e r, Die Gesetze ü. d. Angelegenheiten d. freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1927.

²¹ W a c h, Zivilprozeßrecht I S. 309, 312. S i m é o n, Art. „Justizverwaltung“ WStVR. II 479. V i e r h a u s, Justizverwaltungsrecht (Festschrift f. Franz Klein, 1914, S. 213 f.): „Alles, was im Rahmen der gerichtlichen Organisation geschieht, damit die Vornahme des richterlichen Aktes vorbereitet, ausgeführt und durchgesetzt werden kann, ist Justizverwaltung (S. 215).“

²² L a b a n d, Staatsrecht III ⁶ 369. Stein-Jonas, ZPO.¹⁴ I S. 1. — Eine sehr bedeutungsvolle neue Aufgabe, die den Vorrang des Reichsrechtes (RVerf. Art. 13 Abs. 1) gegenüber dem Landesrecht sichern soll, hat die RVerf. Art. 13 Abs. 2 und das zu deren Ausführung ergangene Reichsgesetz vom 8. April 1920 dem Reichsgericht übertragen: nämlich die, bei Zweifeln oder Meinungsverschiedenheiten durch Beschluß zu entscheiden, ob eine landesrechtliche Vorschrift mit dem Reichsrecht vereinbar ist. Die Entscheidung hat Gesetzeskraft, wirkt also als authentische Interpretation. Vgl. hierüber die Kommentare zur Reichsverfassung (Art. 13) von A n s c h ü t z und von G i e s e, wo auch weitere analoge Anordnungen des Reichsrechtes aufgeführt sind. Vgl. ferner eine Aufzählung der bisher ergangenen Reichsgerichtsentscheidungen bei v. M a r s c h a l l, Verfassungsrechtliche Reichsgesetze, 1924, S. 797 f. und bei T r i e p e l, Quellensammlung zum deutschen Reichsstaatsrecht ⁴, 1926, S. 91. Vgl. dazu RGerZ. 114, 16. — Ganz allgemein hat sodann die Reichsabgabenordnung (RAO.) § 43 den Reichsminister der Finanzen ermächtigt, „Fragen der Auslegung der Steuergesetze dem Reichs-

richten nur innerhalb ihrer eigentlichen Sphäre, der Rechtspflege (Rechtsprechung und freiwillige Gerichtsbarkeit), zu.²³

2. Die Besorgung der Verwaltungsgeschäfte ist den Verwaltungsbehörden anvertraut. Allein ihnen sind nicht alle Verwaltungsgeschäfte übertragen. Justizverwaltung kann den Gerichten zustehen. Ferner haben Reichs- und Landesstaatsrecht vorgeschrieben, daß eine Reihe von Verwaltungsaufgaben in Gesetzesform erledigt werden müssen. Man denke an die Feststellung des Budgets oder an die in Gesetzesform gekleideten Beschlüsse der gesetzgebenden Organe über die Errichtung eines öffentlichen Unternehmens (Eisenbahn, Kanal usw.).²⁴ Auf diese Weise nehmen die gesetzgebenden Behörden direkt an der Verwaltung teil. Die Gesetzesform ist in den erwähnten Fällen vorgeschrieben, um der Volksvertretung einen Einfluß auf diese Verwaltungsangelegenheiten einzuräumen.²⁵

Andrerseits ist eine Erweiterung der Zuständigkeitssphäre der Verwaltungsbehörden über den Verwaltungsbereich hinaus möglich. Die Verwaltungsbehörden können nämlich mit richterlichen Funktionen ausgestattet sein; davon wurde bereits gesprochen (oben S. 4). Ist dies der Fall, so kommt ihren Entscheidungen die Kraft und die Bedeutung richterlicher Urteile zu.²⁶

Inwieweit endlich den Verwaltungsbehörden die Kompetenz zur Rechtsetzung verliehen ist, wird in der Lehre vom Verordnungsrecht dargelegt werden (s. unten § 5).

3. Die Zuständigkeit, das Recht zu setzen, gebührt den gesetzgebenden Behörden. Es wurde jedoch soeben erwähnt, daß die

finanzhof zur Begutachtung vorzulegen“. Vgl. hierüber den Kommentar zur RAO. von Enno Becker.

²³ RVerf. Art. 102: „Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen.“ Dazu die Kommentare von Anschütz und von Giese und die dort zitierte Literatur. Stier-Somlo I 316, 711.

²⁴ Beispiele: RVerf. Art. 85, Art. 87: Beschaffung von Geldmitteln im Wege des Kredits und Uebnahme einer Sicherheitsleistung zu Lasten des Reichs. Art. 94 Abs. 2: Anlegung von Reichseisenbahnen auf eigene Rechnung u. a. m. Stier-Somlo I 556. Hier zeigt sich die verwaltungsrechtliche Bedeutung der von Laband begründeten Unterscheidung von Gesetz im formellen und im materiellen Sinn. Laband, Staatsrecht II⁵ §§ 54, 56. Stier-Somlo I 326. Anschütz, Komm. zu RVerf. Art. 85, N. 4. Für das schweizerische Recht: Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 399 f.

²⁵ Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht⁷ S. 130.

²⁶ RGerStr. 36, 313; Reger 24, 388.

Fleiner, Institutionen. 8. Aufl.

2

gesetzgebenden Organe neben ihrer Hauptaufgabe auch Verwaltungstätigkeit besorgen.²⁷

II. Die praktische Bedeutung der Trennung der Gewalten liegt in dem Satze, daß jede Gewalt verpflichtet ist, die Akte der andern Gewalt anzuerkennen, sofern diese nicht etwa nichtig sind.²⁸ Keine Gewalt darf sich Kompetenzen der andern Gewalt anmaßen.²⁹ So

²⁷ Nach der a. RVerf. Art. 76 Abs. 2 besaß der Reichstag sogar richterliche Kompetenzen, nämlich in Verfassungsstreitigkeiten von Bundesstaaten, welche keine Behörde zur Entscheidung solcher Streitigkeiten hatten. Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht⁷ S. 67. Nach der Reichsverfassung von 1919 stehen dem Reichstage, nach Uebertragung der Wahlprüfung auf das Wahlprüfungsgericht (RVerf. Art. 31, 166; Stier-Somlo I 557), Akte der Rechtspflege nicht mehr zu. W. Jellinek, Verf. u. Verw. d. Reichs u. der Länder, 1925, S. 74.

²⁸ W. Jellinek, S. 16. Kormann, Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung (JahrböR. VII 1, insb. 13 f.) spricht hier von einer „Tatbestandswirkung“ (im Gegensatz zur „Feststellungswirkung“). Ebenso Hatschek, Lehrb. d. deutschen u. preuß. VerwRechts³ S. 24 (u. dort zitierte Literatur). Vgl. ferner Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, 1914. Beispiele: Die Verwaltungsbehörde nimmt gemäß GewO. § 53 die einem Arzte erteilte Approbation zurück, weil ihm durch Strafurteil die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt worden sind. Der Arzt ficht die Zurücknahmeverfügung bei den Verwaltungsgerichten an; er will den Beweis führen, daß er das Delikt nicht begangen hat, um deswillen er verurteilt worden ist. Der Verwaltungsrichter darf jedoch auf dieses Beweisanerbieten nicht eintreten. Für ihn ist das Strafurteil bindend. Urteile des Preuß. OVG. vom 5. Dezember 1901 und 20. Oktober 1902 (R e g e r 22, 321; 23, 389; vgl. auch 21, 2). Vgl. auch Pr. OVG. 13. Nov. 1924 (PrVBl. 46, 325). Stein, Justiz und Verwaltung S. 95 ff. Der Grundsatz, daß die eine Behörde die Akte einer anderen Behörde anzuerkennen hat, gilt selbstverständlich auch innerhalb desselben Behördenorganismus. Daher kann eine Verwaltungsbehörde einem Naturalisierten das Wahlrecht nicht verweigern mit der Begründung, sie halte die von der zuständigen Naturalisationsbehörde vollzogene Naturalisation nicht für rechtsbeständig, sofern nicht etwa ein Nichtigkeitsgrund vorliegt. v. Salis, Schweiz. Bundesrecht III³ Nr. 1145. Der unten (§ 13) zu besprechende Grundsatz, demzufolge mangelhafte Verwaltungsakte im Zweifel nicht als nichtig, sondern bloß als anfechtbar zu behandeln und demgemäß auch von den Gerichten als zu Recht bestehend zu betrachten sind, bis die zuständige Verwaltungsbehörde oder Verwaltungsgerichtsinstanz auf Klage hin den Akt aufgehoben hat — dieser Grundsatz entspricht im wesentlichen dem Bestreben, die Gewaltenteilung zu schützen. Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1910, S. 218 ff. — Für Frankreich: J è z e, Principes 346.

²⁹ Darum ist jede Gerichts- und Verwaltungsbehörde verpflichtet, bevor sie auf eine materielle Beurteilung einer Sache eintritt, genau zu prüfen, ob ihr die Zuständigkeit zusteht. Vgl. ZPO. § 274 Ziff. 2 und Stein-Jonas,

einfach der Satz ist, so schwierig kann sich dessen Handhabung gestalten.

1. Nicht selten greifen nämlich die Wirkungen eines staatlichen Aktes über das Gebiet der Gewalt hinaus, welche die betreffende Verfügung erlassen hat.³⁰ Zum Beispiel: Die Polizei verbietet dem Eigentümer eines Miethauses, Mieter in seine noch feuchten Wohnungen aufzunehmen. Hat dies einen Einfluß auf die abgeschlossenen Mitverträge? Ein anderes Beispiel: Eine städtische Polizeiverordnung verpflichtet die Droschkenkutscher, dem Fahrgast vor Beginn der Fahrt eine Kontrollmarke zu übergeben. Verliert der Kutscher, der dieser Vorschrift zuwiderhandelt, den Anspruch auf den Fahrpreis? ³¹ Aufgabe der Polizei ist es, in beiden Fällen, mit öffentlich-rechtlichen Zwangsmitteln die Befolgung ihrer Befehle herbeizuführen,³² ohne Rücksicht darauf, welche zivilrechtlichen Folgen für den Betroffenen entstehen können. Ob Befehle der Verwaltungsbehörden auch auf das Gebiet des Privatrechts hinüberwirken und von welcher Art diese Wirkungen sind, das zu bestimmen, fällt der Zivilrechtsprechung anheim.³³ Hier endigt der Machtbereich der Verwaltungsbehörden.

ZPO.¹⁴ I S. 776, 779. Das preuß. Landesverwaltungsgesetz v. 1883 verleiht diesem Grundsatz Ausdruck in § 7 Abs. 1: „Die Entscheidungen (der Verwaltungsgerichte) ergehen unbeschadet aller privatrechtlicher Verhältnisse“; vgl. auch § 127 Abs. 5. Umgekehrt gilt der Satz, daß die Entscheidungen der ordentlichen Gerichte unbeschadet aller öff.-rechtl. Verhältnisse ergehen. Die Behörde darf die Frage auch nicht „dahingestellt sein lassen“, wenn sie z. B. findet, ein Gesuch sei aus materiellen Gründen abzuweisen. DJZ. 18, 983. Das wird besonders wichtig in den Fällen, in welchen die Zuständigkeit zur Beurteilung der verschiedenen Seiten eines und desselben Rechtsverhältnisses unter Verwaltungsbehörden und Gerichte verteilt ist. So haben nach der Preußischen Jagdordnung vom 15. Juli 1907 § 24 über die Gültigkeit der Jagdpachtverträge nach bestimmten Richtungen die Verwaltungsgerichte, im übrigen aber die bürgerlichen Gerichte zu urteilen. Vgl. dazu Erkenntnis des Preuß. Gerichtshofs zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte v. 7. Januar 1911 (DJZ. 16, 1097); zwischen Gerichten einerseits und Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten andererseits besteht jedoch eine wechselseitige Beistands- (Rechtshilfe)-pflicht, z. T. gemäß Reichsrecht, z. T. gemäß Landesrecht. Vgl. hierüber *M a u s*, Die Beistandspflicht der ordentlichen Gerichte gegenüber den Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten (Hirths Annalen des Deutschen Reichs 1914, 241). *D e l i u s*, Hbch. d. Rechtshilfeverfahrens ⁴, 1911. *S t e i n - J o n a s*, ZPO.¹⁴ I S. 24.

³⁰ *B i e r m a n n*, Privatrecht und Polizei in Preußen, 1897.

³¹ *B i e r m a n n*, Privatrecht und Polizei S. 214—215.

³² Vgl. darüber unten § 14.

³³ *R e g e l s b e r g e r*, Pandekten I 540. *E n d e m a n n*, Die zivilrechtlichen Wirkungen der Verbotsgesetze, 1887; Lehrbuch des Bürgerlichen

2. Andererseits besitzt jedoch die Behörde, die zur materiellen Beurteilung eines Rechtsverhältnisses zuständig ist, die Kompetenz, über alle für ihre Entscheidung erheblichen **V o r f r a g e n**, incidenter, zu befinden, selbst wenn diese aus einem andern Zuständigkeitsbereiche stammen.³⁴ So hat, wenn Anklage wegen Zolldefraudation erhoben ist, der Strafrichter bei der Prüfung der Schuldfrage selbständig zu untersuchen, ob eine Ware zollpflichtig ist und in welche Klasse des Zolltarifs sie gehört. Der Strafrichter ist dabei nicht an die Auffassung der Zollbehörden gebunden.³⁵ In gleicher Weise

Rechts I § 11. v. **T u h r**, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts II 2, S. 1 f. Das Preuß. Kammergericht hat mit Recht in dem oben erwähnten Falle des Droschkenkutschers entschieden, die Polizeibehörde sei nicht fähig gewesen, in ihrer Verordnung zu bestimmen, der zuwiderhandelnde Kutscher verliere jeden Anspruch auf Fahrgeld. **B i e r m a n n**, Privatrecht und Polizei S. 215. Vgl. ferner RGerZ. 58, S. 277 (Spielen in einer auswärtigen verbotenen Lotterie). Ferner: **S t r e c k e r**, Privatrechtliche Gültigkeit der Versicherungsverträge der zum Geschäftsbetriebe nicht zugelassenen Versicherungsgesellschaften (in der Zeitschrift „Das Recht“ Bd. 16 (1912) S. 365). Ob Verkauf und Verpfändung von Gemeindeliegenschaften ohne Staatsgenehmigung zivilrechtlich als ungültig zu behandeln sind, hat der Zivilrichter zu beurteilen: Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts 15 (1889) S. 172; 16 (1890) S. 75.

³⁴ **S a r w e y**, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1880, S. 648 ff. **O t t o M a y e r** I, 178. **W a c h**, Zivilprozeßrecht I S. 86 bis 88. **S t e i n - J o n a s**, ZPO.¹⁴ I S. 11, 931. **S t ö l z e l**, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt S. 31 ff. **E m i l O t t** i. d. Festschrift f. Franz Klein, 1914, S. 78 f. **K a r l F r i e d r i c h s** in **H i r t h s** Annalen d. Deutschen Reichs, 1917, 410 f. **H e r r n r i t t**, Grundlehren des Verwaltungsrechtes, 1921, S. 151 f. **W. J e l l i n e k** S. 51 f. **R o s e n b e r g**, Zivilprozeßrecht S. 28. Die ZPO. § 148 und die StPO. § 262 anerkennen indirekt diese Rechtsauffassung; s. unten Anm. 40. Vgl. auch den Beschluß der vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts vom 27. April 1898: „Diejenige Staatsbehörde, der die Entscheidung über einen Anspruch überhaupt zusteht, ist auch zuständig, über alle Rechtsfragen zu befinden, von deren Beantwortung die Entscheidung über den Anspruch abhängt; die Zuständigkeit der Gerichte umfaßt daher auch die Fragen, welche öffentlich-rechtlicher Natur sind.“ (RGerZ. 41 S. 287 ff., insbes. S. 272. **R e g e r** 19, 134). Vgl. auch RGerZ. 14, S. 263. — Derselben Auffassung ist die italienische Rechtswissenschaft u. Rechtsprechung: **A. G r a n i t o**, Questioni pregiudizionali (Rivista di diritto pubblico 1924 I 532). — In Frankreich dagegen ist die Behörde von Gesetzes wegen verpflichtet, ihre Entscheidung auszusetzen, wenn eine „question préjudicielle“ aus einem andern Rechtsgebiete auftaucht. Das wird begründet mit dem Prinzip der séparation des pouvoirs. **O t t o M a y e r**, Theorie des franz. Verwaltungsrechts, 1886, S. 87 ff. **E. L a f e r r i è r e**, Traité de la juridiction administrative, 2 éd. 1896, I p. 492. **J è z e**, Principes p. 320.

³⁵ RGerStr. 12, 1. Andere Beispiele bei **K a m p t z** u. **D e l i u s**, Die

hat der Zivilrichter bei der Beurteilung einer gegen einen Beamten angestregten Schadenersatzklage selbständig festzustellen, ob der Beamte seine Amtspflicht verletzt hat.³⁶ Ebenso gehört bei der Beurteilung von Erbschaftssteuer-Streitigkeiten zu den Aufgaben des Verwaltungsbeamten und Verwaltungsrichters, an Hand von Gesetz und Testament darüber zu befinden, ob die in Anspruch genommene Person Erbe sei.³⁷ In allen diesen Fällen bildet die Beurteilung der Vorfrage lediglich ein Element für die Findung des Urteils über die Hauptfrage. Diese allein bildet den Streitgegenstand. Nur über sie wird rechtskräftig entschieden.³⁸ Die Entscheidung über die Vorfragen nimmt an der Rechtskraft nicht teil.³⁹ Diese Lösung wird durch

Rechtsprechung des Reichs- u. Kammergerichts auf den Gebieten des öffentlichen Rechts I (1906) S. 193, N. 7. R e g e r 19, 81 (abweichend, aber unrichtig Erg.-Bd. II 50). Vgl. ferner R. H e r g t, Polizeibefehle und richterliches Prüfungsrecht (Blätter f. administrative Praxis, Bd. 62, S. 378 f.).

³⁶ Vgl. darüber unten § 17. RVerf. Art. 129 Abs. 4; dazu Komm. von A n s c h ü t z und von G i e s e. Schadenersatzklage eines Beamten wegen ungesetzlicher Entlassung: DJZ. 31, 178. Weitere Beispiele: R e g e r 18, 61; Erg.-Bd. I 54. Wenn in einem Zivilprozeß die Frage nach der Öffentlichkeit eines Weges für das Urteil erheblich wird, so hat der Zivilrichter incidenter auch über diese Frage zu befinden, auch wenn nach dem maßgebenden Landesrecht die autoritative Entscheidung darüber, welche Wege öffentliche seien, den Verwaltungsbehörden zukommt. RGerZ. 76, 324. PrVBl. 33, 32.

³⁷ R e g e r 21, 226. RAO. § 204: „Das Finanzamt hat . . . von Amtes wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln, die für die Steuerpflicht und die Bemessung der Steuer wesentlich sind . . .“ Vgl. dazu den Komm. z. RAO. von B e c k e r, § 204 Bem. 5.

³⁸ ZPO. § 322, Abs. 1: „Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist.“ Betr. Abs. 2 (Aufrechnung einer Gegenforderung im Verwaltungsstreitverfahren) s. ein Urteil des badischen VGH. v. 11. Juni 1907 bei R e g e r 28, 263. S t e i n - J o n a s, ZPO.¹⁴ S. 935.

³⁹ Der Ausspruch über eine Vorfrage enthalte bloß eine „constatation“, keine „décision“, sagt J é z e, Principes p. 51. W. J e l l i n e k S. 18. So sagt das Badische Gesetz vom 14. Juni 1884, die Verwaltungsrechtspflege betreffend, § 1, Abs. 2: „Die Entscheidung (der Verwaltungsgerichte) ergeht unbeschadet aller privatrechtlichen Verhältnisse.“ Vgl. auch die analoge Bestimmung im Preuß. Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung („Landesverwaltungsgesetz“) v. 30. Juli 1883, § 127 a. E. — Bei dieser Ordnung der Kompetenzverhältnisse ist es möglich, daß ein und dasselbe Rechtsverhältnis von Justiz und Verwaltung verschieden beurteilt wird. Beispiel: Die Polizei schreitet gegen einen Wirt, der nach ihrer Auffassung keine Schankkonzession besitzt, mit Ungehorsamsstrafe (s. unten § 14) ein und überweist ihn gleichzeitig dem Strafrichter zur Bestrafung gemäß GewO. § 147 Ziff. 1. Der Strafrichter findet jedoch, der Angeschuldigte besitze eine rechtsgültige Konzession

praktische Erwägungen gerechtfertigt. Der für die Hauptsache zuständigen Behörde die Kompetenz zur Würdigung der Vorfragen entziehen, hieße, zugunsten des theoretischen Postulats der Gewaltentrennung ein einheitliches Streitverhältnis zerreißen und die Entscheidung der Hauptsache hinausschieben.

Doch die Regel wird durch zahlreiche Ausnahmen durchbrochen. Zivil- und Strafrichter, wie Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte besitzen die Möglichkeit, die Erledigung der ihnen unterbreiteten Hauptfrage auszusetzen, bis die Vorfragen von den Behörden beurteilt sind, denen die Befugnis zu rechtskräftiger Entscheidung der betreffenden Rechtsverhältnisse zusteht.⁴⁰ Ueberdies hat in zahlreichen Fällen das Gesetz den Gerichten die Prüfung ge-

sion und spricht frei. In diesem Fall besteht sowohl die Entscheidung der Justiz-, wie die der Verwaltungsbehörde zu Recht. Keine Behörde hat die Macht, die Entscheidung der andern aufzuheben. PrOVG. 32, 290. Vgl. auch R e g e r 32, 201. J è z e , Principes p. 322.

⁴⁰ ZPO. § 148: „Das Gericht kann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, anordnen, daß die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen sei.“ Stein-Jonas, ZPO.¹⁴ I, Bem. III zu § 148. Beispiel: Der Private verlangt im Zivilprozeß von der Stadtgemeinde den vollen Betrag eines Sparkassenbuchs heraus, welches er ihr als Sicherheit bestellt hatte. Die Stadtgemeinde will dagegen den Betrag der vom Kläger nach ihrer Behauptung geschuldeten Grundsteuer aufrechnen. In einem solchen Fall kann das Gericht aussetzen, bis durch die zuständigen Steuerbehörden über den bestrittenen Grundsteueranspruch erkannt worden ist. RGerZ. 77, 411. — StPO. § 262: „Hängt die Strafbarkeit einer Handlung von der Beurteilung eines bürgerlichen Rechtsverhältnisses ab, so entscheidet das Strafgericht auch über dieses nach den für das Verfahren und den Beweis in Strafsachen geltenden Vorschriften. Das Gericht ist jedoch befugt, die Untersuchung auszusetzen und einem der Beteiligten zur Erhebung der Zivilklage eine Frist zu bestimmen oder das Urteil des Zivilgerichts abzuwarten.“ Die Vorschrift StPO. § 262 ist auch auf die Beurteilung von Vorfragen öffentlich-rechtlicher Natur analog anzuwenden. D o e r r , StPO.⁹ S. 137. — Allgemein schreibt dies das sog. A.-Gesetz für Sachsen, über Kompetenzverhältnisse zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörden, vom 28. Januar 1835, § 14 vor: „Kommen in einem Falle Punkte vor, welche zur Justiz und andere, welche zur Verwaltung gehören, so hat über jene die Justizbehörde, über diese die Verwaltungsbehörde zu entscheiden . . .“ — Das Gericht, das ausgesetzt hat, ist an die von ihm veranlaßte Entscheidung der Verwaltungsbehörde gebunden, und dasselbe trifft für die aussetzende Verwaltungsbehörde zu. A. M.: Stein-Jonas, ZPO.¹⁴ I S. 489 und dort zitierte Urteile.

wisser Vorfagen verwaltungsrechtlicher Natur ein für allemal entzogen durch die Vorschrift, die Verfügung der Verwaltungsbehörde sei auch für das Gericht bindend.⁴¹

III. Wie die vorstehenden Erörterungen zeigen, ist der Bereich der Verwaltung nicht scharf abgegrenzt von dem der Justiz. Dazu kommt, daß schon an sich der Gesetzgeber nie die Fülle der Erscheinungen zu überblicken und Normen aufzustellen vermag, die jeden Streit über die Grenzen der beiden Gebiete ausschließen. Trotz der gesetzlichen Ausscheidung der Kompetenzen sind **K o m p e t e n z - k o n f l i k t e z w i s c h e n V e r w a l t u n g u n d J u s t i z m ö g l i c h .**⁴²

⁴¹ Stein-Jonas, ZPO.¹⁴ I S. 490. Stein, Justiz u. Verwaltung S. 104 ff. Hatschek, Lehrb. d. deutsch. u. preuß. VerwRechts⁴ S. 28. — Beispiele: Reichsbeamten-gesetz vom 31. März 1873 (Fassung vom 17. Mai 1907) § 155: „Die Entscheidungen der Disziplinar- und Verwaltungsbehörden darüber, ob und von welchem Zeitpunkt ab ein Reichsbeamter aus seinem Amte zu entfernen, einstweilig oder definitiv in den Ruhestand zu versetzen oder vorläufig seines Dienstes zu entheben sei, und über die Verhängung von Ordnungsstrafen sind für die Beurteilung der vor dem Gerichte geltend gemachten vermögensrechtlichen Ansprüche maßgebend.“ RGerZ. 108, 345: W. Jellinek S. 17 und die Aufsätze von Thümmel, PrVBl 45, 316, von O. Loening und von Sachse, PrVBl. 46, 427 u. 543. Jaschkowitz, JW. 1926, 227 f. Ebenso Wehrgesetz v. 1921 § 32 Abs. 6 (Dienstunbrauchbarkeit). — Bindung der Gerichte (insbes. auch der Strafgerichte) an die Entscheidung der Organe der Unfallversicherung, daß ein entschädigungspflichtiger Betriebsunfall vorliege. RVO. §§ 903 f. Stein-Jonas, ZPO.¹⁴ I S. 491. — Es werden ferner Gerichte und Verwaltungsbehörden durch die Entscheidungen der Kartellgerichte gebunden (VO. gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen v. 2. Nov. 1923 § 12). — Hängt eine Verurteilung wegen Steuerhinterziehung davon ab, ob ein Steueranspruch besteht, so wird der Strafrichter durch die Entscheidungen des Reichsfinanzhofes gebunden. RAO. § 433 u. Becker, Komm. zur RAO. Vgl. dazu JW. 1923 S. 20 (Nichtbeachtung dieser Vorschrift ist ein Revisionsgrund). — Mit dem Inkrafttreten der RVerf. Art. 109 Abs. 3 („ . . . Adelsbezeichnungen gelten nur als Teil des Namens und dürfen nicht mehr verliehen werden“) und der Aufhebung des preuß. Heroldsamts (preuß. V. 3. Nov. 1919) ist die alte — in den früheren Auflagen dieses Buches erörterte — Streitfrage über die Tragweite der Entscheidungen des preuß. Heroldsamts, gegenstandslos geworden. Vgl. Strupp, ArchöfR. 27 (1911) S. 76 f. Stier-Somlo I 442. Bindung der Zivilgerichte an den Beschluß eines Mieteinigungsamtes, der eine Kündigung für unwirksam erklärt: RGerZ. 101, 115.

⁴² Vgl. zum Folgenden: Wach, Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts I S. 101 ff. Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts I S. 89 ff. System des Deutschen Zivilprozeßrechts S. 49 ff. Stein, Justiz u. Verwaltung, S. 71 ff. Rosenbergl, Zivilprozeßrecht S. 27. Oppen-

Das Reichsrecht hat versucht, derartigen Konflikten durch die allgemeine Vorschrift des Gerichtsverfassungsgesetzes § 17 vorzubeugen. „Die Gerichte entscheiden über die Zulässigkeit des Rechtswegs . . . Sofern die Zulässigkeit des Rechtswegs durch rechtskräftiges Urteil des Gerichts feststeht, ohne daß zuvor auf die Entscheidung der besonderen Behörde angetragen war, bleibt die Entscheidung des Gerichts maßgebend.“ Somit hat in einem solchen Falle auch die Verwaltung die Zuständigkeit der Gerichte anzuerkennen und die betreffende Angelegenheit endgültig den ordentlichen Gerichten zu überlassen. Dagegen bindet die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde, die eine Angelegenheit für die Verwaltung in Anspruch nimmt, die Justiz nicht.⁴³ Die Verwaltung besitzt nicht die Macht, ihre Auffassung der Justiz aufzudrängen. Der Rechtsweg schließt den Rechtsweg nicht aus. Wenn das ordentliche Gericht findet, daß die von der Verwaltung entschiedene Sache auf den Rechtsweg gehört hätte, so bleibt, nach der angeführten Vorschrift, dem Gerichte die Möglichkeit zu freier Entscheidung.⁴⁴ Dieser Vorrang der ordentlichen Gerichte vor den Verwaltungsbehörden ist historisch zu erklären. Bis in das 19. Jahrhundert hinein sind in Deutschland die Gerichte die einzigen Organe gewesen, denen die Verteidigung des Rechts gegenüber der „Konvenienz“ der Verwaltungsbehörden obgelegen hat. Die Stärkung der Unabhängigkeit der Gerichte gegenüber der Verwaltung ist somit auf eine Verstärkung des Rechtsschutzes überhaupt hinausgelaufen. Allein mit der Ausbildung von Recht und Rechtsschutzeinrichtungen in der Verwaltung selbst ist der innere Grund für diese Privilegierung der Justiz weggefallen.⁴⁵

hoff, Die Gesetze ü. d. Ressortverhältnisse zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden in Preußen², 1904. Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt S. 344 ff, Ders., Rechtsprechung des (preuß.) Gerichtshofs zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte, 1897, 1899, 1906, 1920, 1927. Stein-Jonas, ZPO.¹⁴ I S. 12—13; II¹⁵ S. 1089. Hatschek, Lehrb. d. VerwR. S. 17 f. W. Jellinek S. 40 (dasselbst weitere Literatur), 53 f. — Ueber die Verhältnisse in Oesterreich (das Verfassungsgericht als Kompetenzkonfliktsgesetz): Herrnritt, Grundlehren des VerwR. 537 f. Frankreich: Hauriou, Précis de Droit administratif, 11 éd., 1927, p. 940 („les conflits d'attribution et le tribunal des conflits“). Jèze, Principes p. 333.

⁴³ Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts I S. 89.

⁴⁴ Aber das ordentliche Gericht kann die abweichende Entscheidung der Verwaltungsbehörde nicht aufheben und aus der Welt schaffen.

⁴⁵ Ueber die Erledigung der Kompetenzkonflikte in den einzelnen Staaten vor dem Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze: E. v. Meier, in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft II S. 755 und die dort zitierte Literatur.

Daher ermächtigt das Reichsgerichtsverfassungsgesetz (§ 17) die Landesgesetzgebung,⁴⁶ „die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten über die Zulässigkeit des Rechtswegs besonderen Behörden“ zu übertragen, die nach Maßgabe reichsrechtlicher Normativbestimmungen zu organisieren sind.⁴⁷ Viele deutsche Staaten haben auf Grund dieser Ermächtigung besondere Kompetenzgerichtshöfe eingerichtet.⁴⁸ Dadurch hat die Verwaltungsbehörde das Mittel in die Hand bekommen, der Justiz die bei ihr anhängigen Angelegenheiten, die zur Kompetenz der Verwaltung gehören, zu entziehen.⁴⁹ Doch muß bei einem solchen sog. positiven Kompetenzkonflikt der Antrag beim Kompetenzgerichtshof gestellt werden, bevor das ordentliche Gericht den Rechtsweg durch rechtskräftiges

⁴⁶ Das EG. z. GVG. § 17 hat den Staaten, die bereits vor Inkrafttreten des GVG. besondere Behörden zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte besaßen, die Befugnis verliehen, die bestehenden Organisationen durch landesherrliche Verordnung den Normativbestimmungen des GVG. § 17, Abs. 2 anzupassen. So ist z. B. in Preußen am 1. August 1879 eine landesherrliche Verordnung betr. die Kompetenzkonflikte zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden ergangen.

⁴⁷ GVG § 17: „Die Gerichte entscheiden über die Zulässigkeit des Rechtswegs. — Die Landesgesetzgebung kann jedoch die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten über die Zulässigkeit des Rechtswegs besonderen Behörden nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen übertragen: 1. . . . 2. Mindestens die Hälfte der Mitglieder muß dem Reichsgerichte oder dem obersten Landesgerichte oder einem Oberlandesgerichte angehören. . . . 3. . . . 4. Sofern die Zulässigkeit des Rechtswegs durch rechtskräftiges Urteil des Gerichts feststeht, ohne daß zuvor auf die Entscheidung der besonderen Behördegetragen war, bleibt die Entscheidung des Gerichts maßgebend.“ EGzZPO. § 15, Ziff. 1. Vgl. dazu Fischers Z. 58, 272.

⁴⁸ Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden, Hessen u. a. In Hessen ist der Verwaltungsgerichtshof gleichzeitig Kompetenzgerichtshof (Hess. Gesetz die Verwaltungsrechtspflege betr. vom 8. Juli 1911 Art. 8, 104 ff.; Wilhelm v a n C a l k e r, Staatsrecht d. Großherzogt. Hessen, 1913, S. 97). Für Bremen werden die Kompetenzkonflikte durch das Reichsgericht entschieden, gemäß EG. z. GVG. § 17, Abs. 1. G e o r g M e y e r - A n s c h ü t z, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts⁷ S. 773. R i c h a r d S c h m i d t, Zivilprozeßrecht, S. 186 ff. W. J e l l i n e k S. 54.

⁴⁹ Das Landesrecht bestimmt, welche Verwaltungsbehörden zur Erhebung des Konfliktes befugt sind. In Preußen z. B. sind lediglich die Zentral- und Provinzialverwaltungsbehörden mit diesem Rechte ausgestattet. S t ö l z e l, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt S. 363. S t e i n - J o n a s, ZPO.¹⁴ I S. 10, N. 109.

Urteil für zulässig erklärt hat.⁵⁰ Die Entscheidung des Kompetenzgerichtshofes stellt bindend fest, wer zuständig ist, die Justiz oder die Verwaltung.⁵¹ Die Landesgesetzgebung hat ferner die Kompetenzgerichtshöfe auch zur Entscheidung der sog. *negativen Kompetenzkonflikte* berufen.⁵² Ein negativer Kompetenzkonflikt liegt dann vor, wenn in ein und derselben Sache die ordentlichen Gerichte, wie die Verwaltungsbehörden ihre Zuständigkeit rechtskräftig verneint haben, weil jede Gewalt die andere für zuständig erachtet.⁵³ Erklärt der Kompetenzgerichtshof die ordentlichen Gerichte für zuständig, so müssen sich diese, im Widerspruch mit ihrer früheren abweisenden Entscheidung, der Beurteilung der Streitsache unterziehen, und dieselben Folgen treten für die Verwaltungsbehörde ein, wenn der Kompetenzgerichtshof die Sache auf den Verwaltungsweg weist. In solchen Fällen dient die Entscheidung des Kompetenzkonfliktes in erster Linie dem Interesse einer Partei: ⁵⁴ sie will eine Rechtsverweigerung verhüten. Gleichzeitig enthält sie aber auch ein allgemeines *judicium finium regundorum*.

Den positiven, wie den negativen Kompetenzkonflikten kommt nicht etwa nur die Bedeutung von Hausstreitigkeiten zwischen den an der Erledigung der staatlichen Geschäfte beteiligten Beamten zu. Jedes staatliche Organ vermag staatlichen Willen nur innerhalb seiner gesetzlichen Kompetenz zu bilden.⁵⁵ Die Rechtsgültigkeit

⁵⁰ GVG. § 17, Abs. 2, Ziff. 4. EGzZPO. § 15 Ziff. 1. Ueber das Verhältnis eines (Landes-) Kompetenzgerichtshofes zum Reichsgericht: Beschluß der vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts vom 22. Mai 1901 (RGerZ. 48, 195. R e g e r 22, 105). Vgl. auch unten Anm. 53.

⁵¹ Beispiel: In einem konkreten Fall beanspruchen die Gerichte und in gleicher Weise auch die Verwaltungsbehörden die Kompetenz zur Beurteilung der Klage eines Hauseigentümers, der sich gegen das Anbringen von Rosetten zur Befestigung der Leitungsdrähte einer städtischen Straßenbahn wehrt.

⁵² PrKompGH. 18. Dezember 1926 (JW. 1927, 1290).

⁵³ Ueber einen negativen Kompetenzkonflikt, der i. J. 1899 zu einer Kollision zwischen dem Reichsgericht und dem preußischen Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte geführt hat: RGerZ. 44, 4, 378; Bd. 48 S. 195 (Urteil vom 4. Mai 1899, Beschluß vom 10. Juni 1899 und Beschluß der vereinigten Zivilsenate v. 22. Mai 1901). *Georg Meyer-Anschütz*, Deutsches Staatsrecht⁷, S. 777 und die dort zitierte Literatur. *Laband*, Staatsrecht III⁵ S. 388.

⁵⁴ Deshalb entscheidet der Kompetenzgerichtshof regelmäßig nur auf Antrag einer Partei. *Hellwig*, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts I S. 92.

⁵⁵ Aus diesem Grunde ist in einzelnen Staaten (Württemberg, Baden usw.) den Kompetenzgerichtshöfen die weitere Befugnis übertragen, Konflikte zwischen Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten zu erledigen. Für

jedes staatlichen Aktes hängt davon ab, ob der Akt von dem betreffenden Organ innerhalb seines Zuständigkeitsbereichs vorgenommen worden ist. Darum hat jede Justiz- und Verwaltungsbehörde, bevor sie sich mit einer Angelegenheit beschäftigt, ihre Kompetenz von Amtes wegen zu prüfen.⁵⁶ Die Behörde ist verpflichtet, sich der materiellen Beurteilung zu enthalten, wenn sie sich für inkompetent erachtet.

Durch den Spruch über die Zuständigkeit ist an sich über das anzuwendende Recht noch nichts entschieden. Diese Regel trifft jedoch nicht zu in den Fällen, in denen die Gerichte den Rechtsweg für zulässig erklären, weil sie in einer Streitsache eine „bürgerliche Rechtsstreitigkeit“ erblicken.⁵⁷

Bei der Prüfung der eigenen amtlichen Zuständigkeit ist die Verwaltungsbehörde so wenig wie das Gericht an die Anträge und die Auffassung einer Partei gebunden. Maßgebend bleibt allein, welche juristische Natur die angerufene Behörde selbst, vermöge eigener wissenschaftlicher Untersuchung dem Rechtsverhältnisse zuerkennt, das in dem Anspruche zur Geltung gebracht wird.⁵⁸

Preußen (OVG.) LVG. § 113. H a t s c h e k , Lehrb. d. Verwaltungsrechts S. 23 („unechter Konflikt“).

⁵⁶ Daher bestimmt die ZPO. (Fassung v. 22. Mai 1910) § 547: „Ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes findet die Revision (sc. beim Reichsgericht) statt: 1. insoweit es sich um die Unzulässigkeit des Rechtswegs oder die Unzulässigkeit der Berufung handelt . . .“ Aus demselben Grunde gehört die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs zu den prozeßhindernden Einreden, ZPO. § 274 Abs. 2 Ziff. 2; vgl. auch §§ 275 ff. S t e i n - J o n a s , ZPO.¹⁴ I S. 776 fg. Vgl. dazu die Ausführungen des RGerZ. in dem Urteil vom 12. November 1902 (53, 35 ff., insbes. S. 37): „Die Zulässigkeit des Rechtswegs bildet die begriffsnotwendige Voraussetzung für ein Tätigwerden der Gerichte überhaupt. Ihre Prüfung ist daher dermaßen unabhängig von Parteidispositionen und Fundamentalgrundsätzen des Zivilprozesses, daß bei Nichtzulässigkeit des Rechtswegs selbst noch in der Revisionsinstanz ein dem Kläger günstiges vorinstanzliches Urteil aufzuheben, und ohne Rücksicht auf die jenem aus der relativen Rechtskraft des Urteils erwachsenen prozessualen Rechte die Klage abzuweisen ist.“ Was das Reichsgericht hier ausführt, gilt auch für die Prüfung der Kompetenz bei Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten.

⁵⁷ RGerZ. 57, 350. G i e r k e , Deutsches Privatrecht I S. 31 und die dort zitierten Urteile.

⁵⁸ Vgl. über diese Frage: S t ö l z e l , Rechtsweg und Kompetenzkonflikt S. 22 ff. und die dort zitierte Judikatur. S t e i n - J o n a s , ZPO.¹⁴ I S. 12; § 253 Bem. III 3. — W. J e l l i n e k , S. 44 f. R o s e n b e r g , Zivilprozeßrecht, S. 23 f. H a r t m a n n im ArchivPrax. 121 (1923) S. 297. Bei-

Doch damit ist die Untersuchung bei dem großen Gegensatz des **m a t e r i e l l e n R e c h t s** angelangt, der aus der Scheidung von Justiz und Verwaltung herausgewachsen ist: bei der Feststellung der Grenzen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht.

§ 3. Geschichtliche Entwicklung des deutschen Verwaltungsrechts und der Verwaltungsrechtswissenschaft.¹

I. Als in Frankreich die große Revolution die Staatseinrichtungen des Ancien régime zertrümmerte, schuf sie der Praxis und der Gesetzgebung freie Bahn zur Bildung eines einheitlichen öffentlichen Rechts für die öffentliche Verwaltung, in dessen Mittelpunkt das Verhältnis der öffentlichen Gewalt zu ihren Untertanen, den Bürgern, steht. In Deutschland hat die Entwicklung andere Wege eingeschlagen. Nicht aus einer gewaltigen Krise von Staat und Gesellschaft ist das deutsche Verwaltungsrecht der Gegenwart hervorgegangen, sondern aus einem langsamen Umbildungsprozesse in den einzelnen Territorien. In keinem einheitlichen Tempo sind diese Bewegungen in den einzelnen deutschen Ländern vor sich gegangen, und nirgends hat das jeweilige neue Recht das alte vollkommen beseitigt; in jede Periode ragen rechtliche Ueberreste überwundener Anschauungen herein. Aber in einer jeden Periode bestimmt *e i n e* neue, von den früheren Bestrebungen abweichende Auffassung die Stellung der öffentlichen Gewalt zum Untertan und zum Recht. Dabei muß man sich stets gegenwärtig halten, daß sich von Epoche zu Epoche die Anschauungen über den Umfang der öffentlichen Aufgaben wandeln.

spiel: Der Kläger bestreitet der Verwaltungsbehörde das Recht zu einem polizeilichen Eingriff in sein Eigentum (zwangsweise Reparatur eines baufälligen Erkers); er beruft sich zur Begründung des Klagbegehrens auf sein Eigentumsrecht. In diesem Fall ist aber die Frage nach dem Umfang der Polizeigewalt zur Diskussion gestellt, und daher gehört das ganze Rechtsverhältnis, trotz des privatrechtlichen Klagefundaments, dem öffentlichen Recht an. Das Gericht hat den Rechtsweg als unzulässig zu erklären und die Streitsache vor die Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte zu weisen.

¹ Otto Mayer, DVR. I §§ 3—5. Otto Mayer, Justiz und Verwaltung (Straßburger Rektoratsrede), 1902. Edgar Löning, Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preußen (VerwArch. II 217 ff., 437 ff., III 94 ff., 510 ff.). Erich Kaufmann, Verwaltung, Verwaltungsrecht (WSTVR.² III 689 f.). Hans Fehr, Deutsche Rechtsgeschichte³, 1925, S. 146 f., 241 f. W. Jellinek, § 5. A. Merkl, § 5. Herrnritt, § 4. F. Fleiner, Ueber die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, 1906.

1. Dem germanischen Recht des Mittelalters war der Gegensatz von Privatrecht und öffentlichem Rechte fremd.² Man unterschied nicht die privatrechtlichen und die öffentlich-rechtlichen Befugnisse einer Person. Beide waren Ausflüsse einer und derselben Art Recht. In diesem einartigen Rechtssystem erschienen der Befehl, den die Obrigkeit vermöge eines ihr zustehenden Hoheitsrechtes dem Untertan erteilte und die Forderung, die der Untertan auf Grund eines „wohlerworbenen Rechtes“ (ius quaesitum) gegenüber der öffentlichen Gewalt erhob, als juristisch gleichwertige Ansprüche. Wurde der Anspruch bestritten, so war der Erwerbstitel nachzuweisen. Die öffentliche Gewalt bestand aus einem Büschel von Hoheitsrechten in der Hand des Fürsten, die dieser jedoch nur für das gemeine Wohl ausüben durfte (iura regalia). Das Schwergewicht ruhte auch bei dieser Entwicklung in den Territorien. Den Kern bildete die Gerichtsbarkeit. Die öffentliche Gewalt war auf Wahrung von Recht und Rechtsschutz gegründet. Man kann diese ganze Epoche als die Periode der landesherrlichen Hoheitsrechte bezeichnen (Patrimonialstaat). Aus der erwähnten Auffassung heraus entwickelte sich für Obrigkeit und Volk ein gleicher Rechtsschutz.³ In den Reichsgerichten — dem im Jahre 1495 errichteten Reichskammergericht und dem Reichshofrat 1501 — wurden Gerichtsinstanzen geschaffen, vor denen auch der Fürst Recht zu nehmen hatte. Der Untertan wurde dadurch in den Stand gesetzt, den Fürsten, der ihn bei der Ausübung eines Hoheitsrechtes gekränkt hatte, vor den Reichsgerichten zu verklagen, es wäre, denn der Fürst hätte den Eingriff vorgenommen im höheren Interesse der Gemeinschaft,

² Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. II (1873), S. 131 ff., 206. Andreas Heusler, Deutsche Verfassungsgeschichte, 1905, S. 138 ff. Fritz Kern, Recht und Verfassung im Mittelalter (Histor. Zft. 120 [1919], S. 1 f.). Von abweichenden Auffassungen geht aus: G. v. Below, Der deutsche Staat im Mittelalter, 2. Aufl., 1925.

³ Vgl. zum Folgenden: Johann Jacob Moser, Von der Teutschen Justiz-Verfassung, 1774. Günther Heinrich v. Berg, Handbuch des Teutschen Policeyrechts, 2. Aufl., I (1802) S. 152, 154—156 und die dort zitierte ältere Literatur. Hermann Schulze, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, I (1881) S. 635 ff. Edgar Löning, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1884, S. 771 ff. Tezner, Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege (VerwArch. 8 S. 228 ff.). Richard Schröder-Künssberg, Lehrb. d. deutschen Rechtsgeschichte⁶, 1922, S. 918 f. Rudolf Smend, Das Reichskammergericht, I (1911) S. 51 ff. G. Meyer-Anschütz⁷, S. 83 f. Hans Fehr, Deutsche Rechtsgeschichte⁸, S. 228 f.

kraft seines *ius eminentis*.⁴ Auf diese Weise übte insbesondere das Reichskammergericht eine Kontrolle über die Verwaltungstätigkeit in den Territorien aus. Es nahm Aufgaben wahr, die heute der Verwaltungsgerichtsbarkeit übertragen sind.

2. Der aufkeimende Polizeistaat war eben daran, alle die erwähnten landesherrlichen Einzelrechte zu einer einheitlichen Staatsgewalt zusammenschweißen, als die Reformation den Landesherren in dem *jus reformandi* auch formell die Gewalt über die religiöse Seite des Volkslebens und damit die Verantwortlichkeit für das Seelenheil der Untertanen zubrachte. Die Sorge für den wahren Glauben wurde das oberste und höchste Anliegen der irdischen staatlichen Gewalt. Eine ungeheure Machterweiterung, welche die bestehenden Schranken der landesherrlichen Kompetenzen niederlegte und die fürstliche Macht in eine absolutistische Staatsgewalt verwandelte. Das landesfürstliche Beamtentum und das landesfürstliche Heer wurden die Pfeiler des Territorialstaates. Mit dem Zusammenbruch der alten Kirche waren in den evangelischen Territorien dem Staate Lebensgebiete erschlossen worden, die bisher das canonische Recht beherrschte hatte. Auf sie warf sich die neue fürstliche Allmacht. Der aus Frankreich übernommene Theorie vom *jus politiae* (*la police*) gelang es, die erweiterte Zuständigkeit der Staatsgewalt zu rechtfertigen.⁵ Das *jus politiae* sprach dem Landesherrn Recht und Pflicht zu, mit obrigkeitlicher Gewalt die Gefahren abzuwenden, die der irdischen Glückseligkeit, d. h. der Sicherheit und der Wohlfahrt der Bürger drohten. Das Ziel des *jus politiae* wurde die Herstellung des „guten Zustandes des Staatswesens“ (= *politia*). Was das Interesse der „Policey“ erforderte, durfte der Landesherr anordnen. Ueber die Notwendigkeit einer Anordnung und über die hierbei zur Anwendung zu bringenden Mittel, entschied seine freie „Kon-

⁴ In den Territorien der Fürsten, die das Recht auf „Austräge“ hatten, mußte der Untertan den Fürsten zuerst vor den „Austrägen“ (Schiedsgerichte) belangen. Wurde der Streit vor dieser Instanz im Territorium endgültig „ausgetragen“, so unterblieb die Berufung an die Reichsgerichte. Pütter, Anleitung zum Teutschen Staatsrecht, aus dem Lateinischen übersetzt von C. A. v. Hohenthal. I 2 (1792) S. 147. Schröder-Künnsberg, Deutsche Rechtsgeschichte⁶, S. 916. R. Smend, Reichskammergericht, I S. 54 ff.

⁵ S. auch unten § 24. Stier-Somlo, Art. „Polizei“ im HWR. IV 519. Ueber den Begriff des „Höchsten Regals“ im 17. Jahrh.: Stutz, Sitzungsberichte der Preuß. Akademie d. Wissenschaften, Philolog.-histor. Klasse 1922, S. 20.

venienz“.⁶ Damit war aber der Grund gelegt für die absolute Fürstengewalt; der Polizeistaat war fertig.

Die neuen Aufgaben, insbesondere die Verwirklichung der Wohlfahrt der Bürger, so wie sie der Polizeistaat auffaßte, bedingten eine weitgehende Einmischung der Obrigkeit in die Privatsphäre der Bürger. Sie wurde zunächst durch keine Rechtsschranke gemäßigt. Denn mit voller Schärfe entwickelte sich nunmehr der Gegensatz zwischen Justiz und Polizei (Regierung). Er war organisatorisch vorbereitet seit der Schaffung eines vom Landesherrn abhängigen staatlichen Berufsbeamtentums — einer der größten Taten des deutschen Fürstentums, vorab des preußischen — und seit der Errichtung besonderer Justizkollegia (s. oben S. 10) und der dadurch bedingten organisatorischen Scheidung von Justiz und Polizei.⁷ Die Polizeigewalt handhabte der Fürst nach freiem Ermessen.⁸ Die Normen, nach denen die Beamten die Verwaltung zu führen hatten, waren Dienstanweisungen, keine Rechtsvorschriften. Die Justiz allein urteilte nach Rechtsätzen, die (in Edikten, Patenten, Reskripten usf.) der Veröffentlichung bedurften. Justizsachen und Polizeisachen wurden so die zwei Pole der Staatstätigkeit. „Fürs Gemeinwohl, aus Gründen, wobei vom Rechte ganz abgesehen wird, sorgt die Polizeigewalt in Abwendung künftiger Uebel, und solange nur von diesem Standpunkt ausgegangen, solange nicht auf die Rechte eines benachteiligten Individuums Rücksicht genommen wird, solange ist die Sache nicht Justizsache“ (Gönnner).⁹ Daher das Rechtssprichwort: „in Polizeisachen gibt es keine Appellation“ (nämlich an die Gerichte). Auf eine Entscheidung nach Recht hatte daher nur der Bürger Anspruch, der seine Beschwerde gegen die Obrigkeit zu einer Justizsache zu stempeln vermochte. Hierzu reichte aber schon die Behauptung aus, die Obrigkeit habe in individuelle Rechte eingegriffen; dann lag eine „justizmäßige Polizeisache“ vor. „Ob die Rechtsverletzung bei Privatsachen oder bei Ausübung der landesherrlichen Gewalt in der Frage steht, ob Rechte des Einzelnen oder des gan-

⁶ In diesem Sinne konnte Gönnner, Teutsches Staatsrecht, 1804, S. 328, 550, behaupten, es gebe kein Polizeirecht (Verwaltungsrecht). Ebenso G. H. v. Berg, Handbuch des Teutschen Policeyrechts, IV S. 1 ff. („gibt es ein Policeyrecht?“).

⁷ E. Kaufmann, WSTVR. II 693. Karl Friedrichs, Art. „Beamtenecht“ im HWR. I 544 und dort zit. Literatur.

⁸ Gönnner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, 2. Aufl., II (1804) S. 1 ff., insbes. S. 59 („Berichtigung des Begriffs der Justizsachen“).

⁹ Gönnner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, II S. 44.

zen Staates den Streit ausmachen, ob über Unrecht in Aufstellung einer allgemeinen Norm oder in der Subsumtion ob über Verletzung des Rechts in einer Disziplinar-, Staats-, Kameral-, Steuer-, Gesetzgebungs- oder Polizeisache geklagt wird, dies ist ganz gleichgültig“ (Struben).¹⁰ Auf Grund dieser Auffassung erlangte der Private die Befugnis, bei Verletzung seiner Rechte (Eigentum, Freiheit) durch obrigkeitliche Akte den Schutz der Gerichte anzurufen. Zwar waren die landesfürstlichen Territorialgerichte zur Entgegennahme von Klagen gegen den Landesherrn oder die landesherrlichen Beamten nicht zuständig. Denn seiner eigenen Gerichtsgewalt war der Landesfürst nicht unterworfen. Aber dafür blieb dem Kläger der Weg vor die Reichsgerichte geöffnet, und die Rechtsprechung des Reichskammergerichts hat so die Bürger gegen den Mißbrauch der landesfürstlichen Macht geschützt, indem sie „nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen“ die Schranken bezeichnete, welche die Staatsgewalt gegenüber den „wohlerworbenen Rechten“ der Bürger innezuhalten hatte,¹¹ — sofern sich diesen gegenüber die Obrigkeit in einzelnen Ausnahmefällen nicht etwa auf ihr „ius eminens“ zu berufen vermochte.

1 Von dieser Gerichtsbarkeit suchte ich jedoch die absolutistische landesfürstliche Gewalt durch den Erwerb von kaiserlichen privilegia de non appellando und privilegia de non evocando zu befreien und sich der Kontrolle der Reichsgerichte zu entziehen.¹² Wenn ein kaiserliches Privileg nicht zu bekommen war, so wurde das Ziel

¹⁰ David Georg Struben, Gründlicher Unterricht von Regierungs- und Justizsachen, Hildesheim 1733, S. 173 ff. G ö n n e r, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses II S. 38.

¹¹ G. H. v. Berg, Handbuch des Teutschen Policeyrechts, I S. 87 ff. Rudolf S m e n d, Brandenburg-Preußen und das Reichskammergericht (Forschungen zur Brandenburgischen und Preußischen Geschichte Bd. XX S. 161 ff.). — Der Kaiserliche und Reichskammergerichts-Assessor Freiherr v. C r a m e r hat uns in den 124 Bändchen seiner „Wetzlarischen Nebenstunden“ (1755—1779) zahlreiche Beispiele für die im Texte erwähnte Praxis des Reichskammergerichts aufbewahrt. Vgl. z. B. Bd. 33; Bd. 64, Abh. 5; Bd. 70, Abh. 5; Bd. 85, Abh. 2. Vgl. auch O t t o M a y e r, Justiz und Verwaltung, S. 7 ff.

¹² P ü t t e r, Anleitung zum Teutschen Staatsrecht, II S. 167 ff. Der Jüngste Reichsabschied v. J. 1654 § 123 und der Entwurf einer beständigen Wahlkapitulation v. 8. Juli 1711 Art. XVIII haben des Heil. Reichs Cammergericht angewiesen, „der Ständ Privilegia reiflich zu erwegen und fleißig in Acht zu nehmen“. Z e u m e r, Quellensammlung z. Gesch. d. deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit², 1913, S. 416, 474.

häufig durch Anwendung von Gewalt erreicht. Als man Friedrich Wilhelm I. von Preußen von Klagen berichtete, die seine Untertanen gegen ihn bei den Reichsgerichten angestrengt hätten, so verordnete der König: „daß den renitenten Edelleuten allerhand Schikanen gemacht und ihnen solchergestalt der Kitzel vertrieben werde, gegen ihren angeborenen Landesherrn und Obrigkeit an dergleichen frevelhaftes und gottloses Beginnen weiter zu denken.“¹³ Die Lücke, welche durch den Wegfall der reichsgerichtlichen Kontrolle entstand, suchte die Fiskustheorie auszufüllen.¹⁴ Sie ging davon aus, das öffentliche Vermögen gehöre weder dem Landesherrn, noch dem Herrscher Staat, sondern einem von ihnen verschiedenen Rechtssubjekte, dem Fiskus, d. h. einer Person, die dem Vermögensrecht unterstehe. Der Fiskustheorie aber galt das Vermögensrecht als ein Teil des Privatrechts. Ihr fiel es deshalb nicht schwer, den Fiskus wie einen Privatmann der Justiz und den Justiznormen, d. h. dem Zivilrecht, zu unterwerfen.¹⁵ Diese Auffassung stempelte m. a. W. die „fiskalischen Sachen“ zu Justizsachen. Der Ausbildung der Fiskustheorie ging parallel die Entwicklung, welche die Gerichte gegenüber der Verwaltung unabhängig stellte. (S. oben S. 10). Auf diese Weise verschaffte die Fiskustheorie dem Untertan die Möglichkeit, die Obrigkeit in der Person des Fiskus vor ihren eigenen Territorialgerichten zu verklagen, sofern das Streitverhältnis vermögensrechtliches Gepräge trug.¹⁶ Damit unterwarf die Fiskustheorie zahlreiche Rechtsverhältnisse, an denen die öffentliche Verwaltung beteiligt war, der Herrschaft des Privatrechts: die vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen Staatsdiener und Staat; die Ansprüche des Einzelnen gegen den Staat, die auf „Privatrechtstiteln“ (Vertrag, *condictio* usw.) beruhten u. a. m.¹⁷ Aber darin erschöpfte sich die Fiskustheorie nicht. Ihre

¹³ Otto Mayer, *Justiz und Verwaltung*, S. 6. W. Jellinek, S. 80—81.

¹⁴ Otto Mayer, *DVR*. I 49. Auch in England galt der Satz, daß der König seinen eigenen Gerichten nicht unterworfen ist. Dort schuf die Praxis in der dem Untertan verliehenen *Petition of right* ein Surrogat der Fiskustheorie. Hatschek, *Englisches Staatsrecht I* (1905), S. 88 ff.

¹⁵ Gierke, *Deutsches Genossenschaftsrecht III*, S. 796 ff. Gierke, *Deutsches Privatrecht I*, S. 476. Hatschek, *Die rechtliche Stellung des Fiskus im BGB.* (VerwArch. 7, S. 424 ff., insbes. S. 457 ff.) und *WStVR*. I 803.

¹⁶ Pütter, *Anleitung zum Teutschen Staatsrecht*, II S. 288.

¹⁷ Fleiner, *Umbildung zivilrechtlicher Institute*, S. 23.

interessanteste Leistung ist in dem Versuche enthalten, für den Untertan auch gegenüber hoheitlichen Akten der Obrigkeit Rechtsschutz zu erringen. Zwar vermochte sie dies nicht auf direktem Weg zu erreichen. Denn den landesherrlichen Territorialgerichten blieb die Kompetenz versagt, eine von der Regierung in „Policeysachen“ erlassene Verfügung aufzuheben. Aber die Zivilgerichte erlangten auf Grund der Fiskustheorie die Zuständigkeit, den „Fiskus“ zur Bezahlung einer Schadenersatzsumme an den Untertan zu verurteilen, dessen „wohlerworbenes Privatrecht“ durch eine obrigkeitliche Verfügung verletzt worden war. Der Ersatzanspruch wegen Verletzung wohlerworbener Rechte übernahm damit die Funktion einer Rechtsschutzeinrichtung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts. Es begründete keinen Unterschied, ob der staatliche Eingriff rechtmäßig oder rechtswidrig erfolgt war. Es sei nur an den Ausgangspunkt der ganzen Lehre, an die Expropriation, erinnert.

Die soeben dargestellte Rechtsauffassung hatte alsbald ihre Feuerprobe zu bestehen. Inzwischen war es zur Bildung einer geschlossenen absoluten Staatsgewalt gekommen, und die Scheidung zwischen der privaten Sphäre des Monarchen und seiner staatlichen Organstellung war zur Anerkennung gelangt.¹⁸ Gegenüber der neuen Staatsmacht unternahmen es die zwei großen anti-absolutistischen Theorien des 18. Jahrhunderts das Individuum sicherzustellen: die Lehre von der Trennung der Gewalten (oben S. 9) und sodann die Lehre von den angeborenen Menschenrechten — von unentziehbaren Rechten, die die Natur dem Einzelnen verliehen hat und die der Gewalt des Staates entzogen sind (les droits antérieurs et supérieurs à la constitution). Für diese lieferte die Theorie des Naturrechtes die geistige und politische Rechtfertigung.¹⁹

Der öffentlichen Verwaltung gegenüber empfing dieses Bestreben nach verstärktem Rechtsschutz des Einzelnen seine besondere Ausprägung in der Lehre von den wohlerworbenen Privatrechten. Von

¹⁸ Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht, II S. 644 ff., III S. 597. A. Heusler, Deutsche Verfassungsgeschichte, 1905, S. 287. Vgl. auch Ph. A. v. Segesser, Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Lucern, III (1857) S. 244—248; IV (1858) S. 720—723. Georg Meyer-Anschütz, S. 270.

¹⁹ A. Manigk, Wie stehen wir heute zum Naturrecht? 1926. Ders., Die Idee des Naturrechts (Festgabe f. Stammler, 1926, S. 1—30). Georg Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 3. Aufl. hrsg. v. W. Jellinek, 1919. Hans Fehr, Deutsche Rechtsgeschichte², S. 258 f., 303 f.

der Auffassung, die „wohlerworbenen Rechte“ seien die angeborenen Menschenrechte, ging man über zu der Behauptung, „wohlerworbene Rechte“ seien alle durch besondere Rechtstitel begründeten Rechte, um schließlich in praxi dem Richter volle Freiheit zu lassen, ein Individualrecht überall dort anzunehmen, wo das Rechtsbewußtsein den Schutz des Individuums gegenüber der Staatsgewalt verlangte. Während so die Gerichtspraxis ohne langes Besinnen auch bloßen Interessen der Einzelnen den Charakter von subjektiven Rechten zuerkannte,²⁰ ließ sie sich andrerseits dabei von der Vorstellung leiten, vollgültige Individualrechte beständen allein auf dem Boden der Privatrechtsordnung. Soweit sie Ansprüche der Untertanen gegen die öffentliche Gewalt anerkannte, drückte sie ihnen somit den Stempel von Privatrechten auf.

Das Bestreben, die Verwaltung des absoluten Staates an feste Rechtsregeln zu binden, hatte praktische Gestalt gewonnen in dieser Theorie, die auf großen Gebieten die öffentliche Verwaltung dem Zivilrecht und der Zivilgerichtsbarkeit unterwarf. Der Fiskus war der Prügeljunge für den Staat geworden.²¹ Je mehr die Gerichtsbarkeit der Reichsgerichte abbröckelte,²² desto siegreicher drang die Fiskustheorie vor. Nur in wenigen Territorien (Hessen-Kassel, Schwedisch-Pommern) ging beim Sinken der Reichsgewalt die von den Reichsgerichten ausgeübte Kontrolle über die öffentliche Verwaltung unverändert auf die obersten Landesgerichte über.²³

3. Das neue Verfassungsrecht, das aus den Stürmen der Revolutionszeit hervorging, schuf neue Grundlagen auch für die öffentliche Verwaltung. Mit Hilfe der Lehre von der Trennung der Gewalten beseitigte Frankreich die Einmischung der Justiz in die Verwaltung, an der das Ancien régime gekrankt hatte, und die Verwaltung schloß sich streng von der Justiz ab.²⁴ Den Zivil-

²⁰ G. H. v. Berg, Teutsches Policeyrecht, I S. 165 ff.

²¹ C. Bornhak, Preußisches Staatsrecht, II (1889) S. 464.

²² Das Versagen des Reichskammergerichts hatte seine Ursache nicht bloß in den oben S. 32 erwähnten Privilegia de non appellando, sondern vor allem in den allgemeinen Gebrechen dieses Gerichtshofes, die Goethe aus eigener Anschauung (Wetzlar 1772) in einer klassischen Erörterung geschildert hat (Dichtung u. Wahrheit III. Teil, 12. Buch).

²³ Otto Bähr, Der Rechtsstaat, 1864, S. 135 ff. E. v. Meier, in der Zeitschrift für deutsches Staatsrecht, I S. 279 ff. Otto Mayer, DVR. I 54 Anm. 28. Georg Meyer-Anschütz⁷, 401, 782.

²⁴ Alexis de Tocqueville hat in einem Brief vom 10. Oktober 1831 dem Vicomte de Blosseville das Verhältnis, das sich infolge dieser Tren-

gerichten wurde die Zuständigkeit zur Beurteilung von Rechtsverhältnissen, an denen die öffentliche Verwaltung beteiligt war, entzogen. Als Ersatz errichtete aber das Gesetz (1801) innerhalb der Verwaltung selbst besondere Verwaltungsgerichte²⁵ und übertrug diesen die Kompetenz, auf Beschwerde des Bürgers hin gesetzwidrige Verwaltungsakte aufzuheben. Von der Unzuständigkeit des Zivilgerichts schloß die Praxis auf die Unanwendbarkeit des Zivilrechts. So setzte sich in Frankreich der Satz durch, daß der verwaltende Staat grundsätzlich nach öffentlichem Recht lebt, und daß das Zivilrecht auf den Staat nur Anwendung findet, soweit er sich dessen Herrschaft ausdrücklich unterworfen hat.²⁶

nung herausgebildet hat, folgendermaßen geschildert: „Vous savez que chez nous le droit administratif et le droit civil forment comme deux mondes séparés, qui ne vivent point toujours en paix, mais qui ne sont ni assez amis ni assez ennemis pour se bien connaître. J'ai toujours vécu dans l'un et suis fort ignorant de ce qui se passe dans l'autre (A. de Tocqueville, œuvres complètes VII, p. 67).

²⁵ Schon unter dem Ancien régime war in den Kämpfen der königlichen Verwaltung gegen die Uebergrieffe der ordentlichen Gerichte eine Verwaltungsgerichtsbarkeit ausgebildet worden. A. de Tocqueville, l'Ancien régime et la révolution (œuvres complètes IV, p. 77).

²⁶ Hauriou, Précis de Droit administratif 11 éd., 1927, p. 34 („Caractères spécifiques et valeur pratique du droit administratif français“). A. Esmein, La question de la juridiction administrative devant l'Assemblée constituante (JahrböfR. Bd. V, 1911, S. 3). Fleiner, Die Staatsauffassung der Franzosen, 1915 (Vorträge der Gehe-Stiftung). Jèze, Principes p. XIII. Hatschek, Einführung in das öff. Recht, 1926, S. 66. Kaufmann, WSTVR. III, 703 f. Duguit, Les transformations du droit public³, 1915, p. 32. — Die französische Gesetzgebung ist bei der Lösung des Problems, ein Recht zu bilden, nach dem der Staat selbst lebt, im wesentlichen zu denselben Ergebnissen gelangt, wie das Römische Recht. In Rom galt das private Vermögensrecht nur für die Beziehungen inter privatos; für den Schutz des öffentlichen Vermögens bestanden besondere, von den privatrechtlichen Schutzmitteln abweichende Formen. Mommsen, Römisches Staatsrecht, 2. Aufl., I S. 162 ff., 227; II S. 102, 454, 952 ff. E. v. Meier, in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff und Kohler, II S. 732. — Umgekehrt bildet in England die Recht gewordene Verwaltungspraxis (Verwaltungsroutine) einen Bestandteil des common law, d. h. des allgemeinen bürgerlichen Rechts. Daher vermögen die ordentlichen Gerichte unter den verschiedenartigsten Titeln regelmäßig eine Kontrolle über die Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung auszuüben. Hatschek, Englisches Staatsrecht, II S. 609 ff., 649 ff. und die dort zitierten Autoren. Ders., Einleitung i. d. öff. R., S. 63 f. O. Koellreutter, Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsprechung im modernen England, 1912. Jèze, Principes, p. 1—2, 266. Duguit, Transformations du Droit public, 176 f.

Anders entwickelten sich die Dinge in Deutschland. Die Verfassungsurkunden beließen dem Rechte nach die ganze Staatsgewalt dem Monarchen. Aber dieser behielt nur die Verwaltung zu eigener Ausübung bei, unter Mitwirkung verantwortlicher Minister. Die Justiz wurde vom Monarchen unabhängig gestellt. Ueber Justiz und Verwaltung aber trat als oberste Gewalt im Staate die Gesetzgebung. Sie konnte vom Monarchen nur unter Mitwirkung einer Volksvertretung ausgeübt werden. Das Gesetz war der einseitigen Verfügung des Monarchen entrückt und erlangte damit Unverbrüchlichkeit auch für die Verwaltung. Dadurch gewann der Gesetzgeber die Möglichkeit, die Verwaltungsbehörden auch in ihrem Verkehr mit den Untertanen an feste Rechtsschranken zu binden. Die Verwaltungsnormen erlangten „zweiseitig verbindende Kraft“ (Jhering),²⁷ d. h. sie banden den Verwaltungsbeamten nicht nur dem Vorgesetzten, sondern auch dem Untertan gegenüber. Es entwickelte sich für die öffentliche Verwaltung ein besonderes öffentliches Recht, gleichwertig den „Justiznormen“, dem Zivilrecht. Damit wurde die Ausübung der Verwaltung selbst „justizmäßig“. „Den Verbindlichkeiten, welche die Subjektionsverhältnisse für den Untertanen begründen, stehen die Rechte der Untertanen als solche zur Seite. Beide stellen sich als unmittelbare Folge eines und eben desselben Rechtsverhältnisses — des Subjektionsvertrages — dar. Beide haben eine aktive und eine passive Seite. Der Oberherr hat nicht bloß Rechte, sondern auch Verbindlichkeiten, und der Untertan hat nicht bloß Verbindlichkeiten, sondern auch Rechte.“ So charakterisierte der württembergische Jurist Carl v. Pfizer im Jahre 1828 die eingetretene große Wandlung.²⁸

Mit dem Sieg dieser Auffassung war jedoch in keinem deutschen Staate eine durchgreifende Reorganisation der Verwaltung und eine Errichtung besonderer, mit Verwaltungsrechtsprechung betrauter Behörden verbunden. In diesem Moment — dem Fehlen ausreichender Rechtsschutzorgane auf dem Gebiet der öffentlichen Verwaltung — liegt die Erklärung dafür, daß die Entwicklung des Verwaltungsrechts in Deutschland in ganz andere Bahnen gedrängt wurde als in Frankreich. Wohl versuchte eine Richtung in der

²⁷ Jhering, Der Zweck im Recht, I S. 344 ff. („Die zweiseitig verbindende Kraft der Norm“). E. Kaufmann, WStVR. III 701 f. G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre³, S. 388 f.

²⁸ Carl v. Pfizer, Ueber die Grenzen zwischen Verwaltungs- und Civil-Justiz, 1828, S. 18.

wissenschaftlichen Literatur,²⁹ der Vorstellung Eingang zu verschaffen, das öffentliche Recht werde von Verwaltungsbehörden ebensogut behütet, wie von Gerichten. Denn die Tätigkeit des Verwaltungsbeamten unterscheide sich in nichts von der des Richters; beider Aufgabe sei die Gesetzesanwendung. Aber die öffentliche Meinung und die Theorie kamen nicht darüber hinweg, daß die Verwaltungsbehörden bei der Entscheidung von Streitigkeiten zwischen der öffentlichen Verwaltung und dem Bürger in eigener Sache urteilten, und daß ihnen die richterliche Unabhängigkeit fehle. Sie erhoben deshalb gebieterisch den Ruf nach einer von der Verwaltung unabhängigen gerichtlichen Instanz zur Beurteilung der „administrativ-contentiösen Sachen“ (vgl. darüber unten § 16). Um so weniger war daher die Praxis gewillt, den Schutz durch unabhängige Gerichte für jene Gebiete preiszugeben, für die ein solcher bereits bestand.³⁰ So kam es, daß alle die Streitsachen, welche die Fiskustheorie der Justiz unterstellt hatte, Justizsachen blieben. Das Zivilrecht liefert auch fernerhin die Normen, nach denen diese Rechtsverhältnisse beurteilt wurden.

Unmerklich und langsam vollzog sich jedoch eine Wandlung des Fiskusbegriffs. Mit der Aufrichtung einer geschlossenen, einheitlichen Staatsgewalt war für den Dualismus von Staat und Fiskus kein Raum mehr, und das neue Staatsrecht lehrte, daß der Fiskus keine vom Staate verschiedene Persönlichkeit, sondern nur die eine, vermögensrechtliche Seite des Staates selbst darstellt.³¹

²⁹ Vgl. besonders G. L. F u n k e , Die Verwaltung in ihrem Verhältnis zur Justiz, 1838, insbes. S. 124 ff., 143.

³⁰ Ottmar B ü h l e r , Die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegenüber der Verwaltung im württembergischen Recht und ihre Entwicklung seit Anfang des 19. Jahrhunderts, 1911.

³¹ H. A. Z a c h a r i a e , Deutsches Staats- und Bundesrecht, 2. Aufl., 1854, II S. 402, 403. Man vergleiche ferner z. B. G. v. W e i l e r , Ueber Verwaltung und Justiz, 1830, S. 8, § 14: „Endlich kann auch der Staat selbst, oder seine Vertreter in solche Rechtsgeschäfte eingehen, welche im P r i v a t r e c h t i h r e B e s t i m m u n g e r h a l t e n . In diesem Falle stellt der Staat selbst sich unter die Rechtswirkung des Privatrechts; die Beziehung des Privatrechts auf den Staat ist zwar hier nicht im G e s e t z e aufgestellt, aber der Staat fällt unter die Wirksamkeit des Gesetzes, weil er durch seine Handlung, wie jedes andre Rechtssubjekt, sich darunter subsumiert. Dies sind die fiskalischen Rechte und Verbindlichkeiten, welche ungeachtet ihrer z u f ä l l i g e n u n d s u b j e k t i v e n Beziehung auf den Staat, darum nicht dem öffentlichen Rechte, sondern dem Privatrechte angehören.“ Vgl. auch Wilhelm Josef B e h r , Die Verfassung und Verwal-

Trotzdem wurde die Kompetenz der Zivilgerichte zur Beurteilung der fiskalischen Streitigkeiten nicht erschüttert. Allein es galt nunmehr, die Herrschaft des Zivilrechts über den Staat juristisch neu zu rechtfertigen. Diese Aufgabe hat die Theorie übernommen, die bis zum heutigen Tag die deutsche Wissenschaft und Praxis beherrscht: der verwaltende Staat lebt nach zweierlei Recht, nach öffentlichem Recht und nach Privatrecht. Für welche Verhältnisse öffentlich-rechtliche Normen zur Anwendung kommen, und für welche privatrechtliche, läßt sich durch keine allgemeine Formel bestimmen. Das ist für jedes einzelne Verhältnis auf Grund der historischen Entwicklung und der geltenden Gesetzgebung besonders festzustellen.

Die Entwicklung des neunzehnten Jahrhunderts hat aber vor den durch die Fiskustheorie gezeitigten Ergebnissen nicht Halt gemacht. In steigendem Maße hat sich auch hier eine öffentlich-rechtliche Auffassung Geltung verschafft und eine Befreiung öffentlich-rechtlicher Verhältnisse aus den privatrechtlichen Formen durchgesetzt.³² Die historische Priorität in diesem Prozesse kommt der Theorie von den „gemischten Rechtsverhältnissen“ zu. Sie lehrte, in bestimmten Rechtsinstituten, die man früher als reine Gebilde des Zivilrechtes betrachtet hatte, seien zivilistische und publizistische Bestandteile zu einer Einheit verschmolzen. Daraus folge, daß dasselbe Rechtsinstitut zum Teil dem Zivilrecht, zum Teil dem öffentlichen Recht unterstehe. Es sei nur erinnert an die Zerlegung des Beamtenverhältnisses in eine privatrechtliche und eine öffentlich-rechtliche Seite, oder an dieselbe Spaltung in dem Institute der Zwangsenteignung. Diese Art der Scheidung ließ den vermögensrechtlichen Anspruch des Beamten und des Expropriaten gegen den Staat auf dem Boden des Privatrechts, rückte aber die übrigen Seiten des Instituts in die Sphäre des öffentlichen Rechts. Damit hatte man eine juristische Form gewonnen, die ermöglichte, ein Rechtsverhältnis, das über den privatrechtlichen Rahmen hinausgewachsen war, aus der privatrechtlichen Schablone zu befreien, andererseits aber das Element auf dem Boden des Zivilrechts festzuhalten, für welches die damalige Gesetzgebung nur unvollkommene Rechtsschutzgarantien darbot. Die Errichtung beson-

nung des Staats, Bd. II (1812) S. 107. J e l l i n e k, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, S. 60.

³² Vgl. zum Folgenden Fritz F l e i n e r, Ueber die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, 1906.

derer Verwaltungsgerichtshöfe in den größeren deutschen Staaten (seit 1863) bezeichnet den Wendepunkt der Entwicklung. Sie schuf die Krönung des Rechtsstaates (s. unten §§ 9, 16). Einer von den Verwaltungsbehörden unabhängigen Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde die Aufgabe übertragen, auf Beschwerde des Untertans hin zu prüfen, ob die öffentliche Verwaltung beim Erlaß einer obrigkeitlichen Anordnung subjektive Rechte verletzt habe. Damit wurde auch über den Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit hinaus Raum geschaffen für eine organische, öffentlich-rechtliche Auffassung der rechtlichen Beziehungen zwischen dem verwaltenden Staat und den Bürgern. Es fiel für Praxis und Doktrin die Notwendigkeit weg, ein einheitliches Institut gewaltsam zu zerreißen und den einen Teil auf den Boden des Privatrechts zu stellen, um dem Bürger einen rechtlich geschützten Anspruch gegen die öffentliche Verwaltung zu gewähren.³³ Weiter aber führte die Einsetzung einer besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit von selbst eine Umgestaltung der Theorie von den wohl erworbenen Privatrechten herbei. Mit der Ausbildung direkter Rechtsschutzgarantien verlor deren Surrogat, die zivilrechtliche Schadensersatzklage wegen Verletzung wohl erworbener Rechte, ihre alte Bedeutung.³⁴ Denn nicht Ausgleich des Vermögensschadens, sondern Sicherung des dem Untertan garantierten Rechtsbestandes wurde die Aufgabe der Verwaltungsrechtsprechung. Die Schadenersatzklage blieb — abgesehen von dem Gebiete der Beamtenhaftung — seither beschränkt auf die

³³ Vgl. hierüber Z. G i a c o m e t t i, Ueber die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten i. d. Judikatur d. schweiz. Bundesgerichts, 1924.

³⁴ Ein anschauliches Beispiel bietet die württembergische Rechtsentwicklung. Die Württembergische Verfassungsurkunde vom 25. September 1819 stellte in § 95 den Satz auf: „Keinem Bürger, der sich durch einen Akt der Staatsgewalt in seinem auf einem besonderen Titel beruhenden Privatrechte verletzt glaubt, kann der Weg zum Richter verschlossen werden.“ Hierin lag eine Zusicherung gerichtlichen Rechtsschutzes. Die Praxis gelangte jedoch bei der Auslegung der Vorschrift zu keinem festen Ergebnis; herrschende Meinung wurde, die Verfassungsurkunde spreche in § 95 lediglich ein Recht auf Schadenersatz zu. Mit der Ausbildung direkter Rechtsschutzgarantien wurde der Auffassung, die zit. Vorschrift gewährleiste mehr, nämlich eine Kontrolle der ordentlichen Gerichte über die Verwaltung, vollends der Boden entzogen. Fritz F l e i n e r, Staatsrechtliche Gesetze Württembergs, 2. Ausgabe, 1907, S. 55. Ottmar B ü h l e r, Die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegenüber der Verwaltung im württemberg. Recht, S. 94 ff.

Fälle, in denen ein rechtmäßiger Akt der Staatsgewalt das Vermögen Privater geschädigt hat.

Die dargestellte Entwicklung hat auf großen Gebieten der öffentlichen Verwaltungstätigkeit das öffentliche Recht zur Herrschaft gebracht und das Zivilrecht zurückgedrängt. Die Rechtfertigung für diese Ausschaltung des Privatrechts liegt in der Tatsache, daß das Privatrecht von der Gleichberechtigung der Individuen ausgeht und zugeschnitten ist auf die Ausgleichung gleichberechtigter Einzelinteressen. Je weiter aber der Interessenkreis des Staates geworden ist, desto weniger hat die öffentliche Verwaltung gegenüber den Bürgern ihre Geschäfte mit den Mitteln des Privatrechts besorgen können. Nur mit Hilfe herrschaftlicher, obrigkeitlicher Gewalt vermag sie die höchsten und letzten ihrer Aufgaben zu erfüllen. Sobald aber die öffentliche Verwaltung den Bürgern herrschaftlich, obrigkeitlich gegenübertritt, ist das auf Gleichordnung der Parteien gestimmte Zivilrecht unanwendbar. Es beginnt der Bereich des öffentlichen Rechts.

Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, ist öffentliches Recht als ein Spezialrecht für solche Verhältnisse der öffentlichen Verwaltung entstanden, für die das Privatrecht nicht das „richtige Recht“ darstellt. Aber weder im Reich, noch in den Gliedstaaten hat man — sowenig übrigens wie im Ausland — den Versuch unternommen, die Grundsätze des Verwaltungsrechts in ein einheitliches Gesetzbuch zusammenzufassen. Das Verwaltungsrecht hat sich nur langsam und mit Mühe im Anschluß an die einzelnen Verwaltungszweige gebildet und durchgesetzt. Noch zur Stunde muß es um seine Anerkennung ringen gegen die Vorherrschaft des Privatrechts, die ihren Rückhalt findet vor allem an der geschlossenen Kodifikation des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs und sodann an der zentralen Stellung der Zivilgerichtsbarkeit und der durch sie bedingten vorwiegend zivilistischen Ausbildung eines großen Teils der deutschen Juristen. Nicht verschwiegen soll ferner sein, daß zum Teil die formale Unvollkommenheit des öffentlichen Rechtes selbst der Weitergeltung zivilrechtlicher Vorschriften Vorschub geleistet hat. Denn für zahlreiche Verhältnisse der öffentlichen Verwaltung fehlt es noch an fertig ausgebildeten, bis in die Einzelheiten ausgebauten besonderen Rechtsnormen.

Der Weltkrieg und die Nachkriegszeit haben den Aufgabenkreis der öffentlichen Verwaltung sehr stark erweitert und dabei namentlich die Einmischung des Staats in das Wirtschaftsleben in neuen

Formen zur Geltung gebracht.³⁵ Es sind auf diese Weise neue verwaltungsrechtliche Gestaltungen ausgebildet worden. Sie stellen eine Fortbildung des deutschen Verwaltungsrechtes dar.

Eine reiche und vielfach verschlungene Entwicklung mündet so in dem Rechte der Gegenwart aus. Ihre Höhepunkte werden nicht durch Erlasse des Gesetzgebers bezeichnet. Von der Praxis der Verwaltungsbehörden und der Verwaltungsgerichte und von der stillen Arbeit der Wissenschaft ist der Fortschritt ausgegangen. Vieles ist zur Reife gekommen. Das meiste aber ist als ein Werdendes der Pflege der Gegenwart und der Sorge der Zukunft anheimgestellt.

II. Die Wissenschaft ist auch auf diesem Gebiet der getreue Spiegel der Rechtsentwicklung gewesen.³⁶ In den Tagen des Polizeistaats erblickte sie ihre Aufgabe darin, zu registrieren, auf welche „Gegenstände“ sich die Fürsorge der „Policey“ erstreckte und welche Gründe für das Eingreifen des Staats maßgebend waren.³⁷ Nach der Einführung des Verfassungsstaates und der organisatorischen Scheidung von Justiz und Verwaltung suchte sodann die Wissenschaft die Kompetenzgrenze zwischen Justiz und Verwaltung zu finden und eine allgemeine Formel zu gewinnen, nach der die „Justizsachen“ von den „Regierungssachen“ unterschieden werden könnten.³⁸ Daneben aber begann sie, das alte „teutsche Policeyrecht“ in die neue Form der „Verwaltungslehre“ hinüberzuleiten; die einzelnen Verwaltungszweige mit allen ihren Zutaten erfuhren eine eingehende Beschreibung. Darin fanden auch die für den einzelnen Verwaltungszweig erlassenen Rechtsvorschriften eine Berücksichtigung. Im Vordergrund aber stand die Erörterung der

³⁵ Nußbaum, Das neue deutsche Wirtschaftsrecht², 1922. Goldschmidt, Reichswirtschaftsrecht, 1923. Erwin Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S. 34 f.

³⁶ Otto Mayer, I S. 18 ff. Edgar Löning, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1884, S. 21 ff. E. Kaufmann, WStVR.² III, 716 f. L. Spiegel, Die Verwaltungsrechtswissenschaft, 1909. Adolf Merkel, S. 85 f. Sehr eingehend und bis in alle Einzelheiten gründlich: W. Jellinek, S. 94—109.

³⁷ Ein Beispiel aus vielen: Günther Heinrich v. Berg, Handbuch des Deutschen Policeyrechts, 2. Aufl., 1802 ff.

³⁸ Zu vergleichen sind die oben, S. 37 ff., zitierten Schriften von Funke, Pfizer, Behr, Weiler u. a. Besonders charakteristisch für die ganze Richtung ist die Abhandlung von Mittermaier, Beiträge zur Lehre von den Gegenständen des bürgerlichen Prozesses (ArchivPraxis Bd. IV [1821] S. 305 ff.).

Gründe und Gegen Gründe, die für oder gegen ein Eingreifen des Staates in das betreffende Lebensgebiet sprachen. In dieser Form hat die Verwaltungslehre bis heute ihre selbständige Bedeutung behalten.³⁹

Unabhängig von der Verwaltungslehre ist endlich die *Rechtswissenschaft* daran gegangen, die für die Verwaltung ausgebildeten Rechtssätze geistig zu beherrschen und zu gliedern. Zunächst nach der sog. staatswissenschaftlichen Methode. Diese hat von der Verwaltungslehre das äußere Gerippe, die Scheidung nach den Verwaltungszweigen, übernommen, und um dieses die Rechtssätze gruppiert. Auf solche Weise sind eine ganze Zahl von juristischen Konglomeraten entstanden (Feuerpolizei, Wasserpolizei, Baupolizei, Medizinalwesen, Schulwesen, Gesundheitswesen usw.). Die nach der staatswissenschaftlichen Methode verfaßten Lehrbücher haben den gewaltigen positiven Rechtsstoff zusammengetragen und damit das Fundament für jede weitere wissenschaftliche Arbeit gelegt.⁴⁰ Die besten von ihnen enthalten auch bereits einen Bestand von „allgemeinen Lehren“ des deutschen Verwaltungsrechts. Allein beim Anknüpfen an ein rein äußerliches, für die Zwecke der Verwaltungspraxis geschaffenes Schema ist vielfach das, was juristisch zusammengehört und eine einheitliche rechtliche Erscheinung bildet, auseinandergerissen worden. Ueber der Analyse der einzelnen Rechtsvorschriften ist die Synthese, die Zusammenfassung zu Rechtsinstituten, zu kurz gekommen.⁴¹ Erst in der neuern

³⁹ Die Verwaltungslehre hat unser Wissen vom Staat und den Verwaltungseinrichtungen wesentlich gefördert. Der klassische Vertreter dieser Richtung ist Lorenz v. Stein: Lorenz v. Stein, Verwaltungslehre, 7 Teile, 1865—1868. — In gleicher Weise hat Ferdinand Schmid in seiner Leipziger Antrittsrede „Ueber die Bedeutung der Verwaltungslehre als selbständiger Wissenschaft“ (Tübinger Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft Bd. 65 [1909] S. 193 ff.) für den akademischen Betrieb der Verwaltungslehre eine Lanze gebrochen. Nach Schmid (S. 213) entnimmt die Verwaltungslehre ihren Stoff „vielfach anderen Wissensgebieten, namentlich der Geschichte, der Statistik, der politischen Oekonomie, den technischen Wissenschaften, der Morallehre und endlich auch der Rechtswissenschaft, indem auch sie bemüht ist — wenngleich in andrer Art als das Verwaltungsrecht — den rechtlichen Inhalt der öffentlich-rechtlichen Verwaltungseinrichtungen zu ergründen und für ihre besonderen Zwecke zu verwerten.“

⁴⁰ Vgl. die Literaturübersicht am Eingang dieses Buches.

⁴¹ Es soll nicht verkannt werden, daß die Weitschweifigkeit und die Kurzlebigkeit der Verwaltungsgesetze, die kaum entstanden wieder revidiert werden, mit die Schuld daran trägt. Je einfacher und kürzer ein Gesetz, desto

und neuesten Zeit hat eine rein juristische Methode ihren Einzug in die Verwaltungsrechtswissenschaft gehalten.⁴² Dieselbe juristische Betrachtungsweise, durch die die Privatrechtswissenschaft groß geworden ist, ist auch auf die Behandlung verwaltungsrechtlicher Probleme übertragen worden. Die Bahn hat Otto Mayer gebrochen mit seinem grundlegenden Werke über Deutsches Verwaltungsrecht (1895/96).⁴³ Auf dessen Einfluß geht der Versuch der Reichsabgabenordnung vom 13. Dezember 1919 zurück, allgemeine verwaltungsrechtliche Begriffe (Verfügung usf.) in bestimmte Gesetzesvorschriften zusammenzufassen und sie so dem Steuerrecht und dessen Anwendung nutzbar zu machen.⁴⁴

Das Verwaltungsrecht stellt einen Zweig des Staatsrechtes im weitern Sinne dar. Eine gesonderte Behandlung dieser Disziplin ist nur unter der Voraussetzung gerechtfertigt und geboten, daß dabei der Versuch unternommen wird, die verwickelten und vielgestaltigen

dauerhafter sein Bestand, und um so ruhiger und organischer die Entwicklung von Praxis und Wissenschaft.

⁴² Der erste, der diese Methode zur Anwendung brachte, war ein Praktiker, der württembergische Oberamtmann F. F. Mayer, Grundsätze des Verwaltungsrechts, Tübingen 1862.

⁴³ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bde., 1895/96 (in Bindings Systematischem Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, 6. Abteilung, Bd. 1 u. 2); 2. Aufl. 1914/17; 3. Aufl. (kurz vor dem Tod des Verfassers vollendet) 1924. In der Bibliothèque internationale de Droit public, herausgegeben von Boucard u. Jéze, ist eine französische, von Otto Mayer selbst besorgte Uebersetzung seines Werkes erschienen: Otto Mayer, Le Droit administratif allemand; avec une préface de H. Berthélemy, 4 vol., Paris 1903—1906. Ueber Otto Mayer (1846—1924): O. Mayers Selbstbiographie in der von Planitz herausgegebenen Sammlung: „Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen“ I (1924) S. 153 f. Fleiner in der Schweiz. JurZtg. 1924, Jahrg. 21, S. 77. Erich Kaufmann, Otto Mayer (VerwArch. 30 [1925] S. 377; eine kritische Auseinandersetzung). Weitere Literatur über Otto Mayer und sein Werk: W. Jellinek, S. 99—101. — Vor Otto Mayer haben schon zwei Werke, in beschränkterem Umfange, die rein juristische Methode zur Anwendung gebracht: F. F. Mayer, Grundsätze des Verwaltungsrechts, 1862. O. v. Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1880.

⁴⁴ Vgl. z. B. RAO. §§ 1 f., 73 f. Der Redaktor der RAO., Enno Becker, hat in seinem Kommentar zur RAO. (Vorbemerkung zu § 73) ausdrücklich auf diesen Einfluß Otto Mayers hingewiesen. Vgl. dazu die Berichte und Verhandlungen in den Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer, Heft 3 (Tagung in Münster i. W. März 1926) „über den Einfluß des Steuerrechts auf die Begriffsbildung des öffentlichen Rechts“, insbes. die Berichte von Albert Hensel und Ottmar Bühler.

Beziehungen zwischen dem verwaltenden Staat (und der ihm eingegliederten öffentlich-rechtlichen Verbände) und dem Bürger auf einfache juristische Grundformen zurückzuführen.⁴⁵ Durch die Auffindung dieser Rechtsgedanken wird jene große Vereinfachung erzielt, die den Richter und den Verwaltungsbeamten in den Stand setzt, auch wenn das Gesetz schweigt, jedem neu auftauchenden Rechtsverhältnis gerecht zu werden.

§ 4. Verwaltungsrecht.¹

I. Es ist der Beruf der Rechtsordnung, Befugnisse und Pflichten verschiedener Rechtssubjekte gegeneinander abzugrenzen. Dem Verwaltungsrechte kommt es somit zu, die rechtlichen Beziehungen zu regeln, die zwischen dem verwaltenden Staat (oder einer anderen mit der Führung öffentlicher Verwaltung betrauten öffentlich-rechtlichen Korporation) und ihren Untertanen (Einzelpersonen, wie Verbänden) entstehen.

Wir haben dargelegt, aus welchen historischen Gründen es in Deutschland nicht zur Ausbildung eines geschlossenen Systems des

⁴⁵ F. Fleiner, Wie ist der akademische Unterricht im Verwaltungsrecht zweckmäßig zu gestalten? (Gutachten f. d. 32. Deutschen Juristentag, 1914; Verhandlungen Bd. 1, S. 305 f.). Eberh. v. Scheurl, Einführung in das verwaltungsrechtliche Denken, 1927.

¹ Otto Mayer, DVR. I § 2. Laband, Staatsrecht, II⁵ 176 ff., 185 und ArchöfR. II S. 150 ff. Wach, Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, I § 8. Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, I S. 60 ff. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, S. 54 ff. Stier-Somlo, Die Einwirkung des bürgerlichen Rechts auf das preußisch-deutsche Verwaltungsrecht, 1900, § 3. Halbey, Ueber Begriff und Wesen des öffentlichen Rechts (VerwArch. 4, 129). Jakob Holliger, Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht, Zürcher Doktordissertation, 1904. Georg Meyer-Dochow, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts⁴, § 5. Korman, Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts (Annalen des Deutschen Reichs 1911, S. 850 ff.; 1912, S. 36 ff., 195 ff.). Karl Friedrichs, Der Allgemeine Teil des Rechts, 1927, insbes. § 4 (zuerst erschienen in den Annalen des Deutschen Reichs 1927, S. 385 f.). W. Jellinek, S. 44 f. A. Merkl, § 6. Vgl. ferner Triepel in der Festgabe d. Berliner Juristenfakultät f. H. Brunner 1914, S. 523 f. E. Jung, Ueber die Abgrenzung des Privatrechts vom öff. Recht (Zft. f. Rechtsphilosophie 2 [1919] S. 293. Arthur Baumgarten, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode II u. III (1922) S. 1 f. Walther Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 1927, S. 1 f. Gustav Adolf Walz, Vom Wesen des öffentl. Rechts, 1928.

Verwaltungsrechtes gekommen ist. Die Normen, nach denen die öffentliche Verwaltung lebt, gehören zu einem Teil dem Privatrechte, zum andern dem öffentlichen Rechte an.

1. Für die Besorgung einer großen Zahl ihrer Geschäfte bedient sich die öffentliche Verwaltung derselben zivilrechtlichen Mittel, die das Bürgerliche Gesetzbuch dem Privatmanne zur Verfügung gestellt hat. Sie kann sich die für ihre Zwecke erforderlichen Objekte, Arbeitskräfte und finanziellen Mittel durch den Abschluß von zivilrechtlichen Kauf-, Miet-, Dienst- und Darlehnsverträgen verschaffen.² Hier handelt sie als gewöhnliches Privatrechtssubjekt. Der verwaltende Staat verkehrt auf diesem Boden mit seinen Bürgern wie mit Gleichberechtigten. Er unterwirft sich dem Zivilrecht und dem Zivilgericht. Das schließt jedoch nicht aus, daß der Gesetzgeber in vereinzelt Fällen den besonderen Bedürfnissen der öffentlichen Verwaltung im Rahmen des Privat-, Prozeß- und Strafrechts selbst durch die Aufstellung von Spezialvorschriften Rechnung trägt.³ Ist vom Staat „als Fiskus“, im Gegensatz zum Staat als Obrigkeit, die Rede, so wird damit der Staat als Subjekt privater Rechtsverhältnisse bezeichnet,⁴ während

² Im Gegensatz dazu behandelt das französische Verwaltungsrecht eine Reihe von Verträgen, die zugunsten eines öffentlichen Verwaltungszweiges abgeschlossen werden (insbesondere die „marchés de travaux publics“) als öffentlich-rechtliche Akte (contrats administratifs) und läßt demgemäß Streitigkeiten, die daraus zwischen Verwaltung und Privatmann entstehen, durch Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte beurteilen. E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2 éd. I, p. 597. Fuzier-Herman, *Répertoire général alphabétique du Droit français*, t. XXVII, p. 222, v. „marchés administratifs“. Jèze, *JahrböfR.* (1911) S. 634. Hatschek, *Einleitung i. d. öff. R.* S. 80. Duguit, *Transformations du Droit public*, p. 170. Jèze, *Principes*, p. XVI, 390. Jèze, *Les contrats administratifs*, 1927.

³ Beispiel: Nach § 90 der Reichsgrundbuchordnung v. 24. März 1897 kann in jedem deutschen Gliedstaat durch landesherrliche Verordnung der Fiskus für seine Grundstücke vom Grundbuchzwang befreit werden. Ueber Privilegia fisci: Thelmann, im *PrVbl.* 34, 383. Endemann, *Lehrbuch des Bürgerl. Rechts*, I⁹ S. 221—222. — Ebenso kann der Staat die Nichterfüllung privatrechtlicher Verpflichtungen gegenüber der öffentlichen Verwaltung unter Strafe stellen. So droht das RStGB. § 329 Gefängnisstrafe an gegen den, der die mit einer Behörde geschlossenen Lieferungsverträge über Bedürfnisse des Heeres oder der Marine zur Zeit eines Krieges oder über Lebensmittel zur Abwendung oder Beseitigung eines Notstandes nicht erfüllt. Frank, *Komm. z. StGB.*¹⁷ S. 715.

⁴ In diesem Sinn spricht das BGB. vom „Fiskus“; besonders deutlich:

unter „Fiskus“ schlechthin der Staat allgemein als Inhaber von privaten oder öffentlichen Vermögensrechten („Steuerfiskus“ usf.) erscheint. Die Einheitlichkeit der Staatspersönlichkeit wird dadurch nicht aufgehoben, selbst nicht durch eine Zerlegung des Fiskus in verschiedene „stationes fisci“. Denn diese bilden lediglich Abteilungen (Kassen) der e i n e n staatlichen Vermögensverwaltung, keine selbständigen Rechtssubjekte.⁵

So oft dagegen der Staat obrigkeitlich, als hoheitliche, herrschaftliche Macht Verwaltungsgeschäfte besorgt, ist das Privatrecht unanwendbar. Dann liegt ein Verhältnis zwischen ungleichartigen Rechtssubjekten vor, das eines besonderen Rechts, des ö f f e n t l i c h e n R e c h t s, bedarf.⁶ Dessen sichtbarste Merkmale bilden

BGB. § 89. Hatschek, Die rechtliche Stellung des Fiskus im BGB. (VerwArch. 7, S. 424). Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 60. O. Mayer, DVR.³ I S. 118 f. W. Jellinek, S. 19, 23 f. Friedrichs, PrVbl. 41, 489 u. 514.

⁵ O. Mayer I³ S. 118. Gierke, Deutsches Privatrecht, I. § 61. Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, I³ S. 221. Richter, Der Reichsfiskus, 1908 (Abhandlungen aus dem Staats- und Völkerrecht, herausgegeben von Zorn und Stier-Somlo, IV 3). „Postfiscus“, „Marinefiscus“, „Stromfiscus“ sind mißbräuchliche Redewendungen; sie bezeichnen stationes fisci. Hatschek, WStVR.³, I 803, Art. „Fiscus“. Stier-Somlo, Art. „Fiscus“ HWR. II 449 (und dort zitierte Literatur). W. Jellinek, 19, 23 f., 178. RGerZ. 17. Sept. 1927 (JW. 1927, 2848): Rechtsgeschäfte zwischen stationes fisci haben nur rechnungsmäßige Bedeutung.

⁶ Die Darstellung im Texte hält an dem Gegensatz von öffentlichem Recht und Privatrecht fest. Dieser Dualismus ist historisch entstanden, er setzt insbesondere die Notwendigkeit eines auf die Bedürfnisse der öffentlichen Verwaltung zugeschnittenen öffentlichen Rechts voraus. Ich halte somit an dieser Grundauffassung fest — namentlich gegen Weyer, Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems (ArchöffR. 23, 529) und gegen Kelsen, Zur Lehre vom öff. Rechtsgeschäft (ebenda 31 S. 53 und 190). Im Sinne der Wiener Schule auch Merk l, Allg. VerwR. S. 31, 80. Kelsen hat diesen Gegensatz neuerdings mit Energie gelehrt und ihn als einen verhängnisvollen „Einbruch der Politik in die Rechtslehre“ zurückgewiesen. S. z. B. Kelsen, Allg. Staatslehre, 1925, S. 80—91, und die daselbst S. 388—390 zitierte Literatur pro und contra. Kelsen übersieht, daß für die Erledigung der wichtigsten seiner Geschäfte der Staat sich in der Tat eines „mehrwertigen“ Mittels bedienen muß, des obrigkeitlichen Befehls und Zwangs. Deren Handhabung wird durch ein besonderes Recht, das öffentliche Recht, geregelt. Die nähere Erörterung dieser Auffassung kann in diesem Zusammenhang nicht gegeben werden. Vgl. über die Entwicklung des Gegensatzes und die Zusammenstellung der Autoren, die ein öffentliches Recht anerkennen in dem Art. „Oeffentl. Recht“ von Koellreutter, HWR.

der einseitige Befehl und die hinter diesem stehende Zwangsgewalt. Man denke an die Art der Steuererhebung, der militärischen Aushebung unter dem alten System der allgemeinen Wehrpflicht, der Handhabung der Polizeigewalt u. a. m. Das öffentliche Recht stellt somit die Summe aller Rechtsvorschriften für die Regelung der herrschaftlichen Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Bürger dar.⁷ Es setzt ungleichartige Parteien voraus. Eine Ausnahme findet sich bei den sog. öffentlich-rechtlichen Gesamtverhältnissen.⁸ Eine öffentliche Leistungspflicht (Wegeunterhaltung, Errichtung einer Schule usf.) kann einer Mehrheit von (physischen oder juristischen) Personen auferlegt sein, in der Weise, daß die Leistung von ihnen gemeinsam zu erfüllen ist (vgl. unten § 26). Dadurch entsteht ein Rechtsverhältnis auch unter den Mitverpflichteten. Da jede Teilpflicht ein Stück der gemeinsamen öffentlich-rechtlichen Pflicht bildet, so bleiben auch die Beziehungen zwischen den Mitverpflichteten dem öffentlichen Rechte unterstellt.⁹

Die Abgrenzung des öffentlichen Rechts gegenüber dem Zivilrecht bereitet Schwierigkeiten. Im Laufe der historischen Entwicklung haben sich in Deutschland die Anschauungen über die Natur zahlreicher Rechtsverhältnisse gewandelt. Da jedoch dieser Umbildungsprozeß in den verschiedenen Staaten nicht in einem einheitlichen Tempo vor sich gegangen ist, so ist möglich geworden, daß in der Gegenwart ein und dasselbe Rechtsverhältnis in dem einen Staat noch vom Privatrecht beherrscht wird, während sich in dem andern Staat eine öffentlich-rechtliche Auffassung Bahn gebrochen hat.¹⁰ Bei der Entscheidung darüber, ob ein Rechtsver-

IV 265. Stier-Somlo, I 1—25 und „Die Einwirkung des bürgerlichen Rechts auf das preuß.-deutsche VerwR.“, 1900, § 3. Holliger, Kriterium des Gegensatzes zwischen Privatrecht und öff. Recht, S. 11 f. Friedrichs, Verwaltungsrechtspflege, I (1920) S. 258 f. Schenk, Die Abgrenzung des öffentlichen u. d. privaten Rechts (Oest. ZöfR. I 63 f.). Dyrhoff, Bayer. Verwaltungsgerichtsgesetz⁶, 1925, S. 490 f. Erwin Jacobi, Grundlehren d. Arbeitsrechts, 1927, S. 377 f.

⁷ Laband, Staatsrecht, III⁵ S. 381. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I § 11.

⁸ Otto Mayer I, 1. Aufl., S. 107.

⁹ Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 161, 235. A p e l t, Der verwaltungsrechtl. Vertrag 1920, S. 134 f. — Praxis d. schweiz. Bundesgerichtes, XVI Nr. 13 (Urt. v. 21. Dez. 1926).

¹⁰ Man denke z. B. an die Rückerstattung unrechtmäßig erhobener Steuern. Das EG. zum BGB. Art. 104 hat die Materie dem Landesrecht überlassen. Für den einen Landesgesetzgeber kann nun die Erwägung maßgebend

hältnis dem Privatrechte oder dem öffentlichen Rechte untersteht, ist von folgenden Grundsätzen auszugehen.

Vor allem ist der Text der Gesetze zu Rate zu ziehen. Sobald das Gesetz selbst ein Rechtsverhältnis zu einem öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen gestempelt hat, ist die Streitfrage entschieden. Im Deutschen Reich ist hierfür in erster Linie maßgebend das Reichsrecht. Dieses hat für ganze Verwaltungszweige (Gewerberecht, Arbeiterversicherungsrecht usw.) besondere Normen öffentlich-rechtlicher Natur ausgebildet. Andererseits hat es die im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Beziehungen als privatrechtliche Verhältnisse charakterisiert.¹¹ Derselbe Vorgang wiederholt sich im Landesrecht. Es sei insbesondere daran erinnert, daß das Bürgerliche Gesetzbuch zahlreiche Materien, — insbesondere solche, bei denen die Grenzen zwischen Privatrecht und öffentlichem Rechte flüchtig sind — dem Landesrecht vorbehalten (EG. zum BGB. Art. 56—152) und diesem damit freie Hand gelassen hat, sie nach seinem Belieben öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich auszugestalten.

Dieser Rahmen bleibt jedoch häufig unausgefüllt, entweder weil die vorhandenen Vorschriften eine ausdrückliche Zuweisung eines Rechtsverhältnisses an das eine oder andere Rechtsgebiet nicht ent-

sein, die Klage auf Rückerstattung zu viel bezahlter Steuern ziele darauf ab, den Umfang der Steuerpflicht feststellen zu lassen; die Rückerstattung sei selbstverständliche Folge, sobald ausgesprochen werde, in concreto habe eine Steuerpflicht in dem vom Staate behaupteten Umfange nicht bestanden. Behandelt der Gesetzgeber das Verhältnis unter diesem, m. E. richtigen, Gesichtspunkt, so gehört es dem öffentlichen (Steuer-) Recht an. — Geht man dagegen von der Annahme aus, der zu viel bezahlte Betrag sei kein Steuergeld, weil keine Steuerpflicht bestanden habe, so erscheint die Rückforderung als eine zivilrechtliche *condictio indebiti*. Das Bedenken nach dem Umfang der Steuerpflicht wird in diesem Fall lediglich als eine öffentlich-rechtliche Frage aufgefaßt, über die der für die Hauptsache zuständige Zivilrichter nach bekannten Grundsätzen (oben S. 20) erkennen darf. Vgl. über die ganze Frage Lassar, Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht, 1921. W. Merck, Steuerschuldrecht, 1926, S. 157. Für den Geltungsbereich der RAO. ist heute maßgebend RAO. § 227, demzufolge der Rechtsweg auch für die Rückforderung bezahlter Steuern ausgeschlossen ist. Vgl. auch RAO. § 127. W. Jellinek, S. 49.

¹¹ Z. B.: Die Schadenersatzpflicht des Beamten bei Verletzung seiner Dienstpflicht (BGB. § 839). RVerf. Art. 131. Ferner: Die Hypothek zur Sicherung einer öffentlich-rechtlichen Forderung kann nur als zivilrechtliche Sicherungshypothek eingetragen werden (EG. zum BGB. Art. 91) u. a. m.

halten,¹² oder weil gesetzliche Bestimmungen für ein Rechtsverhältnis überhaupt fehlen.¹³ Dann entsteht zwischen den durch feste juristische Grenzpfähle abgesteckten Gebieten ein Bereich, in dem Privatrecht und öffentliches Recht um die Herrschaft kämpfen. In solchen Fällen hat die Wissenschaft das Schiedsrichteramt zu übernehmen und mit ihren Mitteln zu ergründen, ob ein umstrittenes Rechtsverhältnis dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht angehört.

Man hat versucht, für dieses *judicium finium regundorum* eine feste Formel zu gewinnen. Unter dem Einfluß privatrechtlicher Anschauungen hat eine in Doktrin und Praxis weit verbreitete Meinung bis in die Gegenwart hinein den Satz verfochten, gewisse juristische Merkmale eines Rechtsverhältnisses wiesen ohne weiteres auf dessen privatrechtliche Natur hin. Dem Privatrecht unterständen 1. alle Rechtsverhältnisse vermögensrechtlichen Inhalts, ferner 2. alle durch „Privatrechtstitel“ (Vertrag, *Condictio*, *negotiorum gestio* usf.) begründeten Rechtsverhältnisse und endlich 3. die Rechtsverhältnisse, für deren Beurteilung die Zivilgerichte zuständig seien. Allein diese Theorie ist abzulehnen. Unwesentlich für die Natur eines Rechtsverhältnisses ist der Vermögenswert: denn, wie die auf die Steuergesetze oder die Arbeiterversicherungsgesetze gegründeten finanziellen Ansprüche und Pflichten zeigen, deckt sich das Privatrecht nicht mit dem Vermögensrecht. Unwesentlich ist ferner der Rechtstitel: denn, wie noch näher zu begründen sein wird, sind Vertrag, *Condictio* usf. Formen, die in allen Teilen des Rechtssystems ihre Verwendung finden; sie sind nicht auf das Privatrecht beschränkt.¹⁴ Unwesentlich ist endlich die Zuweisung einer Streitsache an die Zivilgerichte: denn den Zivilgerichten kann Gerichtsbarkeit auch in Streitigkeiten des öffentlichen Rechtes zustehen (oben S. 15). Auf diese äußerlichen Merkmale kommt es nicht an. Entscheidend ist einzig die innere Natur des Rechtsver-

¹² Beispiel: Ein Gesetz beschränkt sich auf die Vorschrift: irrtümlich zu viel bezahlte Steuern können binnen 5 Jahren zurückgefordert werden.

¹³ Beispiel: Eine Ortsstraße wird verlegt; den Straßenanliegern erwächst ein Vermögensschaden, — oder zwischen Expropriant und Expropriat wird nach Einleitung des Expropriationsverfahrens ein Vertrag abgeschlossen, der die abzutretenden Parzellen und die dafür zu entrichtenden Entschädigungssummen bestimmt. Für beide Fälle fehlen in dem betreffenden Staate gesetzliche Bestimmungen.

¹⁴ T e z n e r, Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht (ArchöfR. 9, 325 ff., 489 ff.).

hältnisses. Diese aber bestimmt sich allein darnach, ob in dem konkreten Rechtsverhältnis zwischen Bürger und öffentlicher Verwaltung der Staat (die Gemeinde) als Träger obrigkeitlicher Macht erscheint, m. a. W. ob er darin dem Untertan als eine *potentior persona* gegenübertritt, oder ob er in Rechten und Pflichten dem Bürger wie ein gleichgeordneter Privatmann gegenübersteht (z. B. bei der Instandhaltung öffentlicher Gebäude, Straßen usw.). Dabei ist jedoch zu beachten, daß der Staat nicht bloß bei Ausübung der Befehls- und Zwangsgewalt (Finanzgewalt, Polizeigewalt, Militärhoheit usw.) obrigkeitlich, herrschaftlich handelt, sondern auch in den Fällen, in denen er kraft gesetzlicher Anordnung dem Bürger Schutz und Fürsorge angedeihen läßt (freiwillige Gerichtsbarkeit, Vormundschaft, Armenpflege und obrigkeitliche Fürsorge überhaupt u. a. m.)¹⁵. Hier zeigen sich die Kennzeichen hoheitlichen Handelns in der Einseitigkeit und der gesteigerten Glaubwürdigkeit der Rechtsakte und ferner darin, daß zu deren Durchführung als ultima ratio der staatliche Zwang bereit steht. Es ist darum genau zu prüfen, wie sich ein Rechtsverhältnis geschichtlich entwickelt hat und ob es sich organisch einem Institute des Privatrechts oder des öffentlichen Rechtes einfügt oder angliedert. Dies ist namentlich auch festzuhalten in den Fällen, in denen aus einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis vermögensrechtliche Ansprüche Privater entspringen. Es sei z. B. hingewiesen auf den Gehaltsanspruch des Beamten oder auf die Entschädigungsforderung des Expropriaten. Eine verbreitete Theorie erblickt darin rein privatrechtliche Ansprüche, weil diese im individuellen Interesse, d. h. im Interesse bestimmter Privatpersonen begründet worden seien. Allein die „Interessentheorie“ löst die Frage nicht; sie bietet keine feste juristische Grundlage. Entscheidend ist allein, durch welche juristischen Mittel der Staat seine Aufgaben erfüllt. Wenn er die Zwecke einer öffentlichen Einrichtung (Beamtenverhältnis, Enteignung um des öffentlichen Wohles willen, Arbeiterversicherung usw.) durch Verwendung staatlicher Herrschaft (*imperium*) zu erreichen unternimmt, so bleibt auch der aus einem solchen Rechtsverhältnisse entspringende Anspruch des Privaten gegen den Staat dem öffentlichen Rechte unterworfen.

¹⁵ v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I S. 624 ff. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 797. Reger-Dyhoff, Bayrisches Verwaltungsgerichtsgesetz, 6. Aufl., 1925, S. 230. RGerZ. Bd. 55, S. 365; Bd. 56, S. 25, 88; Bd. 107, S. 403. Stein-Jonas, ZPO.¹⁴, I S. 10.

Ob ein bestimmtes Rechtsverhältnis der Herrschaft des öffentlichen Rechtes untersteht, ist ausschließlich an Hand der geltenden Rechtsnormen zu bestimmen — unbekümmert darum, ob das Recht, unter dem es entstanden ist, von der heutigen Rechtsauffassung abweicht.¹⁶ Der Lebende hat recht. Aus den oben S. 33 dargelegten historischen Gründen sind jedoch die im Polizeistaat auf Grund der Guts- oder Grundherrlichkeit, der Regalität usf. als Privatrechte begründeten, individuellen Befugnisse auf Ausübung eines Gewerbebetriebes, auf Wassernutzung, auf einen Kirchenstuhl u. dgl.¹⁷ auch in der Gegenwart als private Rechtsame anerkannt geblieben und stehen unter dem Schutz der Eigentums-garantie.¹⁸ Der Gesetzgeber hat es jedoch in der Hand, solche alte Rechtsame in öffentliche Rechtsverhältnisse, aber mit unverändertem Inhalt, umzuwandeln, falls dieser mit dem neuen Gesetze vereinbar ist. Widerspricht aber eine alte Rechtsame dem neuen öffentlichen Recht, so ist sie — gemäß den Grundsätzen über die öffentlich-rechtliche Entschädigung (unter § 18) abzulösen.¹⁹

¹⁶ Stein-Jonas, ZPO.¹⁴, I S. 5, Anm. 29 und dortige Zitate.

¹⁷ Andreas Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts, I S. 336 ff., 363. Gierke, Deutsches Privatrecht, II S. 15, 84, 400, 620. R. Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts², 1913, S. 241 f. Schmid, Ueber dingliche Gewerberechte (ArchivPraxis Bd. 44).

¹⁸ Gierke, Deutsches Privatrecht, I S. 192. Beispiele: 1. Das sog. radizierte Realgewerberecht, d. h. das mit einem Gebäude (als Bestandteil im Sinne des § 96 BGB.) verbundene Recht zum Betriebe der Schankwirtschaft (dingliches Wirtschaftsrecht) oder zum Betrieb einer Apotheke (Apothekenprivileg) oder zum Betriebe des Abdecker-gewerbes. Die Fortexistenz bestehender Realgewerberechte anerkennt die RGewO., § 10, Abs. 2: „Realgewerberechtigungen dürfen fortan nicht mehr begründet werden.“ Vgl. ferner § 48 leg. cit. Landmann-Rohmer, GewO. I⁸ S. 152. Von den 200 Apotheken Württembergs werden 197 auf Grund von realen „Apothekenprivilegien“ betrieben. Der württembergische Kompetenzgerichtshof erblickt, jedoch zu Unrecht, in derartigen Rechtsamen öffentliche Rechtsverhältnisse; Urteil v. 26. Februar 1913 (DJZ. 18, 815). Apothekengerechtigkeit als Zubehör eines Grundstückes: PrOVG. 57, S. 122. PrVBl. 45, 59. Ueber das Abdeckerprivileg (Anstalten zum Töten der Tiere und zur Beseitigung und Verwertung der Tierleichen): Luppe, Art. „Abdecker“ HWR. I 3. Ueber die alten Realrechte in der Schweiz („Ehehafte“): Eugen Huber, Schweiz. Privatrecht, IV S. 686. — 2. Schiffsmühlen-, Fischerei-, Fuhr- und Flößereigerechtigkeiten. Gierke, Deutsches Privatrecht, II S. 621. Vgl. z. B. Bayerisches Wassergesetz vom 23. März 1907, Art. 207. Preussisches Wassergesetz vom 7. April 1913, §§ 379, 382.

¹⁹ Den ersten Weg hat das Württembergische Wassergesetz vom 1. Dez. 1900, Art. 1, Abs. 3, gewählt: „Wohlerworbene Rechte Einzelner an diesen

2. Wenn in dem soeben dargestellten *judicium finium regundorum* ein Rechtsverhältnis dem Privatrecht zugeschrieben worden ist, so bereitet die *Findung der maßgebenden Rechtsvorschriften* in der Regel keine Schwierigkeiten. Denn das Zivilrecht hat im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich und den ergänzenden Reichs- und Landesgesetzen die eingehendste Ausgestaltung erfahren. Der Richter, der ein Rechtsverhältnis als ein privatrechtliches charakterisiert, befindet sich somit in der günstigen Lage, ein ihm vertrautes Recht anwenden zu können.

Erscheint dagegen ein Rechtsverhältnis als eine Beziehung öffentlich-rechtlicher Natur, so wird die Auffindung der anzuwendenden Rechtssätze schwierig, wenn eine Spezialvorschrift für dieses Rechtsverhältnis fehlt.²⁰ Hier zeigt sich die formale Unvollkommenheit des öffentlichen Rechts gegenüber dem Zivilrecht. Es gibt in keinem deutschen Staate eine umfassende Kodifikation des für die Verwaltung geltenden öffentlichen Rechts. Die Normen sind in Einzelgesetzen zerstreut, die sich rein äußerlich an die verschiedenen Verwaltungszweige oder an gewisse wirtschaftliche Tatbestände (z. B. an die Arbeitskraft) anschließen. Die Wissenschaft hat

Gewässern, mögen sie auf dem öffentlichen oder auf dem Privatrecht beruhen, bleiben . . . als dem öffentlichen Rechte angehörende Nutzungsrechte im Sinne dieses Gesetzes mit unverändertem Inhalt bestehen. Ihre Ausübung unterliegt den Vorschriften dieses Gesetzes.“ Uebereinstimmend das Badische Wassergesetz (Fassung v. 12. April 1913) § 113. Der zweite Weg (Ablösung) ist in der Reichsgewerbeordnung § 8 vorgesehen: die alten gewerberechtlichen Zwangs- und Bannrechte unterliegen der Ablösung gegen Schadenersatz, soweit das Gesetz sie nicht entschädigungslos aufgehoben hat. Stier-Somlo, Art. „Privilegia“ HWR. IV 589. Landmann-Rohmer, GewO. I⁸ S. 146. Ueber die (von einzelnen kantonalen Gesetzen verfügte) Ablösung der alten dinglichen Wirtschaftsrechte in der Schweiz: Scholtenberger, Art. „Ehehaften“ in Reichesbergs HWB. der Schweiz. Volkswirtschaft, I (1903) S. 836; ferner die in der Zeitschrift für Schweiz. Recht, neue Folge, II S. 382, Nr. 51 a—51 d verzeichneten Rechtsgutachten. Curti, Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts in abgekürzter Fassung, I Nr. 1522, 1529, 1556; II Nr. 3222—3224.

²⁰ Anders, wenn durch die öffentlich-rechtliche Charakterisierung das Rechtsverhältnis einem bereits bekannten, rechtlich geordneten Institute zugewiesen wird. Beispiel: Eine Gemeinde kauft eine private Wasserversorgungsanlage. Sie gestaltet sie im Laufe der Jahre zu einer öffentlich-rechtlichen Anstalt, zu einem Bestandteil ihres Verwaltungsapparats aus (vgl. unten § 19). Demgemäß muß nunmehr der früher privatrechtliche Entgelt für die Benutzung der Anstalt als Gebühr behandelt werden. Es finden darauf ohne weiteres die Vorschriften über die öffentlichen Abgaben Anwendung.

einzelne dieser Materien zu selbständigen Spezialdisziplinen erhoben und ihnen dadurch eine vertiefte wissenschaftliche Betrachtung verschafft. Es sei erinnert an das Recht der Sozialversicherung und der sozialen Fürsorge überhaupt,²¹ an das Steuerrecht und neuerdings an das Arbeitsrecht; dieses faßt die privatrechtlichen und die öffentlich-rechtlichen Vorschriften, welche über Verwendung und Schutz der Arbeitskraft erlassen worden sind, zu einer Einheit zusammen.²² Aber keines der Verwaltungsgesetze stellt durchgreifende, das ganze Verwaltungsrecht beherrschende Rechtsgrundsätze auf.²³ Der Verwaltungsgesetzgebung fehlt der Allgemeine Teil. Sind daher Rechtsvorschriften für ein konkretes Verhältnis öffentlich-rechtlicher Natur weder in der Gesetzgebung, noch im Gewohnheitsrecht vorhanden, so müssen sie von der Wissenschaft zutage gefördert werden.

In einem solchen Fall ist zunächst zu ermitteln, ob das Rechts-

²¹ RVerf. Art. 161: „Zur Erhaltung der Gesundheit und Arbeitsfähigkeit, zum Schutz der Mutterschaft und zur Vorsorge gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Schwäche und Wechselfällen des Lebens schafft das Reich ein umfassendes Versicherungswesen unter maßgebender Mitwirkung der Versicherten“. Cahn, D. soz. Versicherung d. Deutschen Reichs, 1923. Stier-Somlo, RVO.², 1922, und Nachtrag 1923. Kaskel, Jahrböf. R. 10 (1921), 55. Giese, Komm.⁷ Zu Art. 161. RVerf. Art. 163 Abs. 2. Stier-Somlo, Art. „Erwerbslosenfürsorge“ im HWR. II 346.

²² RVerf. Art. 157: „Die Arbeitskraft steht unter dem besonderen Schutz des Reiches.“ Dazu die Kommentare von Anschütz und von Giese. Kaskel, Arbeitsrecht², 1928 (Enzykl. d. Rechts- u. Staatswissenschaft hrsg. v. Kohlrusch u. Kaskel XXVIII). Weitere Literatur bei Stier-Somlo, I 458 f. und Giese, Komm. zu Art. 157.

²³ Man hat von der einen Seite von „eigengesetzlicher Begriffsbildung“ des modernen Steuerrechts gesprochen (Hensel), andererseits den allgemeinen Grundsätzen der RAO. den Charakter allgemeingültiger Normen des Verwaltungsrechtes beilegen wollen. Vgl. hierüber die Veröffentlichungen d. Vereinigung d. Deutschen Staatsrechtslehrer (Tagung zu Münster i. W., 29. bis 30. März 1926, Heft 3). Beide Behauptungen gehen m. E. zu weit, wie treffend Bühler, a. a. O. 102 f., ausgeführt hat. Soweit im deutschen Verwaltungsrecht gewisse allgemeine Grundsätze nachgewiesen werden können, sind diese auch im Steuerrecht erkennbar, und die RAO. bringt lediglich deren gesetzliche Anerkennung für einen bestimmten Rechtsteil. Aber eines ist zuzugeben: nur das vertiefte Studium der einzelnen Verwaltungszweige vermag einen Aufschluß darüber zu geben, ob und wie weit die einzelnen positiven Vorschriften den Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken enthalten, oder ob es sich um Spezialbestimmungen für die einzelne Materie handelt. Wir müssen in der Wissenschaft auch hier von der besonderen Regelung der einzelnen Materien zum Allgemeinen aufzusteigen versuchen.

verhältnis nicht einem Rechtsinstitute angehört, das auf einer früheren Stufe der Rechtsentwicklung dem Privatrecht zugezählt wurde, aber nach der Anschauung der Gegenwart unter dem öffentlichen Rechte steht. Trifft dies zu, so ist möglich, entweder, daß das alte Gesetz auch auf dem neuen Rechtsboden inhaltlich weiter gilt, aber in öffentlich-rechtlicher Umprägung,²⁴ oder daß auf dem neuen Rechtsboden eine Gewohnheit den Inhalt des aufgehobenen Zivilrechtssatzes festgehalten und zu einem Gewohnheitsrechtssatz öffentlichen Rechtes umgebildet hat. So steht — um nur e i n Beispiel anzuführen — dem Beamten wegen der vom Gesetzgeber während seiner Amtsdauer verfügten Gehaltsverkürzung ein im öffentlichen Rechte begründeter Schadenersatzanspruch zu kraft eines Satzes, der aus der Periode stammt, in der das Beamtenverhältnis unter den Normen des Dienstvertrages gestanden hat.²⁵ Man wende nicht ein, in solchen Fällen werde das fragliche Rechtsverhältnis lediglich mit einer neuen Etikette versehen, während im übrigen alles beim Alten bleibe. Die Versetzung in das öffentliche Recht wird in der Folge nach allen Seiten wirksam; sie erlangt Bedeutung für den Gerichtsstand, die Verjährung, die Exekution u. a. m.

Diese Erscheinungen sind jedoch singulärer Natur. In den meisten Fällen bleibt nichts übrig, als beim Schweigen des Gesetzes auf den Grundsatz zurückzugreifen, daß jedes Rechtssystem aus

²⁴ Der Bayr. Verwaltungsgerichtshof hat in zwei Urteilen (vom 31. Okt. 1902 und 15. Nov. 1905) ausgesprochen, daß, entgegen der früheren Praxis, heute die Normen über die Kirchenbaulast dem öffentlichen Rechte zuzuzählen sind und daß daher Streitigkeiten über Leistungen für den Kirchenbau vor die Verwaltungsgerichte gehören. In dem Gebiete Bayerns, in dem vor dem 1. Januar 1900 das Allg. Preuß. Landrecht gegolten hat, seien daher gemäß EG. zum BGB., Art. 132, die alten preußischen Vorschriften über die kirchliche Baulast (APLR., II, 11, §§ 699 ff.) in Geltung geblieben. Smlg. von Entscheidungen des Bayr. VerwGerH. 24, S. 225; 27, S. 29.

²⁵ Otto Mayer, II 208. — Der im Texte entwickelte Satz hat in der RVerf. Art. 129 IV („Unverletzlichkeit der wohlerworbenen Rechte“ der Beamten) seine ausdrückliche Anerkennung gefunden. Er gilt, auch ohne daß ihn das Gesetz ausdrücklich ausspricht, ebenso in der Schweiz. Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts 16 (1890) S. 435 ff. — Den Uebergang von der privatrechtlichen zur öffentlich-rechtlichen Beurteilung des Beamtenverhältnisses bezeichnet die Schrift von Perthes, Ueber den Staatsdienst in Preußen, 1838. Giacometti, Ueber die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweiz. Bundesgerichts, 1924.

sich selbst zu ergänzen ist, und daß demgemäß eine vermeintliche Lücke im Systeme des öffentlichen Rechts nicht durch Heranziehung privatrechtlicher Bestimmungen im Wege der Analogie ergänzt werden darf,²⁶ sondern durch Vorschriften auszufüllen ist, die dem Gedankenkreise des öffentlichen Rechtes entstammen. Um diese ungeschriebenen Sätze des öffentlichen Rechts zu ergründen, muß man sich daran erinnern, daß jedes Recht unausgesprochene Rechtsgedanken in sich birgt.²⁷ Sie treten zunächst nicht in das Bewußtsein des Gesetzgebers, weil sein Blick naturnotwendig nur auf das bereits Gewordene, nicht auch auf das Schlummernde, nur auf das praktisch unmittelbar Anwendbare, und nicht auch auf das abstrakt Mögliche gerichtet ist. Ein neuer Rechtssatz, der uns im Gesetze oder dem Gewohnheitsrechte entgegentritt, bringt deshalb regelmäßig nur die eine — unmittelbar verwertbare — Seite eines hinter im stehenden allgemeinen Rechtsgedankens zum Ausdruck. Wenn aber das

²⁶ O. M a y e r , I 117. — Andrer Ansicht d. h. für eine Lückenausfüllung durch privatrechtliche Analogie: D r o n k e , Die Anwendung des BGB.s auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse (Z. f. Zollverwaltung XI 165). F r i e d r i c h s , Arch. f. bürg. Recht 42, 28. H. M e i e r , Die Anwendung privatrechtlicher Normen im Verwaltungsrecht (ArchöfR. N. F. 11, 230 und dort zitierte Literatur). M a l l a c h o n , Aufrechenbarkeit (VerwArch. 28, 279). — Eine andere juristische Erscheinung liegt vor, wenn der Gesetzgeber durch sog. Verweisung ausdrücklich anordnet, daß einzelne privatrechtliche Vorschriften oder ganze Büschel von solchen auf öffentlich-rechtliche Tatbestände zur Anwendung gebracht werden sollen. Vgl. z. B. RAO. §§ 64, 83, 95 u. a. m. Dann gelten diese inhaltlich dem BGB. entnommenen Bestimmungen als öffentlich-rechtliche Vorschriften. H. M e i e r , a. a. O. 237.

²⁷ Ich teile vollkommen die Ansicht, die H e l l w i g , Deutsches Zivilprozeßrecht, II S. 163 ff. in ausgezeichneter Erörterung entwickelt hat. Was Hellwig für das Privatrecht und das Prozeßrecht ausführt, gilt auch für das Verwaltungsrecht. Die verschiedenen Methoden der Rechtsgewinnung erörtert Ph. H e c k , Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912, S. 7—12. S. ferner E. J. B e k k e r , Grundbegriffe des Rechts und Mißgriffe der Gesetzgebung, 1910, S. 174 ff., A. M a n i g k , Art. „Formalismus und Freirechtsschule“ im IWR. II 474 Manigk weist (Art. „Auslegung“ HWR. I 434) zutreffend darauf hin, daß die Grenzen der Auslegung und der Rechtsfindung flüchtig sind. So hat das Reichsgericht unter Hinweis auf die Grundsätze von „Treu und Glauben“ und auf die „clausula rebus sic stantibus“ zunächst den Satz zur Geltung gebracht, daß infolge des Währungszerfalls die Norm „Mark gleich Mark“ nicht mehr gelte (z. B. RGerZ. 103, 329) — eine Auffassung, die dann zur Aufwertungsgesetzgebung geführt hat. M i c h a e l i s , Art. „Aufwertung“ IWR. I 392. W. J e l l i n e k , 207, 222 f. Vgl. auch W. J e l l i n e k , Schöpferische Rech. swissenschaft, Kieler Rektoratsrede 1928.

nie rastende Getriebe des Lebens neue Gestaltungen gebiert, die rechtlicher Regelung harren, so sieht sich die Wissenschaft vor die Aufgabe gestellt, aus den geltenden Rechtsvorschriften das Zufällige, durch wechselnde Tatumstände Bedingte auszuscheiden, um so den allgemeinen Rechtsgedanken herauszuschälen, der jedem neuen Lebensverhältnisse sein Recht weist. Um dies Ziel zu erreichen, ist in jedem neuen Fall zunächst durch eine richtige Fragestellung festzustellen, in welchen juristischen Zusammenhang das betreffende Rechtsverhältnis hineingehört. Wenn z. B. der Eigentümer eines Gartens durch verirrte Kugeln, die von einem neu errichteten Militärschießplatz aus auf sein Grundstück hinüberfliegen, in seiner Sicherheit bedroht wird, so ist die Rechtsfrage dahin zu fassen:²⁸ kann sich der Eigentümer durch eine privatrechtliche Klage (*actio negatoria*) gegen die rechtmäßige Ausübung eines militärischen Hoheitsrechtes wehren? Wenn nicht, kann er sich auf einen Satz des öffentlichen Rechtes berufen, der dem durch eine rechtmäßige Ausübung der öffentlichen Gewalt geschädigten Privaten Schadenersatz zuspricht? Ist in dieser Weise dem Rechtsverhältnis seine Stelle neben bekannten, juristisch gleichartigen Beziehungen zugewiesen, so gilt es nunmehr, die maßgebenden Normen zu finden. Die Untersuchung hat daher zu ergründen, ob aus den für die bereits bekannten Erscheinungen geltenden Spezialbestimmungen ein Obersatz abzuleiten ist, unter den auch das neue Verhältnis fällt. In dem erwähnten Beispiel wird somit zu erforschen sein, ob in den Normen, in denen der rechtmäßig handelnde Staat dem Privaten für Eingriffe in sein Vermögen Ersatz gewährt (*Expropriation* usw.), ein allgemeiner Rechtsgrundsatz in die Erscheinung tritt, oder ob umgekehrt die Schadenersatzpflicht nur besteht, weil das Gesetz sie ausdrücklich vorgesehen hat; ebenso ist bei der Beurteilung der ersten Frage (Einstellung der Schießübungen) zu ergründen, ob der einzelne Bürger mit privatrechtlichen Schutzmitteln den Staat an der Betätigung seiner Hoheitsrechte zu hindern vermag.²⁹

Bei diesem Zurückgehen auf die letzten Gründe der Rechtsätze und bei dem Zu-Ende-Denken bestimmter Rechtsgedanken erweist es sich, daß eine Reihe von Rechtsinstituten und rechtlichen Formen dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht gemeinsam

²⁸ A n s c h ü t z , VerwArch. 5, 95.

²⁹ Ueber die Beantwortung der ersten Frage (Schadenersatzpflicht) vgl. unten § 18; über die zweite Frage (*Actio negatoria*) vgl. unten § 19.

sind.³⁰ Dies trifft namentlich zu für die Verjährung, ferner für die zur Begründung subjektiver Rechte geeigneten Rechtstitel: Vertrag, negotiorum gestio, condictio usw.³¹ Es ist richtig, daß diese Formen zunächst auf dem Boden des Privatrechts ihre Verwendung und Ausbildung gefunden haben. Allein daraus darf nicht auf eine ihnen inwohnende privatrechtliche Natur geschlossen werden. Wie der der Verjährung zugrunde liegende Gedanke in allen Rechtsteilen wirksam ist,³² so dienen die erwähnten Rechtstitel dazu, subjektive Rechte überhaupt zu begründen. Mit der Anerkennung subjektiver öffentlicher Rechte sind deshalb auch diese Formen im Gebiete des öffentlichen Rechts verwendbar geworden.

Mit den vorstehenden Bemerkungen sind jedoch lediglich Richtlinien gezeichnet. Die juristisch bedeutungsvollen Momente in den

³⁰ Vgl. darüber die eingehenden Erörterungen bei Göz, Verwaltungspflege in Württemberg, S. 118—164. Friedrichs, Der allg. Teil des Rechts, Annalen des Deutschen Reichs 1917, 385: „Die gemeinsamen Begriffe und Lehren sind diejenigen, welche notwendig in jedem Rechtszweige gelten und überall, nicht wie Bestandteile eines fremden Rechtszweiges, sondern wie eigenes Gut angewendet werden müssen“ (425). RGerZ. 107, S. 189 f.: „Vorschriften des privaten Rechts können auf das Beamtenverhältnis auch keine entsprechende Anwendung finden. Sie lassen sich nur insofern dafür verwerten, als sie einen allgemeinen Rechtsgedanken zum Ausdruck bringen, der für das öffentliche Recht gleichfalls gilt und der deshalb in Ausfüllung einer Lücke des positiven Rechts als ein Bestandteil des öffentlichen Beamtenrechts anzuerkennen ist . . .“ Vgl. ferner Pr. OVG. 22. März 1927 (JW. 1927, 2166 und 2732). Auch der in der „Aufwertungsgesetzgebung“ niedergelegte Gedanke, daß nach dem deutschen Währungserfall nicht mehr Mark gleich Mark sei, sondern daß auf die innere Kaufkraft der Mark abgestellt werden müsse, ist der Ausdruck einer allgemeinen Rechtsüberzeugung, die daher über den ursprünglich privatrechtlichen Bereich hinaus auch im öffentlichen Recht Platz zu greifen hat. Das Hamburg. VG. v. 14. Juni 1926 (JW. 1927, 2948) rechtfertigt dies zutreffend mit dem Grundsatz von Treu und Glauben. Ueber die ganze Aufwertungsfrage: W. Jellinek 222 f. — Gegen die Auffassung, es gebe solche dem öffentlichen und dem Privatrechte gemeinsamen Rechtsinstitute: Otto Mayer I³ 117.

³¹ Ueber den Auftrag im öffentlichen Recht: A. Affolter, Das Mandat im öffentlichen Rechte (ArchöfR. 30, 538).

³² Kormann, Die öffentlich-rechtliche Verjährung und Verschweigung in der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts (PrVBl. 33, S. 644) und Annalen des Deutschen Reichs 1912, S. 120 ff. RGerZ. Bd. 78, S. 202. H. Meier, ArchöfR. n. F. 11, 245. Razzi, Rivista per le scienze giuridiche, vol. 61 (1918). Cammeo, La prescrizione nel diritto amministrativo (Giurisprudenza italiana, vol. 74 [1922]).

Vorgängen der Außenwelt richtig zu erkennen und die zutreffenden Rechtsnormen für jedes Verhältnis zu finden und anzuwenden, das muß dem Wirklichkeitssinn und dem juristischen Takt des zur Beurteilung Berufenen überlassen bleiben.

3. Öffentliches Recht und Privatrecht sind durch keine Kluft getrennt. Im Rechtsleben durchdringen und ergänzen sie sich gegenseitig. Es wurde bereits hervorgehoben, in welcher Weise die neuste Gesetzgebung öffentlich-rechtliche Eingriffe in ganze Institute des Privatrechts und insbesondere in die Vertragsfreiheit angeordnet hat.³³ Aber auch hiervon abgesehen kann ein privatrechtliches Verhältnis Voraussetzung für ein öffentlich-rechtliches sein und dadurch öffentlich-rechtliche Wirkungen erzeugen, und umgekehrt.³⁴ Es sei ferner daran erinnert, daß es öffentlich-rechtliche Pflichten gibt, die in privatrechtlichen Formen erfüllt werden müssen.³⁵ Ja,

³³ Ein lehrreiches Beispiel bietet die Mieterschutzgesetzgebung des Reichs von der Mieterschutzverordnung v. 23. Sept. 1918 an bis zum Reichsmietengesetz v. 24. März 1922 und zum Wohnungsmangelgesetz v. 28. Juli 1923. Sie sind durch den Wohnungsmangel und die wirtschaftliche Not veranlaßt worden und schränken den Vermieter in der freien vertraglichen Bestimmung der Höhe des Mietzinses ein; es kann ihm ferner das Recht entzogen werden, über seine Mieträume freihändig zu verfügen. Otto K r i e g, Art. „Mietrecht“ HWR. IV 40 f. und dort zitierte Literatur.

³⁴ Beispiele: a) Die Erbsteuer kann von A. nur erhoben werden, wenn A. gemäß den Vorschriften des BGB. Erbe ist. b) Ob der Hauseigentümer, der das Trottoir bei Winterglätte nicht gereinigt hat, dem verunglückten Passanten schadenersatzpflichtig ist, hängt davon ab, ob nach dem maßgebenden öffentlichen Recht eine Pflicht des Hauseigentümers zur Trottoirreinigung bestand. c) Ob die von einer privaten Versicherungsgesellschaft der Staatsbehörde geleistete Kautio (in Bargeld oder Wertpapieren) zur Konkursmasse dieser Gesellschaft gezogen werden darf, beurteilt sich darnach, ob und wie weit nach öffentlichem Recht eine Herausgabe der Kautio zulässig ist. Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts Bd. 29 (1903), Teil 1, S. 500. Vgl. auch das Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901, § 7, Abs. 2. Ferner betr. die „Theaterkautio“: GewO. § 32 Abs. 2 und dazu L a n d m a n n - R o h m e r I⁸ S. 369 f. H a r t m a n n in der DJZ. 17, 482; 18, 227; rein zivilistisch wird das Verhältnis aufgefaßt von Ludwig G e i g e r, Sicherheitsleistung der Theaterunternehmer (Blätter f. administrative Praxis Bd. 62, S. 20).

³⁵ Beispiele: a) Der Steuerpflicht kann für gewisse Steuern (z. B. Einkommens-, Vermögenssteuer) nur durch Uebereignung von Bargeld genügt werden. W. M e r c k, Steuerschuldrecht, 1926, S. 139. b) Amtskautionen der Beamten — sie spielen heute im wesentlichen eine Rolle nur noch für Kommunalbeamte — werden in der privatrechtlichen Form der Faustpfandbestellung, der Bürgschaft usf., Kautionen für Anliegerbeiträge in der privat-

in ein und demselben Institut sind nicht selten öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Elemente vermengt; so ist z. B. bei den Sachen im Gemeingebrauch zu unterscheiden zwischen dem privatrechtlichen Eigentum und der öffentlich-rechtlichen Benutzung.³⁶ Dieses gegenseitige Sich-Durchdringen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts bildet ein Kennzeichen des deutschen Verwaltungsrechtes im Gegensatz zu dem nach einem einheitlichen Baustil aufgerichteten Verwaltungsrechtssystem Frankreichs. Aber auch in Deutschland ist auf Grund der dargestellten Entwicklung für den verwaltenden Staat das öffentliche Recht die Regel, das Privatrecht die Ausnahme geworden.

4. Mit dem Ausdruck „Verwaltungsrecht“ wird daher in Deutschland, im Gegensatz zu Frankreich, keine besondere Art von Recht bezeichnet. Im weitesten Sinne genommen umfaßt das „Verwaltungsrecht“ alle Rechtsnormen, welche die Tätigkeit der staatlichen Verwaltungsbehörden regeln, gleichgültig, ob diese Vorschriften dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht angehören. Allein so weit faßt die Rechtswissenschaft den Begriff nicht. Sie geht vielmehr von der Erwägung aus, daß es in Deutschland zur Ausbildung besonderer Rechtssätze für die öffentliche Verwaltung regelmäßig nur in den Fällen gekommen ist, in denen die allgemeinen Normen des Privat-, Straf- und Prozeßrechts nach ihrer ganzen Anlage die besonderen Interessen der öffentlichen Verwaltung nicht oder nicht ausreichend zu schützen vermögen. Auf Grund dieser Entwicklung dürfen heute in Deutschland zum Verwaltungsrecht im engeren Sinne nur die Vorschriften öffentlich-rechtlicher Natur gezählt werden, die zusammen ein Sonderrecht der öffentlichen Verwaltung darstellen.³⁷ V e r w a l t u n g s r e c h t

rechtlichen Form der Sicherungshypothek bestellt. Vgl. über die Amtskauttionen: EG. zum BGB., Art. 90. Ueber die Sicherheitsleistung für Anliegerbeiträge: EG. zum BGB., Art. 91. P l a n c k, Kommentar zum BGB., VI S. 206. S t ö l z e l, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 141. Kgl. Sächs. OVG. 18. Januar 1905 (Jahrbücher der Kgl. Sächs. OVG. 7 S. 40).

³⁶ Vgl. darüber unten § 23.

³⁷ O t t o M a y e r, I³ S. 21. R o b e r t C o e s t e r, Die Rechtskraft der Staatsakte, 1927, S. 102, erblickt in der Regelung des Gestaltungsverfahrens (Veranlagungsverfahren, Verleihungsverfahren usw.) die eigentliche Aufgabe des Verwaltungsrechts, daher sei das Verwaltungsrecht ein Seitenstück des Prozeßrechts; den beiden „Verfahrensrechten“ stünden Privatrecht und Staatsrecht als die beiden großen Rechtskomplexe des materiellen Rechts gegenüber. Diese Auffassung ist zu eng; sie hebt aus der Fülle des Stoffes

im Sinne der nachstehenden Erörterungen ist daher das auf die Bedürfnisse der öffentlichen Verwaltung zugeschnittene öffentliche Recht.

Ein gemeinsames Verwaltungsrecht dieser Art gibt es in Deutschland nur, soweit das Reich solche Normen aufgestellt hat. Im übrigen aber beruht das öffentliche Recht auf der Landesgesetzgebung. Das deutsche Verwaltungsrecht ist in Reich und Ländern entstanden unter einer staatlichen Gestaltung, die die Vollziehung der Verwaltungsgesetze einem von den politischen und wirtschaftlichen Kämpfen geschiedenen Berufsbeamtentum übertragen hat und von dem die Fortbildung des Verwaltungsrechts tiefgehend beeinflußt worden ist. Da in allen deutschen Territorien dieser Beamtenstaat das Ergebnis einer im wesentlichen gleichförmigen historischen Entwicklung ist, so gehen auch Verwaltungsgesetzgebung und Gewohnheitsrecht der verschiedenen Gliedstaaten von gleichartigen Grundsätzen aus.³⁸ Aus diesem öffentlichen Recht, wie es in der Verwaltung des Reichs und der Länder von Tag zu Tag betätigt wird, läßt sich daher ein Bestand einheitlicher Rechtsgedanken herauschälen. Diese zeigen die eigentümliche Richtung und Naturanlage des in der Verwaltung der deutschen Staaten lebendigen gemeinsamen Rechtsgeistes.³⁹ Diese Rechtsgedanken suchen wir zu ermitteln, nicht um ein für die Verwaltung maßgebendes „Naturrecht“ zu konstruieren, sondern um die ursprünglichen rechtlichen Anschauungen kennenzulernen, die das Rechtsleben der deutschen Völker speisen und die in Gesetzgebung und Gewohnheit feste Gestalt gewonnen haben. In diesem Sinne allein soll von einem „deutschen“ Verwaltungsrecht die Rede sein.

II. Nicht alle für die Verwaltungsbehörden verbindlichen allgemeinen Vorschriften sind Rechtssätze.⁴⁰ Bei der Vollziehung

einseitig ein Moment heraus und stellt auf dieses allein die Begriffsbestimmung ab.

³⁸ Laband, Staatsrecht, III⁵ S 381.

³⁹ Es verhält sich damit nicht anders, als mit dem „deutschen Privatrecht“ vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches. Man vergleiche darüber die ausgezeichneten Erörterungen bei Andreas Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts, I S. 13 ff.

⁴⁰ Laband, Staatsrecht, II⁵ S. 197 ff. Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl., 1895, S. 27 ff. Hänel, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne (Studien zum Deutschen Staatsrecht, II, 1888), S. 201 ff. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 244 ff. Hubrich, Das Reichsgericht und die Begriffe „Gesetz-“ und „Verwaltungsvorschriften“ (VerwArch.

der Gesetze zeigt sich sehr häufig die Notwendigkeit, die Tätigkeit der Einzelbehörden innerhalb des Rahmens des freien Ermessens einheitlich zu regeln.⁴¹ Dies geschieht durch allgemeine Befehle, die die höheren und höchsten Verwaltungsbehörden vermöge ihrer Dienstgewalt an die unteren Organe richten. Man bezeichnet sie als „Verwaltungsverordnungen“, „Reglements“, „Dienstinstruktionen“, „Dienstanweisungen“, „allgemeine Dienstbefehle“ usw.⁴² Sie enthalten entweder Vorschriften darüber, nach welchen technischen, politischen, wirtschaftlichen Grundsätzen die einzelnen Gesetzesbestimmungen zu vollziehen sind,⁴³ oder sie verteilen innerhalb der vom Gesetz abgegrenzten Kompetenzen die Geschäfte auf die verschiedenen gleichgeordneten Amtsstellen, oder sie ordnen Aeußer-

13, S. 441) und die dort zitierte Literatur. Georg Meyer-Anschütz⁷ S. 668. v. Seydel, Bayer. Staatsrecht, II S. 327 ff. Thoma, Polizeibefehl im Badischen Recht, I, 1906, S. 348. O. Mayer, I 84. Hatschek, Einl. i. d. öff. R. 98.

⁴¹ RVerf. Art. 77: „Die zur Ausführung der Reichsgesetze erforderlichen allgemeinen Verwaltungsvorschriften erläßt, soweit die Gesetze nichts anderes bestimmen, die Reichsregierung. Sie bedarf dazu der Zustimmung des Reichsrats, wenn die Ausführung der Reichsgesetze den Landesbehörden zusteht“. Art. 15 II: „Soweit die Reichsgesetze von den Landesbehörden auszuführen sind, kann die Reichsregierung allgemeine Anweisungen erlassen...“ Vgl. die Komm. zur RVerf. Art. 19 und Art. 77 von Anschütz und von Giese.

⁴² Die Unterscheidung von Rechtsverordnung und Verwaltungsverordnung ist fast allgemein anerkannt. S. die Literatur bei Laband, Staatsrecht, II⁵ S. 87, Anm. 2. Friedrichs, Allg. Teil des Rechts, S. 45. Anschütz, Komm.⁶ S. 233, 235. Giese, Komm.⁷ S. 229. Jéze, Principes³, p. 29. Für die Rechtsatznatur der Verwaltungsvorschriften: Kelsen, Allg. Staatslehre, S. 237. A. Merkl, Allg. Verwaltungsrecht, S. 121.

⁴³ Beispiel: Nach der RGewerbeordnung, § 33, Abs. 2, Ziff. 2 ist die Erlaubnis zum Betriebe einer Schankwirtschaft zu versagen, wenn das Lokal den polizeilichen Anforderungen nicht genügt. Infolgedessen haben die Ministerialinstanzen verschiedener Staaten den Konzessionsbehörden allgemeine Anweisungen erteilt, welche Momente bei der Prüfung der Lokalfrage zu berücksichtigen sind. Landmann-Rohmer, GewOI⁶ zu § 33 Abs. 2. Vgl. ferner ProVG. 43, 300. Die vom badischen Ministerium der Justiz, des Kultus und Unterrichts seinerzeit erlassenen „Vorschriften über die Ablieferung von Leichen an die anatomischen Anstalten“ enthalten lediglich Dienstanweisungen an die Ortspolizeibehörden. Rechtsprechung des Bad. Verwaltungsgerichtshofs, Bd. III (Behr), S. 177, Nr. 318. Hierher gehört auch die Strafregisterverordnung v. 8. März 1926 (Huede Graiss²⁴ S. 365). Vgl. über die Frage im allgemeinen Thoma, Polizeibefehl im bad. Recht, I S. 350. Vierhaus, Festschrift f. Fr. Klein, 1914, S. 222 (Prüfungsreglemente).

lichkeiten des Geschäftsbetriebes (Formalien der Geschäftserledigung u. a. m.).⁴⁴ Die Verwaltungsverordnungen enthalten daher „verallgemeinerte Dienstbefehle“.⁴⁵ Sie schreiben dem Beamten ein bestimmtes Verhalten vor. Aber dadurch wird für ihn eine Pflicht lediglich gegenüber dem amtlichen Vorgesetzten begründet. Die Dienstinstruktion bleibt eine *res interna* der Verwaltung. Sie ist ausschließlich an die Adresse der Beamten gerichtet. Es tritt keine Bindung der Beamten gegenüber Personen außerhalb der Verwaltung ein, so stark auch die Dienstinstruktion auf das Leben des Bürgers zurückwirken mag. Zwischen dem Bürger und der Verwaltung wird kein Rechtsverhältnis begründet. Den Befehlen der Dienstinstruktion fehlt „die zweiseitig verbindende Kraft“ der Rechtsnorm. Sie sind Vorschriften ausschließlich für die Verwaltungsbehörden. Der herkömmliche Sprachgebrauch bezeichnet sie als *Verwaltungsvorschriften*, im Gegensatz zu den *Rechtsvorschriften*.⁴⁶ Normen

⁴⁴ Dagegen enthalten die Normen über die Organisation der Behörden Rechtssätze. Nicht darum — wie Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, S. 238 ff., annimmt —, weil die an die staatlichen Organe gerichteten Normen zugleich Normen für die hinter ihnen stehenden Menschen sind, denn das trifft in gleicher Weise bei reinen Verwaltungsverordnungen zu, sondern weil auch die organisatorischen Normen eine Abgrenzung von Willenssphären enthalten. Nicht nur den übrigen Staatsorganen, sondern auch dem Untertan gegenüber stellt die organisatorische Vorschrift fest, unter welchen Voraussetzungen ein bestimmter menschlicher Wille als Staatswille zu gelten hat. Vgl. auch Walz, *Bad. Staatsrecht*, 1909, S. 209—210. Hänel, *Gesetz im formellen und materiellen Sinn*, S. 222, 226, 232. Thoma, *Polizeibefehl im Bad. Recht.*, I S. 118. Reine Organisationsverordnungen sind deshalb Rechtsverordnungen. Ebenso Nawiascky, *Bayr. Verfassungsrecht*, 1923, S. 343, 441. Presutti, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano I*², p. 51. Lutz Richter, *Die Organisationsgewalt*, 1926. Anderer Ansicht z. B. Anschütz in der *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, IV 163. Stier-Somlo, I 335 und dort zitierte Schriftsteller.

⁴⁵ Die Pflicht zur Befolgung dieser Befehle ergibt sich für den Beamten aus dem besonderen Abhängigkeitsverhältnis (Gewaltverhältnis), in das er durch die Anstellung eingetreten ist. Die Verwaltungsverordnung darf jedoch an die Adresse der untern Behörden keine Strafandrohungen richten, die aus der Kompetenz der Behörde zum Erlaß von Polizeiverordnungen abgeleitet werden. *PrOVG.* 33, 341; *Bd.* 35, 342. Reger, 19, 170; 20, 164.

⁴⁶ Gegen diese Unterscheidung: Arndt, *Das Reichsgericht und die Begriffe „Gesetz-“ und „Verwaltungsvorschriften“* (*VerwArch.* 13, S. 207); *Verfassung des Deutschen Reichs*, 5. Aufl., 1913, S. 109. Julius Kahn, *Die Abgrenzung des Gesetzgebungs- und Ordnungsrechts nach deutschem Reichsstaatsrecht*, 1912 (und dazu die Kritik Rosins im *VerwArch.* 21, S. 347).

dieser Art brauchen nicht verkündigt zu werden wie Rechtssätze. Es genügt, wenn sie nur in beliebiger dienstlicher Form den Beamten, die sie angehen, zur Kenntnis gebracht werden. Denn Recht setzt Beziehungen zwischen zwei selbständigen Rechtssubjekten voraus. Der Beamte, der eine Dienstinstruktion empfängt, und der amtliche Vorgesetzte, dem gegenüber — rein äußerlich betrachtet — die Dienstpflicht unmittelbar erfüllt wird, sind aber, soweit sie Amtsgeschäfte besorgen, nicht Rechtssubjekte, sondern Räder in dem großen staatlichen Behördenapparate. Die Dienstinstruktion grenzt daher nicht Rechtssphären ab, ~~sondern sucht die Verwaltungsmaschine in gutem Gang zu erhalten.~~

Dieser Gegensatz tritt deutlich zutage in den Rechtsfolgen, die an die Verletzung der Verwaltungsvorschrift einerseits, der Rechtsvorschrift andererseits geknüpft sind. Verletzt der Beamte eine Dienstinstruktion (Verwaltungsvorschrift), so zieht das möglicherweise disziplinare Bestrafung nach sich. Die vorgesetzte Behörde hat von Amtes wegen einzuschreiten. Auch dem durch die Verletzung in Mitleidenschaft gezogenen Privaten steht es frei, sich bei der vorgesetzten Behörde des Beamten zu beschweren und diese dadurch zum Einschreiten zu veranlassen. Allein alle Rechtsmittel zur Abstellung von R e c h t s verletzungen versagen.⁴⁷ Deshalb besitzt der

⁴⁷ Beispiele: a) Ein staatliches Verwaltungsgebäude wird errichtet. Der mit der Bauaufsicht betraute (preuß.) Staatsbeamte beachtet dabei die Normen der preuß. Dienstinstruktion für Baubeamte nicht und verschuldet dadurch eine erhebliche Kreditüberschreitung. Er wird auf Klage des Fiskus zum Schadenersatz verurteilt. Mit dem Rechtsmittel der Revision macht er geltend, die unteren Gerichtsinstanzen hätten die Dienstinstruktion nicht richtig ausgelegt. Die Revision wird vom Reichsgericht zurückgewiesen, weil die Dienstinstruktion keine Rechtsnormen enthalte, die Revision aber nach ZPO. §§ 549, 550 nur darauf gestützt werden kann, es sei eine Rechtsnorm verletzt worden (RGerZ. Bd. 13, S. 259). Vgl. über die — z. T. widerspruchsvolle — Praxis des Reichsgerichts im allgemeinen: Stein-Jonas, ZPO.¹³ II Bem. II u. III zu § 54 q. — b) Der vom Strafgericht Verurteilte behauptet, der Vorderrichter habe die preuß. Kabinettsordre über das Einschreiten der Polizei gegen Militärpersonen unrichtig angewandt. Das Reichsgericht hat die Revision zurückgewiesen: die Kabinettsordre enthält keine Rechtsnormen (StPO. a § 376, neu 337), sondern nur Dienstanweisungen (RGerStr. Bd. 29, S. 180). — c) Durch eine städt. Submissionsordnung (Vergebung von öff. Arbeiten) werden keine zivilrechtlichen Normen aufgestellt; eine nichtberücksichtigte Baufirma kann wegen Verletzung einer solchen Verwaltungsverordnung keine Schadenersatzklage gegen die Stadt anstrengen. Entsch. d. schweiz. Bundesgerichts 46 II S. 369. Ebenso wenig kann wegen Verletzung instruktioneller Vorschriften von Bauordnungen, von

geschädigte Bürger auch nicht die Möglichkeit, den Beamten vor dem Zivilrichter auf Schadenersatz zu belangen. Denn die Schadenersatzklage setzt voraus, daß der Beamte „die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht“ verletzt hat (BGB. § 839).⁴⁸

Verwaltungsvorschriften müssen nicht notwendig in die Form von Verwaltungsverordnungen eingekleidet werden. Sie können auch in Gesetzen oder Rechtsverordnungen in engster Verbindung mit Rechtssätzen enthalten sein.⁴⁹ Dann sind sie von diesen äußer-

Eisenbahnbetriebsvorschriften, von Dienstanweisungen betreffend Verhalten der Polizeiorgane gegenüber Streikposten usw. Klage (Rechtsbeschwerde) beim Verwaltungsgericht erhoben werden, u. a. m. Soergel, Jahrbuch der Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, I S. 66, Nr. 549, Ziff. 2; S. 676, Nr. 79. Jahrbücher d. Kgl. Sächs. OVG. 17, S. 316. Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht, 7. Aufl., S. 136. Möglich ist jedoch, daß in ein und derselben Verordnung Dienstinstruktionen und Rechtsnormen erlassen werden. RGerZ. Bd. 79, S. 154.

⁴⁸ Die Frage wurde besonders lebhaft erörtert im Anschluß an die vom Bundesrat i. J. 1882 festgestellten Grundsätze über die Anstellung von Militär-anwärtern im Reichs- und Staatsdienst. Die Gerichte haben sich in verschiedenem Sinne ausgesprochen. Vgl. die Judikatur bei K am p t z und D e l i u s, Rechtsprechung des Reichs- und des Kammergerichts auf dem Gebiete des öffentl. Rechts, I S. 17 ff.; Erg. Band 1906—1910, S. 22—23. RGerZ. Bd. 48, S. 84. R e g e r 22, S. 260 und Erg. Bd. III, S. 169. A l f r e d S c h u l z e, Reichsbeamten-gesetz, S. 41. Richtig L a b a n d, Staatsrecht, II⁵ S. 183, Anm. 3 (es waren Verwaltungsverordnungen). — Die Frage erlangt u. a. praktische Bedeutung auch dann, wenn Telegraphenbeamte den Text von Telegrammen unrichtig wiedergegeben haben. In solchen Fällen ermitteln die Gerichte, ob die vom schuldigen Beamten unbeachtet gelassenen Vorschriften der „Dienstanweisung für Post- und Telegraphenbeamte“, sich bloß an die Beamten wenden oder ob sie Rechtsnormen enthalten, auf die sich auch die Benutzer der Telegraphenanstalt berufen können. Vgl. darüber zwei Urteile des Reichsgerichts aus dem Jahre 1904 im Sächs. Archiv für Deutsches Bürgerl. Recht, Bd. 14 (1904), S. 356—360. Alfred S c h u l z e, Reichsbeamten-gesetz, S. 88—89.

⁴⁹ Zivil- und Strafprozeßordnung enthalten zahlreiche derartige Vorschriften, die nur an den Richter adressiert sind. Sie stellen deshalb keine „revisibeln“ Normen dar; das Reichsgericht ist nicht befugt, zu prüfen, ob die Vorinstanzen die Norm richtig ausgelegt haben, denn ihm steht nur eine revisio in iure zu. H e i l b u t, „Müssen“ und „Sollen“ in der ZPO. (Archiv-Praxis Bd. 69, S. 331). S e l i g m a n n, Beiträge zur Lehre vom Staats-gesetz und Staatsvertrag, I, 1886, S. 40. S t e i n - J o n a s, ZPO.¹³ II S. 102 bis 103. — Anderer Ansicht: H ä n e l, Gesetz im formellen und materiellen Sinn, S. 245 ff. Hänel führt aus: durch die Aufnahme in ein Gesetz erfahre die Verwaltungsvorschrift eine fundamentale Veränderung ihrer Natur; sie werde Rechtssatz.

lich nicht zu unterscheiden.⁵⁰ Es bleibt dann nichts anderes übrig, als durch Auslegung festzustellen, ob ein Rechtssatz oder eine instruktionelle Anweisung vorliegt.

Im Polizeistaat waren die meisten Normen, nach denen die Verwaltung geführt wurde, bloße Verwaltungsvorschriften (vgl. oben S. 30). Der Rechtsstaat hat die Mehrzahl von ihnen in Rechtsnormen umgewandelt, ohne jedoch die Quelle zuzuschütten, aus der sie fließen.⁵¹ Ganz entbehren kann auch der Rechtsstaat der Verwaltungsvorschriften nicht. Denn in ihnen findet nicht selten ihren Ausdruck das, was über die Gebote des Rechts hinaus die Zweckmäßigkeit erfordert. Derartige Verwaltungsvorschriften sind geeignet, eine Verwaltungstradition zu begründen, die hinterher vom Gesetz in Rechtssätze umgeprägt werden kann.⁵²

Die Beamteninstruktionen stellen nicht die einzige Art der Verwaltungsvorschriften dar. Ein dem Beamtenverhältnis verwandtes besonderes Abhängigkeitsverhältnis kommt auch zustande durch den freiwilligen oder erzwungenen Eintritt von Privatpersonen in den engern Bannkreis einer öffentlichen Anstalt (Schule, Zucht- haus, Schlachthaus usw.). Vgl. darüber unten § 12. Diese Personen gelangen damit unter die besondere Befehlsgewalt der Behörde, die dieser Anstalt vorgesetzt ist, und empfangen von ihr die Weisungen für ihr Verhalten in der Anstalt.⁵³ Der Benutzer wird so ein Rad im Anstaltsbetriebe. Insofern führt er dem Staate gegenüber keine selbständige Existenz. Er ist durch die Anstalt „mediatisiert“. Daher sind auch die Verhaltensbefehle, welche in Anstaltsordnungen aufgestellt werden, keine Rechtssätze, sondern Verwaltungsvorschriften.

⁵⁰ O. Mayer, DVR.³ I 66: „Daher auch jedes Gesetz ohne Unterschied zu der förmlichen Veröffentlichung gebracht wird, die eigentlich nur Rechtssätzen zukommt. Dann mag ruhig abgewartet werden, daß das wirkliche Leben seine unberechenbare Mannigfaltigkeit diesen Gesetzesbestimmungen entgegenwirft, um erkennen zu lassen, was daran Rechtssatznatur hat. Vorher braucht man es auch nicht zu wissen . . .“

⁵¹ Ueber die rechtsstaatliche Umdeutung der alten königlichen Kabinettsordres: RGerZ. 96, 31; PrVBl. 45, 42.

⁵² Laband, Staatsrecht, II⁵ S. 186. Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, S. 31.

⁵³ Otto Mayer, Staatsrecht des Königreichs Sachsen, 1909, S. 185 bis 186. Anschütz, Komm.⁸ S. 258.

§ 5. Quellen des Verwaltungsrechts.¹

I. Die Sätze des Verwaltungsrechts stammen aus denselben Quellen, aus denen die Rechtsnormen überhaupt fließen. Die folgenden Ausführungen werden sich deshalb darauf beschränken, aus der allgemeinen Lehre von den Rechtsquellen das herauszuheben, was für das Verwaltungsrecht von besonderer Bedeutung ist.

1. Die wichtigste Quelle des Verwaltungsrechts ist das Gesetz.² Die Fähigkeit, Recht zu schaffen, wohnt dem Gesetz verfassungsmäßig inne. Rechtsetzung ist der eigentliche Beruf des Gesetzes so sehr, daß wir heute in einem weitern Sinne den Ausdruck „Gesetz“ als gleichbedeutend mit Rechtsnorm verwenden.³ Neben dem Gesetze gibt es noch andere Quellen. Allein sie vermögen Rechts-

¹ Otto Mayer, DVR.² I § 8. F. Stier-Somlo, Die Einwirkung des bürgerl. Rechts auf das preuß.-deutsche Verwaltungsrecht, 1900, §§ 9—11. Anschütz, Allgemeine Begriffe und Lehren des Verwaltungsrechts nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts (PrVBl. 22 S. 83 ff., insbes. S. 86—90). Georg Meyer-Dochow, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts⁴, § 6. Stier-Somlo, I S. 323 f., 657—674 und Art. „Rechtsquellen“ HWR. IV 733. Herrnritt S. 79 f. Merkl S. 98 f. W. Jellinek S. 110 f. (mit ausgiebigen Literaturnachweisen).

² Anschütz, Art. „Gesetz“ WStVR.² II 212. Stier-Somlo I 323. Merkl, 109 f., zählt zu den Verwaltungsrechtsquellen auch den Staatsvertrag, er ist es jedoch nur insofern, als er, um mit Merkl 110 zu reden, in die innerstaatliche Rechtsordnung eingegangen ist. Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht 757.

³ EG. zum BGB., Art. 2: „Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm.“ Vgl. ferner ZPO. §§ 549, 550; StPO. § 337. — Jedes Gesetz enthält im modernen Verfassungsstaat eine staatliche Willenserklärung, die unter Mitwirkung der Volksvertretung zustande kommt. Wenn deshalb die Volksvertretung über die Rechtssetzung hinaus an den Geschäften beteiligt werden soll, so kann dieses Ziel erreicht werden, durch die Vorschrift, der betr. Verwaltungsakt sei in Gesetzesform einzukleiden. Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 143 f. Darauf beruht der Unterschied von Gesetzen im materiellen Sinn (= Gesetze, die Rechtssätze aufstellen) und Gesetzen im bloß formellen Sinn (= Gesetze, die keine Rechtssätze aufstellen). Laband, Staatsrecht, II⁵ S. 61 ff. Otto Mayer, Staatsrecht des Königreichs Sachsen, S. 158. Fleischmann, Die materielle Gesetzgebung (Hbch. d. Politik I³ (1920), S. 219). P. Schoen, Die formellen Gesetze (Hbch. d. Politik I³ (1920), S. 241. — Ueber den Unterschied zwischen materiellem und formellem Gesetz und dessen wissenschaftliche Anhänger und Gegner: Stier-Somlo I 329. Münchner Tagung d. Vereins d. deutschen Staatsrechtslehrer 1927 (Veröffentlichungen Heft 4) und ArchöfR. 13, 110. Die Unterscheidung der italienischen Theorie: Presutti, Istit. di diritto amm. I², p. 70.

sätze auf gesetzfreiem Gebiet nur *secundum legem*, gemäß gesetzlicher Ermächtigung oder mit Duldung des Gesetzes, nie wider das Gesetz (contra legem) zu erzeugen.⁴ An dem „*rocher de bronze*“ des Gesetzes brechen sich alle dem Gesetze widerstreitenden Rechtsvorschriften. Das macht den Vorrang des Gesetzes aus.⁵

Der Verwaltungsrechtssatz wirkt zweiseitig, nach außen und nach innen. Nach außen begründet er ein Rechtsverhältnis zwischen Staat und Untertan; er bestimmt, was für den Untertan Rechtens ist. Daher ist jeder Rechtssatz den Untertanen in einer bestimmten Form kundzumachen; von der Verkündung in der vorgeschriebenen Form hängt die Verbindlichkeit des einzelnen Rechtssatzes ab. Auch nach innen wirkt der Rechtssatz; er erteilt dem Beamten den Befehl, die Anordnung zu vollziehen. Ob der Beamte dabei den Satz rein mechanisch auf einen gegebenen Tatbestand anzuwenden hat, oder ob bei der Vollziehung seinem eigenen freien Ermessen Raum gelassen ist — das ändert am Charakter des Rechtssatzes nichts.

Nicht allen Sätzen des modernen Verwaltungsrechtes ist jedoch ihre verwaltungsrechtliche Zweckbestimmung auf die Stirn geschrieben. Ein großer Teil von ihnen erscheint in strafrechtlichem

⁴ Eine Ausnahme bilden die Notverordnungen, d. h. Verordnungen mit Gesetzeskraft, die auf Grund verfassungsmäßiger Ermächtigung von der Regierung (Staatsoberhaupt) erlassen werden können, wenn ein dringender Notstand das Einschreiten der Gesetzgebung fordert, s. unten Anm. 25.

⁵ Der Vorrang des Gesetzes ist lediglich ein Anwendungsfall des Grundsatzes, daß die höhere Rechtsquelle, die Norm höheren Ranges („Norm der höheren Stufe“, Kelsen, Allg. Staatslehre 293), den Vorrang vor der im Range unter ihr stehenden Rechtsquelle besitzt. Daher geht dem einfachen Gesetze das Verfassungsgesetz vor; gleichgültig ob es von einem besonderen „*pouvoir constituant*“ beschlossen wurde oder von der ordentlichen gesetzgebenden Behörde in einem besonderen Verfahren, wie ein solches die RVerf. Art. 26 vorgezeichnet hat. Deshalb hat der Richter vor der Anwendung eines einfachen Gesetzes zu prüfen, ob es inhaltlich mit der Verfassung übereinstimmt, und einer verfassungswidrigen Gesetzesvorschrift die Anerkennung zu versagen. Die Meinungen hierüber gehen jedoch in Deutschland weit auseinander. S. die Zusammenstellungen bei Anschütz, Komm.⁶ S. 215 f. zu Art. 70; Giese, Komm.⁷ zu Art. 70 (S. 210 f.). Stier-Somlo I 674—679. Die Aufsätze von Schelcher, Fischers Z. 59, RGerZ. 111, S. 320. Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 117, 137, 194. Für das Ausland: Jèze, Principes⁸ 350, 367, 368; für Italien speziell: Pre-sutti, Istituz. di diritto amm. I², p. 64. Für die Schweiz: Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 275, 276, 399, 443, 444 und der Aufsatz im Schw. Zbl. f. Staats- und GemVerw. Bd. 28 (1927), S. 575.

Gewand.⁶ Ein Beispiel soll dies erläutern: Nach dem Reichsstrafgesetzbuch § 366, Ziff. 8 wird mit Geldstrafe bis zu sechzig Mark oder mit Haft bis zu vierzehn Tagen bestraft, wer nach der öffentlichen Straße „Sachen, durch deren Umstürzen oder Herabfallen jemand beschädigt werden kann, ohne gehörige Befestigung aufstellt oder aufhängt, oder Sachen auf eine Weise ausgießt oder auswirft, daß dadurch jemand beschädigt oder verunreinigt werden kann.“ Derartige Vorschriften enthält das Reichs-, wie das Landesstrafrecht in großer Zahl. Es genügt, an den 29. Abschnitt des Reichsstrafgesetzbuchs über die Uebertretungen und an die Polizeistrafgesetzbücher der deutschen Einzelstaaten zu erinnern. In den darin erlassenen Strafrechtsnormen ist die Strafandrohung sehr häufig das Mittel zur Erzwingung des Gehorsams gegenüber verwaltungsrechtlichen Geboten und Verboten, d. h. Befehlen, die die Bürger zu bestimmten Handlungen oder Unterlassungen verpflichten.⁷ Auf diese Weise ist die Strafgesetzgebung Quelle für zahlreiche Verwaltungsnormen geworden.⁸

2. Der Gesetzgeber kann jedoch die Aufgabe, Recht zu setzen, Verwaltungsbehörden übertragen. Damit werden diesen Organen Funktionen der Gesetzgebung zugewiesen. Man spricht infolgedessen von einer „Delegation der gesetzgebenden Gewalt“. Die Verwaltungsbehörden erfüllen die ihnen übertragene Pflicht durch den Erlaß allgemeiner Anordnungen, Verordnungen, die aber im Gegensatz zu den Verwaltungsverordnungen (oben S. 61) als Rechtsverordnungen oder gesetzvertretende Verordnungen bezeichnet werden.⁹ Durch die Ausübung des „Verordnungsrechtes“

⁶ **Thoma**, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 54, 82 ff.

⁷ **Frank**, Strafgesetzbuch, 17. Aufl., 1926, S. 761: Polizeiiübertretungen sind solche Delikte, „deren Norm die allgemeine im Verkehr erforderliche Sorgfalt spezialisiert.“ — Die neuen Verwaltungsgesetze, welche Strafandrohungen enthalten, trennen folgerichtig den Verwaltungsrechtssatz von der Strafsatzung. Man vergleiche z. B. die an das Ende der Reichsgewerbeordnung geschobenen Strafbestimmungen in den §§ 146—150.

⁸ Damit hängt es zusammen, daß die Polizeistrafgesetzbücher von Baden, Bayern und Württemberg in ihren einleitenden allgemeinen Bestimmungen allgemeine Grundsätze des Polizeirechts überhaupt aufstellen.

⁹ **Heinrich Rosin**, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl., 1895. Art. „Polizei“ (Polizeiverordnung) im WStVR.² III 119. **Hänel**, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinn (Studien zum deutschen Staatsrecht II), 1888. **Laband**, Staatsrecht II⁵ S. 85 ff. **Otto Mayer**, I S. 82 ff. **Jellinek**, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 366 ff. **Anschütz**, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden

schaffen die Verwaltungsbehörden Rechtssätze von derselben Kraft, wie sie den Vorschriften des Gesetzgebers innewohnt. Eine Rechtsverordnung ist somit ein Erlaß einer Verwaltungsbehörde, der auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung Rechtssätze aufstellt. Durch diese abstrakte, an die Allgemeinheit gerichtete Regelung, die dem Rechtssatze eigen ist, unterscheidet sich die Verordnung von einem andern Akte der Verwaltungsbehörde, nämlich der Verfügung, die sich auf einen bestimmten vorliegenden Einzelfall bezieht und ihn gemäß der abstrakten Rechtsregel ordnet. Die Verordnung begründet Rechtssätze, die Verfügung Rechtsverhältnisse.¹⁰

Gewalt, 2. Aufl., 1901. Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht I, 1906. P. Schoen, Die Verordnungen (Hbch. d. Politik I² (1920), S. 248 und Literaturangaben). Franz Rosin, Gesetz und Verordnung nach badischem Staatsrecht, 1911. Stier-Somlo I 333, 679; HWR. IV 737. W. Jellinek 110, 119. P. Schoen, Das Ordnungsrecht und die neuen Verfassungen (ArchöfR. n. F. 6, 133). Erwin Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S. 81 f., 101 f. Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 411 f. Giacometti, Ueber das Rechtsverordnungsrecht im schweiz. Bundesstaat (Festgabe f. Fleiner, 1927, 360). Hans Rüeegg, Die Verordnung nach zürcherischem Staatsrecht, 1927. Anschütz, Komm.³ S. 231. Giese, Komm.⁷ S. 229 und dort S. 232 zitierte Literatur. Für Frankreich (règlement): Jèze, Principes, p. 378. Duguit, Droit constit.² II 182. Für Italien: Zanobini, Sul fondamento giuridico della potestà regolamentare (Arch. giuridico vol. 87 [1922]). Presutti, Istit. di diritto amm. I² 66. Mit dem deutschen Ordnungsbegriff beschäftigen sich — teils zustimmend (Crosa), teils kritisch abwägend (Carré) — zwei gründliche ausländische Monographien: Carré de Malberg, La question de la délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la constitution de Weimar (Bulletin mensuel de la société de législation comparée 54 [1925], p. 321, 398). Crosa, La dottrina della delegazione di potestà legislativa materiale nel diritto italiano, francese, germanico (Rivista di diritto pubblico, XIX, aprile 1927, p. 191). Vgl. dazu auch G. Holstein, Die Theorie der Verordnung im franz. und belgischen Verwaltungsrecht (Bonner Festgabe für Zitelmann, 1923, 307).

¹⁰ Daher gibt es keine Verordnung für den Einzelfall; das formelle Gesetz allein ist befugt, eine Anordnung (Verfügung) für den Einzelfall zu treffen. O. Mayer I 83, Anm. 5. Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht 413, Anm. 10. Wohl aber ist es möglich, daß faktisch und bis auf weiteres nur ein Einziger unter die Verordnung fällt, weil nur bei ihm die Voraussetzungen zutreffen, an welche die Verordnung ihre Gebote und Verbote anschließt. Die Verordnung gegen die Verunstaltung der Aussicht auf das Heidelberger Schloß (1908) war gültig, auch wenn zunächst nur ein einziger Grundeigentümer von dem Bauverbot betroffen wurde Bad. VGH. 28. Nov. 1908 (Bad. VerwZ. 1909, 76). W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung, S. 266, 357. — Auf der Grenze von Verfügung und

An der Zulässigkeit einer solchen Ermächtigung (Delegation) ist heute nicht mehr zu zweifeln¹¹, und in der Praxis des Reichs und der Länder ist insbesondere seit dem Weltkrieg die „Verordnungsgewalt“ der Verwaltungsbehörden zu einer die Gesetzgebung an Umfang weit überragenden Bedeutung gelangt.¹² Ebenso unbestritten ist aber, daß die mit dem Ordnungsrechte ausgestattete Behörde diese Kompetenz durch Subdelegation nicht weiter übertragen darf, es wäre denn, daß der Gesetzgeber dies ausdrücklich erlaubt hätte.¹³ Der Gründe, die den Gesetzgeber veranlassen, die

Verordnung steht die „Allgemeinverbindlicherklärung“ eines Tarifvertrages. Die herrschende Ansicht erblickt mit Fug in ihr eine Rechtsverordnung, die den zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern vereinbarten Normen den Charakter von objektivem Recht verleiht. Kaskel, Arbeitsrecht,³ 1928, S. 44. W. Jellinek, 126. Jacobi, Arbeitsrecht § 7.

¹¹ Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 333. Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 218 und die dort zitierten Schriftsteller. Esmein, De la délégation du pouvoir législatif (Revue politique et parlementaire, I (1894) p. 290. Croas, Riv. di dir. pubblico XIX, p. 193.

¹² Es sei nur an zwei Beispiele erinnert: In den beiden „Ermächtigungsgesetzen“ v. 13. Okt. 1923 und v. 8. Dez. 1923 hat der Reichstag seine verfassungsmäßige Zuständigkeit und Pflicht zur Gesetzgebung (RVerf. Art. 68) für eine bestimmte Spanne Zeit einfach auf die Reichsregierung überwält und diese (in dem zweiten zit. Gesetz) ermächtigt, „die Maßnahmen zu treffen, die sie im Hinblick auf die Not von Volk und Reich für erforderlich und dringend erachtet“. Damit hat die Reichsregierung eine — von ihr auch reichlich ausgenutzte — Verordnungsgewalt erlangt, auf Grund deren ganze Rechtsteile (Steuerwesen, Fürsorgerecht, Zivilprozeßordnung usw.) ganz oder bruchstückweise durch Verordnungen neu geregelt wurden (in der Zeit vom 12. Dez. 1923 bis 14. Febr. 1924 erschienen 66 Verordnungen, mehr als die Hälfte davon in den letzten drei Tagen vor Torschluß [v. Marschall, Verfr. Reichsgesetze, S. 860]). Ein solches Verfahren widerspricht dem Geiste der Reichsverfassung. Ich pflichte hier der Kritik von Triepel (DJZ. 1924, S. 6) und von Bilfinger (ArchöffR. n. F. 11, 183) bei. Vgl. ferner Stier-Somlo, I 674.

¹³ Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 338 ff. Vgl. dazu ein Urteil des preuß. Kammergerichts v. 14. Oktober 1907 bei Soergel, I S. 565, Nr. 136. Ein solches Verbot der Subdelegation enthält die Staatsverfassung des Kantons Bern v. J. 1893, Art. 27: „Der Große Rat darf die ihm durch die Verfassung ausdrücklich zugewiesenen Verrichtungen an keine andre Behörde übertragen.“ Zu diesen Verrichtungen aber gehört nach Art. 26 der Erlaß von Dekreten, d. h. Verordnungen. — Eine Subdelegation liegt dagegen in der Vorschrift des Badischen Polizeistrafgesetzbuchs § 85, Ziff. 2, derzufolge bestraft wird, wer den Verordnungen oder den auf Grund derselben ergangenen bezirks- oder ortspolizeilichen Vorschriften zur Verhütung von Krankheiten zuwiderhandelt.

rechtliche Regelung einzelner Verhältnisse oder ganzer Materien den Verwaltungsbehörden zu übertragen, gibt es viele: das Bedürfnis, bei rasch wechselnden Verhältnissen einen einfacheren Rechtssetzungsapparat zur Verfügung zu haben, als ihn die Gesetzgebung darbietet; das Bestreben, das Gesetz von Einzelbestimmungen zu entlasten; die Notwendigkeit, bei der Regelung einer Materie Raum zu lassen für die Berücksichtigung lokaler Bedürfnisse und Anschauungen; die Erwägung, daß für die Ordnung technischer Einzelheiten Verwaltungsbehörden, die mitten im Verkehre stehen, mehr Fachkenntnisse besitzen, als der Gesetzgeber¹⁴ u. a. m.]

a) Während jede Verwaltungsbehörde die Kompetenz, Verwaltungsverordnungen zu erlassen, auf Grund ihrer Dienstgewalt besitzt, muß ihr die Befugnis, Rechtsverordnungen zu schaffen, von einem einfachen Gesetze¹⁵ oder einem Verfassungsgesetze besonders übertragen werden.¹⁶ Das Gesetz bestimmt sowohl die Person des „Verordnungsberechtigten“,¹⁷ wie den Inhalt und den Umfang

¹⁴ Solche Erwägungen sind z. T. bei der Annahme der beiden „Ermächtigungsgesetze“ (s. oben Anm. 11) maßgebend gewesen. Keil, VerwArch. 30, 359. — Ueber das kurzlebige franz. Ermächtigungsgesetz von 1924: Jèze, Principes³, p. 361. Für Italien: G. Meloni, Potere esecutivo e norme giuridiche (Rivista internazionale di Filosofia del diritto VII 57). Presutti, Istit. di diritto amm.³ I p. 68. Siotto Pintor, La delegazione, legislativa, i suoi limiti e il relativo sindacato (Il Foro Toscano 1928, VI).

¹⁵ Wird das Gesetz aufgehoben, so ist im Zweifel auch der darauf fußenden Verordnung der Boden entzogen. Anderer Meinung: Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 384. Thoma, Polizeibefehl, I S. 333.

¹⁶ Die Delegation kann beruhen entweder auf der Verfassung oder einem Gesetze des Reichs oder auf der Verfassung oder einem Gesetze eines Gliedstaats. Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, S. 67 ff. Laband, Staatsrecht, II⁵ S. 102. Erich Cohn, Die Delegation von Verwaltungsrechten (PrVbl. 46, 178). Ein Beispiel für eine von der Verfassung selbst vorgenommene Delegation bietet RVerf. Art. 48 II (der Reichspräsident wird in einem staatlichen Notstand zu Ausnahmeverordnungen ermächtigt). Stier-Somlo I 669 und die Kommentare zur RVerf. von Anschütz (8. Aufl.), S. 171 und von Giese (7. Aufl.) S. 166. Eine reichsgesetzliche Delegation an die Gemeinden: RG. über Finanzausgleich von 1926 § 14 (Vergnügungssteuer). Dagegen ist in den allgemeinen Kompetenzen der Exekutive nicht auch die Zuständigkeit enthalten, im bloßen Verordnungsweg die Verwaltungsbehörden zu organisieren. Das gehört zum Vorbehalt des Gesetzes. Lutz Richter, Die Organisationsgewalt, 1926.

¹⁷ Die Verordnung bleibt ein Erlaß des vom Gesetze berufenen Verordnungsberechtigten, auch wenn dieser gesetzlich verpflichtet wurde, die Verordnung vor ihrer Veröffentlichung der Genehmigung einer andern Instanz

des Auftrags. Ob das Gesetz ein für allemal gewisse Instanzen im Staat mit dem Ordnungsrecht für ganze Materien ausstattet (generelle Delegation), oder ob der Gesetzgeber sich vorbehalten hat, die zuständige Behörde und die zu regelnden Fragen von Fall zu Fall zu bestimmen (spezielle Delegation); ob das Gesetz den Auftrag ausdrücklich ausspricht oder ihn stillschweigend erteilt, d. h. aus dem ganzen Zusammenhang seiner Bestimmungen erkennen läßt, — all dies begründet keinen Unterschied. Der Idee des Rechtsstaats entspricht jedoch am besten die Spezialdelegation.¹⁸

Sollen die Vorschriften der Rechtsverordnung dieselbe Kraft haben, wie die des Gesetzes, so müssen sie in derselben Form verkündigt werden, die für die amtliche Kundmachung der Gesetze vorgeschrieben ist, wenn nicht der Gesetzgeber eine besondere Art der Veröffentlichung (z. B. in besonderen Publikationsorganen) vorgeschrieben hat.¹⁹ Dann aber binden sie Bürger, Gerichte und Verwaltungsbehörden; diese Bindung erstreckt sich auch auf die dem Ordnungsberechtigten übergeordneten Organe bis hinauf zur höchsten staatlichen Instanz. Sie trifft auch die Behörde selbst, welche die Verordnung erlassen hat.²⁰ Es steht jeder Behörde zwar frei, ihr Werk in aller Form Rechtens wieder zurückzunehmen. Solange sie dies aber nicht getan hat, darf sie sich bei der Regelung eines Einzelfalles nicht über ihre Verordnung hinwegsetzen mit der Begründung, die Verordnung beruhe auf ihrem eigenen Willen. Sie muß die von ihr geschaffenen Rechtssätze auch gegen sich selbst gelten lassen. Denn die Verordnung steht in ihrer Wirkung dem Gesetze gleich.

(z. B. des Parlamentes) vorzulegen. S. ein Beispiel im Ermächtigungsgesetz v. 8. Dez. 1923 § 1 (oben Anm. 11). Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 415.

¹⁸ Ein selbständiges Rechtsverordnungsrecht *praeter legem* besteht heute, so wenig wie vor 1918, zugunsten irgendeiner andern Staatsbehörde. Stier-Somlo I 336 und dort zitierte Autoren. Denn auch die RVerf. Art. 77 („Die zur Ausführung der Reichsgesetze erforderlichen allgemeinen Verwaltungsvorschriften erläßt . . . die Reichsregierung“) bezieht sich lediglich auf Verwaltungsverordnungen und nicht auf Rechtsverordnungen. Anschütz, Komm.⁶, S. 232. Giese, Komm.⁷, S. 229, 231. RFinH. 10, 278.

¹⁹ RGesetz ü. d. Verkündigung von Rechtsverordnungen v. 13. Okt. 1923; Veröffentlichung im Reichsgesetzblatt oder Zentralblatt f. das Deutsche Reich oder im Deutschen Reichsanzeiger; Ausnahmen vorgesehen). Schiller, Verkündigung von Rechtsverordnungen (ArchöfR. n. F. 8, 284).

²⁰ Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 75.

Aber dem Range nach steht sie hinter dem Gesetz. Sie ist nicht Gesetz, sie vertritt es nur. Sie ist abgeleitete Rechtssetzung. Dem Gesetze bleibt sein verfassungsmäßiger Vorrang gewahrt. Daraus folgt, daß für Verwaltungsorgane, Gerichte und Bürger eine Verordnung nur dann verbindlich ist, wenn sie mit dem Willen des Gesetzes übereinstimmt. Nicht rechtsbeständig ist daher die Verordnung, die von einem Organ ausgeht, dem der Gesetzgeber für die Angelegenheit Gesetzesvertretung gar nicht übertragen hat,²¹ oder die unter Mißachtung einer für ihre Rechtsverbindlichkeit notwendigen Voraussetzung zustande gekommen ist. Nicht rechtsbeständig ist ferner innerhalb einer formell gültigen Verordnung jede Bestimmung, die über den vom Gesetze erteilten Auftrag hinausgeht oder einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderläuft.²² Was dem Gesetze widerspricht, das ist weder für den Richter, noch für die Verwaltungsbehörde, noch für den Bürger rechtsbeständig. Dem Richter — dem ordentlichen, wie dem Verwaltungsrichter — und dem Verwaltungsbeamten steht deshalb gegenüber jeder Verord-

²¹ Hierher gehört z. B. die Streitfrage, ob das zweite Ermächtigungsgesetz v. 8. Dez. 1923 (oben Anm. 1) die Grundlage für die Dritte Steuernotverordnung v. 14. Febr. 1924 hat abgeben können. DJZ. 30, S. 115, 263, 710, 790.

²² Beispiele: a) Ein Passant fällt auf dem glatten Trottoir und bricht sich ein Bein. Bei der Beurteilung der gegen die Stadtgemeinde angestregten Schadenersatzklage hat das Gericht die Frage zu beantworten, ob, wie die Polizei behauptet, das Gesetz die Polizei ermächtigt hat, durch Polizeiverordnung die Trottoirreinigungs- und Bestreuungspflicht auf die Anlieger zu überwälzen. K a m p t z und D e l i u s, Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Kammergerichts auf den Gebieten des öffentl. Rechts, I S. 255 ff., II S. 899. Vgl. ferner RGerZ. Bd. 45, S. 268. b) Dem Eigentümer eines Grundstücks am Kreuzberg (Berlin) wurde die Bauerlaubnis verweigert unter Hinweis auf eine (auf Grund des preuß. Gesetzes über die Polizeiverwaltung von 1850 §§ 5, 6, 11 erlassene) Polizeiverordnung des Berliner Polizeipräsidenten, die zum Schutze des Nationaldenkmals auf dem Kreuzberg die Ueberbauung der dortigen Gegend untersagte. Das Bezirksverwaltungsgericht erklärte die betr. Vorschrift der Polizeiverordnung für ungültig und erkannte daher, daß die Bauerlaubnis erteilt werden müsse, und das Oberverwaltungsgericht bestätigte diese Rechtsauffassung. PrOVG. 9, 354 (v. 1882). c) Der Straf- und der Verwaltungsrichter hat das in den Verordnungen des Reichspräsidenten (RVerf. Art. 48) erlassene Streikverbot als zu Recht bestehend anerkannt. A n s c h ü t z, Komm.⁶, S. 413, 414. G i e s e, Komm.⁷, S. 407. Vgl. auch Bayr. ObLG. 10. Jan. 1925 (Fischers Z. 60, 216). — Die Möglichkeit besteht, daß das eine Gericht bei Ausübung seines Prüfungsrechtes eine Verordnung oder Verordnungsvorschrift als gültig behandelt, während ein andres gleichwertiges Gericht ihr die Anerkennung versagt.

nung ein Prüfungsrecht nach den angegebenen Richtungen zu,²³ sofern es ihm das Gesetz nicht ausdrücklich entzogen hat.²⁴ |

b) Nicht alle Arten von Verordnungen sind von gleicher Bedeutung für das Verwaltungsrecht. Die für staatliche Notstände berechneten „Notverordnungen“ können hier außer Betracht bleiben.²⁵ Ebenso bedürfen keiner eingehendern Besprechung die sog. Ausführungsverordnungen, deren Aufgabe darin besteht, den im Gesetzestext niedergelegten Willen des Gesetzgebers näher zu erläutern und zu voller Entfaltung zu bringen.²⁶ Es bleiben somit für

²³ Stier-Somlo I 679. Dyroff, Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz⁶, S. 515. Friedrichs, Verwaltungsrechtspflege I 390. Giese, Komm.⁷, S. 231. Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 416. Ein besonders lehrreicher Fall einer kommunalen Brausteuerverordnung: Pr. Kammer-Ger. 20. Nov. 1920 (Jbch. f. Entsch. d. KammerG. 53, 331 = Reger 42, 299). — Weder der ordentliche Richter, noch der Verwaltungsrichter können jedoch die Verordnung aufgeben. Sie müssen sich auf die Feststellung beschränken, sie sei rechtsungültig und für den Richter daher unverbindlich. Aber das preuß. Gesetz v. 26. Aug. 1921 hat daraus eine wichtige Folgerung gezogen durch Einfügung des § 70 a in das Kommunalabgabengesetz von 1893: „Wird im Verwaltungsstreitverfahren eine Abgabenordnung für rechtsungültig erklärt, so kann einer neuen Ordnung, die die gleiche oder eine gleichartige Abgabe regelt, rückwirkende Kraft beigelegt werden . . .“ — Auch der Verwaltungsverordnung gegenüber kommt selbstverständlich der Vorrang des Gesetzes und das richterliche Prüfungsrecht zur Geltung. Der Richter hat zu prüfen, ob die von der Verwaltungsbehörde erlassenen Anweisungen sich als Betätigungen ihrer besonderen Befehlsgewalt (Dienstgewalt, Anstaltsgewalt) darstellen.

²⁴ Ueber die Ausschaltung der gerichtlichen Kontrolle in der neuen „rechtsstaatfeindlichen Verwaltungspraxis“: Lassar, JbchöfR. 14, S. 38, 163.

²⁵ Peters, VerwArch. 31, 375. Stier-Somlo I 337. W. Jel-linek 115, 120. Für die Schweiz: Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht. 416. Frankreich: Jèze, Principes⁸ 407.

²⁶ Die Ausführungsverordnung hat nur „fertig zu denken, was im Gesetze schon gewollt ist“ (Otto Mayer, Staatsrecht des Königreichs Sachsen, S. 177). Oder anders ausgedrückt: „sie soll wollen, was das veranlassende Gesetz will: alles, aber nicht mehr.“ (Anschütz in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, IV. S. 607.) In den Vorschriften der Verfassungen und der Gesetze, wonach die Regierung beauftragt sei, die zur Ausführung der Gesetze nötigen Verordnungen zu erlassen, liegt nicht die Delegation einer Kompetenz zur Aufstellung von Rechtssätzen, sondern lediglich eine solche zum Erlaß von Verwaltungsvorschriften. Uebereinstimmend: Anschütz, Komm.⁸, S. 232. Giese, Komm.⁷, S. 231. RFin.H. 10, 272. Stier-Somlo, Art. „Ausführungsgesetz und Ausführungsverordnungen“ HWR. I 411. Anderer Meinung: Bühler, Der zulässige Inhalt von Ausführungsbestimmungen zu Steuergesetzen (Verwaltungsrechtliche Abhandlungen, Festgabe f. d. PrOVG. 1925, S. 29 f.).

unsern Zusammenhang lediglich die eigentlichen gesetzvertretenden Verordnungen übrig, auf die der Gesetzgeber seine Rechtsetzungspflicht überwältigt hat.²⁷ Unter diesen erweist sich eine Art als eine besonders ergiebige Quelle des Verwaltungsrechts: die *Polizeiverordnung*.²⁸ Polizeiverordnungen liefern ein gut Teil der Rechtssätze für die Verwaltungsjurisprudenz des täglichen Lebens. Sie befehlen in der Form von Geboten oder Verboten den Bürgern, im Interesse des gesellschaftlichen Zusammenlebens bestimmte Handlungen vorzunehmen oder zu unterlassen und drohen gegen die Uebertretung Strafe an. Sie stellen somit das Seitenstück zu den oben erwähnten Polizeigesetzen dar.

Allein gerade diese Verquickung der Strafandrohung mit dem Verwaltungsrechtssatz hat das Bedenken entstehen lassen, ob der Gesetzgeber die Ordnungsdelegation auch auf die Androhung der Strafe erstrecken darf. Die preußische Gesetzgebung bejaht die Frage.²⁹ Demgemäß können die preußischen Verwaltungsbehörden sowohl zur Aufstellung der Verwaltungsnormen, wie der Strafandrohung ermächtigt sein.³⁰ Das Gesetz zieht jedoch der Ordnungsgewalt auch nach der Strafseite hin insofern Schranken, als es jeder mit dem Ordnungsrechte ausgestatteten Behörde das Höchstmaß der Strafe genau vorzeichnet.³¹ Süddeutschland hat im Gegensatz dazu, im Anschluß an das französische Recht, andere Bahnen eingeschlagen. In Frankreich ging die Revolutionsgesetzgebung von dem Grundsatz aus, die Strafe könne unter allen Umständen nur von einem formellen Gesetze angedroht werden (*nulla poena sine lege*). Damit schien den Polizeiverordnungen der Boden

²⁷ Otto Mayer, Staatsrecht des Königreichs Sachsen, S. 177, nennt diese Verordnungen „besonders ermächtigte Verordnungen“. Auf den Namen kommt nichts an: Verordnung, allgemeine Verfügung (!), Reglement, Regulativ u. a. m. gehen bunt nebeneinander her in der Praxis.

²⁸ Stier-Somlo, Art. „Polizeiverordnung“ HWR. IV 532 und dort zitierte Literatur. Peters in Hue de Grais, Hbch.²⁴ § 197. Hatschek, Lehrb. des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts⁵, S. 129 f. W. A begg, Die Polizeiverordnungen in Gegenwart und Zukunft (Staats- und Selbstverwaltung 1927, Nr. 14). Vgl. auch JW. 1926, 1912.

²⁹ Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, S. 51, 75 ff. Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 225 ff. W. Jellinek 120.

³⁰ Ueber die Formalien für das preuß. Recht: Hue de Grais²⁴ § 197. W. Jellinek 121 f.

³¹ Insbesondere das preuß. Gesetz über die Polizeiverwaltung v. 11. März 1850 hat genau festgesetzt, welche Höchststrafen die einzelnen Instanzen androhen dürfen.

überhaupt entzogen zu sein.³² Allein zwischen der starren Theorie und den Bedürfnissen der Praxis kam ein Kompromiß zustande. Er ist in der Folge auch von den Gesetzgebungen Süddeutschlands übernommen worden.³³ Man hat die Verwaltungsnorm, den Verwaltungsrechtssatz, getrennt von der Strafandrohung, der Strafsatzung. Dadurch ist es möglich geworden, die Androhung der Strafe dem Gesetze vorzubehalten, andererseits aber die Aufstellung der Verwaltungsnorm, die durch die Strafe erzwungen werden soll, der Verordnung zuzuweisen.³⁴ In umfassender Weise haben die Polizeistrafgesetzbücher der süddeutschen Staaten diese Trennung für zahlreiche Materien durchgeführt.³⁵ Sie haben Schule gemacht. Einzelne neuere preußische Gesetze sind ihnen hierin gefolgt,³⁶ und auch das Reichsstrafgesetzbuch hat sich in dem angeführten 29. Abschnitt über die Uebertretungen in zahlreichen Fällen auf die Festsetzung der Strafen beschränkt und die Aufstellung der Gebote und Verbote, der Norm, der Verordnung überlassen.³⁷ Erst das neuste Reichsrecht hat einen Einbruch in diese Grundsätze vorgenommen dadurch, daß es alle zum Erlaß von Polizeiverordnungen berechtigten Behörden ermächtigt hat, ohne Genehmigung einer höheren Stelle eine Geldstrafe bis zu 150 Reichsmark anzudrohen.³⁸

³² Ueber Entwicklung und Bedeutung des Grundsatzes „nulla poena sine lege“: *B i n d i n g*, Handbuch des Strafrechts, I S. 17—28. RVerf. Art. 116 und dazu *G i e s e*, Komm.⁷, S. 353. *F r a n k*, StGB.¹⁷ S. 21 f. (zu StGB. § 2).

³³ Vgl. dazu die eingehenden Erörterungen bei *T h o m a*, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 216 ff.

³⁴ Z. B.: Bad. PolizeiStGB. § 116: „Mit Geld oder mit Haft wird bestraft, wer als Bauherr, Baumeister oder Bauhandwerker den Verordnungen über die Baulinie, die Festigkeit, die Feuersicherheit und Gesundheit, oder den örtlichen Bauordnungen zuwiderhandelt (*T h o m a*, Bad. Gesetze.⁸, S. 47). In der strafrechtlichen Literatur ist diese verwaltungsrechtliche Seite der Strafgesetze besonders eingehend gewürdigt worden in dem zitierten Kommentar zum Strafgesetzbuch von *F r a n k*, Vorbemerk. zum 29. Abschnitt (17. Aufl., S. 758 f.).

³⁵ Vgl. die Polizeistrafgesetzbücher von *B a d e n* 1863, 1923; *B a y e r n* 1861/1871; *W ü r t t e m b e r g* 1871, 1919, 1921 usf. Näheres bei *Georg Meyer-Anschütz*⁷, S. 674. *W. Jellinek* 123.

³⁶ Zuerst verwirklicht im Allg. Berggesetz für die preuß. Staaten von 1865. *R o s i n*, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, S. 77.

³⁷ Der Grundsatz „nulla poena sine lege“ gilt damit als gewahrt. RVerf. Art. 116.

³⁸ Art. III der VO. v. 5. Febr. 1924. Vgl. dazu *H u e d e G r a i s*, Hbch.⁸⁴ S. 412. Vgl. auch DJZ. 32, 891.

In den süddeutschen Polizeistrafgesetzbüchern wird regelmäßig mit der Androhung, es werde bei Uebertretung einer bestimmten Verordnung Strafe eintreten, die Ermächtigung zum Erlasse dieser Verordnung verbunden.³⁹ Rechtlich notwendig ist dies nicht, wie die „Blankettstrafgesetze“ des Reichsstrafgesetzbuchs beweisen. Darunter sind jene Vorschriften des Reichsrechts zu verstehen, welche sich darauf beschränken, die Strafen festzusetzen, die bei Uebertretung bestimmter Arten von Verordnungen zu verhängen sind, es im übrigen aber den Landesgesetzen überlassen, ob sie derartige Verordnungen durch Erteilung einer landesgesetzlichen Delegation überhaupt ins Leben rufen wollen.⁴⁰

3. Die Verordnung bildet materiell einen Bestandteil der Staatsgesetzgebung.⁴¹ Allein neben ihr steht eine vom Staate unabhängige Rechtsquelle: die **A u t o n o m i e**.⁴² Sie liefert auch für das Gebiet

³⁹ Z. B. Württembergisches Polizeistrafgesetz, Fassung 1871, Art. 51: „Wo das Strafgesetzbuch oder das gegenwärtige Gesetz auf Polizeiverordnungen . . . Bezug nimmt oder solche voraussetzt, können dieselben durch Kgl. Verordnung oder Ministerialverfügung, sowie für den Geltungsbereich eines Oberamtsbezirks oder mehrerer Gemeinden durch die Bezirkspolizeibehörden, für den Bereich eines Gemeindebezirks durch die Ortspolizeibehörden erlassen werden.“ Vgl. auch **Thoma**, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 222 ff., 315.

⁴⁰ Beispiel: Reichsstrafgesetzbuch § 366: „Mit Geldstrafe bis zu 60 Mark oder mit Haft bis zu 14 Tagen wird bestraft, . . . 10. wer die zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf den öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder Wasserstraßen erlassenen Polizeiverordnungen übertritt.“ Vgl. über die rechtliche Natur der „Blankettstrafgesetze“: **Frank**, Strafgesetzbuch, 1926¹⁷, S. 5, 762. **Thoma**, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 317. **W. Jellinek**, Gesetz, Gesetzesanwendung, S. 97.

⁴¹ Rechtsverordnungen, die in den Einzelstaaten auf Grund reichsrechtlicher Delegation erlassen werden, gehören deshalb inhaltlich (materiell) zum Reichsrecht; formell dagegen stellen sie Landesrecht dar, weil die Sanktion auf dem eigenen Herrschaftsrecht des Gliedstaates beruht. **Rosin**, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, S. 70. **Laband**, Staatsrecht, II⁵ S. 102. Anderer Meinung **Thoma**, Polizeibefehl I 316, Nr. 8; er hält derartige Normen für (revisibles) Reichsrecht; ebenso **W. Jellinek** 112.

⁴² **Stier-Somlo**, Art. „Autonomie“ HWR. I 500. **Gierke**, Deutsches Privatrecht, I § 19. **Stier-Somlo**, Einwirkung des bürgerl. Rechts auf das preuß.-deutsche Verwaltungsrecht, S. 147 ff. **Anschtz**, PrVerwBl. 22, 86 f. **Kinne**, Die Autonomie der Kommunalverbände in Preußen, 1908, S. 12 ff. **Otto Mayer** I³ 85 (z. T. abweichend von den oben im Texte vertretenen Anschauungen). **Herrnritt**, Grundlehren des VerwR. 91 f. **Husserl**, Rechtskraft und Rechtsgeltung I, 1925, S. 33 f. 144 f. **Merkel**, 123. **W. Jellinek** 124.

der Verwaltung den Beweis, daß der Staat nicht der einzige Schöpfer des Rechts ist.

Wie unten §§ 6 und 7 wird dargelegt werden, sind dem Staate eine ganze Reihe von rechtlich organisierten Verbänden eingegliedert, welche öffentliche Verwaltung führen: die Selbstverwaltungsverbände (Gemeinde, Provinzen usf.). Sie üben über ihre Mitglieder eine selbständige Verbandsgewalt aus. In dieser ist auch die Fähigkeit zur Rechtssetzung enthalten. Sie wird als Selbstgesetzgebungsrecht, als Autonomie, bezeichnet.⁴³ Beispiele bieten die allgemeinen Ortsstatuten (Ortsgesetze), die Ortsbaustatuten, die Statuten der Innungen usw.⁴⁴ Der auf solche Weise erzeugte Erlaß führt in der Wissenschaft den Namen Satzung oder autonome Satzung. In der Form der Satzung tritt, wie die angeführten Beispiele beweisen, das Lokalrecht in die Erscheinung.

Die Staatsgesetzgebung bestimmt Bereich und Schranken der Autonomie.⁴⁵ Ob der Verband bloß ermächtigt oder auch verpflichtet

⁴³ Darin unterscheidet sich der öffentlich-rechtliche Verband vom privatrechtlichen Verein; dieser letztere besitzt die Fähigkeit zur Aufstellung von Rechtssätzen nicht. Heinsheimer, Mitgliedschaft und Ausschließung in der Praxis des Reichsgerichts, 1913, S. 31.

⁴⁴ Württembergische Gemeindeordnung v. 28. Juli 1906, Art. 8: „Die Gemeinden haben das Recht, innerhalb der durch die Gesetze festgesetzten Schranken alle ihnen gesetzlich überlassenen Angelegenheiten selbständig zu verwalten . . . — Die Gemeinden sind befugt, zur näheren Regelung der den Gegenstand dieses Gesetzes bildenden Verhältnisse ihrer Verfassung und Verwaltung im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften durch Gemeindegemeinschaft (Ortsstatut) allgemeine Anordnungen mit Gesetzeskraft zu treffen.“ E. R u c k, Verwaltungsrechtl. Gesetze Württembergs, I, 1911, S. 10 ff. Preuß. Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen v. 30. Mai 1853, § 11: „Jede Stadt ist befugt, besondere statutarische Anordnungen zu treffen: 1. über solche Angelegenheiten der Stadtgemeinden, sowie über solche Rechte und Pflichten ihrer Mitglieder, hinsichtlich deren das gegenwärtige Gesetz Verschiedenheiten gestattet, oder keine ausdrücklichen Bestimmungen enthält; 2. über sonstige eigentümliche Verhältnisse und Einrichtungen . . .“ Ueber das preuß. Recht im allgemeinen: S c h o e n , Das Recht der Kommunalverbände in Preußen, 1897, S. 65 ff. Hans P e t e r s , Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung, 1926, S. 36 f., 113 f. — Ueber die Innungsstatuten: Reichsgewerbeordnung § 83. — Nach der Gesetzgebung vieler deutscher Staaten sind die Gemeinden befugt, durch Statut die Pflicht zu den sog. Anliegerbeiträgen (bei der Errichtung neuer Straßen) einzuführen. Vgl. z. B. das preuß. Gesetz, betr. die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen („Fluchtliniengesetz“) v. 2. Juli 1875, § 15. S. auch unten § 27.

⁴⁵ Wie H u s s e r l , Rechtskraft, oben (Anm. 42) treffend ausführt, wird in der Autonomie das Recht erzeugt von einer engeren Rechtsgemeinschaft,

ist, eine Satzung aufzustellen, ist für die Natur des Satzungsrechts unerheblich. Grundsätzlich ist die Satzungsgewalt persönlich auf den Kreis der Mitglieder und sachlich auf die eigenen Angelegenheiten des Verbandes, die Geschäfte der Selbstverwaltung, beschränkt. Doch steht es der Staatsgesetzgebung frei, einerseits der Autonomie nur eine beschränkte Zahl von Selbstverwaltungsmaterien zu überlassen,⁴⁶ andererseits aber die Satzungsgewalt zu erstrecken auf Angelegenheiten und Personen, die nicht zum eigenen Sachbereiche und nicht zum Kreise der eigenen Mitglieder des Verbandes gehören.⁴⁷ Solche Fälle zeigen, wie nahe verwandt, der äußeren Erscheinung nach, Autonomie und Verordnung sind. Der Unterschied zwischen beiden liegt in einem inneren Moment. Die Satzung fließt aus einer vom Staate anerkannten eigenen Rechtssetzungsgewalt des Verbandes, sie ist originäre Rechtssetzung, die Verordnung dagegen empfängt ihre Kraft von einem Auftrage des staatlichen Gesetzgebers, sie ist delegierte Rechtssetzung.⁴⁸

soweit die von der Gesamtheit (vom Staat) freigelassene Freiheitssphäre reicht.

⁴⁶ Beispiel: Nach badischem Recht darf ortsstatutarische Regelung nur da Platz greifen, wo das staatliche Gesetz dazu im Einzelfalle ermächtigt. Im allgemeinen dürfen Ortsstatute nur die eigene Verfassung der Gemeinde regeln, nicht dagegen das Verhalten der Gemeindeangehörigen. *Walz*, Bad. Staatsrecht, S. 188—189. *Thoma*, Polizeibefehl im bad. Recht, I S. 452.

⁴⁷ *Husserl*, Rechtskraft a. a. O., spricht von externer Rechtsgeltung und weist mit Recht darauf hin, daß in solchen Fällen eine Erweiterung des Rechtskreises eintritt. So hat die Reichsgewerbeordnung den Gemeinden die Kompetenz zur ortsstatutarischen Regelung einer ganzen Reihe von gewerberechtlichen Materien übertragen. Sie hat damit den Anstoß zur Bildung eines „autonomen Gewerberechts“ gegeben. *Landmann*, Reichsgewerbeordnung, II^o S. 723. Bemerk. zu § 142. *Rosin*, Oeffentliche Genossenschaft, 1886, S. 187, erblickt in solchen Fällen eine Delegation der gesetzgebenden Gewalt. Allein dies trifft nicht zu. Die Sanktion der betreffenden Rechtssätze beruht auf der eigenen Satzungsgewalt des Verbandes; der Bereich der Autonomie ist erweitert worden. *Gierke*, Deutsches Privatrecht, I S. 153. *Thoma*, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 453. — Ein Beispiel aus dem Recht der Arbeiterversicherung: Die versicherten Arbeiter sind nicht Mitglieder der Berufsgenossenschaften (d. h. der Träger der Unfallversicherung). Es überträgt die RVO. § 848 (Fassung v. 14. Juli 1925) den Berufsgenossenschaften das Recht und die Pflicht, Unfallverhütungsvorschriften zu erlassen, die auch von den Arbeitern (den Versicherten) beobachtet werden müssen; Zuwiderhandlungen werden gemäß RVO. § 851 bestraft.

⁴⁸ In den Staaten, in denen die Ortpolizei nicht zum eigenen, sondern zum sog. übertragenen Wirkungskreis der Gemeinden gehört (unten § 7, II, Ziff. 1), kann der Staat die Aufstellung polizeilicher Vorschriften entweder

Die Satzung erzeugt objektives Recht.⁴⁹ Sie kann daher nur in einem geordneten Verfahren zustande kommen. Hierüber enthalten das Gesetz und die autonome Satzung jedes Verbandes selbst besondere Bestimmungen. Die Satzung muß, um für die Bürger rechtsverbindlich zu sein, amtlich verkündigt werden, wie das Gesetz und die Verordnung.⁵⁰ Regelmäßig bedarf ferner die Satzung zu ihrer Rechtsgültigkeit staatlicher Bestätigung.⁵¹ Die Gesetze schreiben, je nach der Art der Satzung, vor, ob die Staatsbehörde die Satzung nur auf ihre Rechtmäßigkeit oder auch auf ihre Zweckmäßigkeit zu prüfen hat und ob sie die Bestätigung nach freiem Ermessen oder nur aus bestimmten gesetzlichen Gründen versagen darf. Die bestätigte Satzung bleibt autonomes Recht; sie wird nicht Bestandteil der Staatsgesetzgebung. Sie schafft Normen von der Kraft des Gesetzes.⁵² Aber andererseits gilt der Vorrang des Gesetzes auch ihr gegenüber. Bevor der Richter autonomes Recht anwendet, hat er es auf seine Uebereinstimmung mit dem Inhalt der Gesetz-

der Gemeinde als solcher, oder aber bestimmten Gemeindeorganen übertragen. Im ersten Fall schafft die Gemeinde durch ihre Organe autonomes Recht, im zweiten Fall erläßt die berufene Behörde eine staatliche Verordnung. Vgl. dazu Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, S. 202.

⁴⁹ Das Reichsgericht hat in einem Urteil in Zivilsachen v. 28. Febr. 1902 (Entsch. Bd. 51, S. 62) sehr gut ausgeführt, die Ortsstatute begründeten objektives, nicht subjektives Recht (Vertragsrecht). Wenn deshalb ein Beamter unter Hinweis auf die Normen des Ortsstatuts angestellt werde, so würden diese dadurch nicht Vertragsinhalt. Aendere sich hinterher die Gesetzgebung, so würden auch die widersprechenden Normen des Ortsstatuts beseitigt; sie behielten deshalb für den Beamten nicht etwa die Kraft von vertraglichen Vereinbarungen. Vgl. ferner Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 36, S. 236.

⁵⁰ Die Reichsgewerbeordnung sagt deshalb in § 142 ausdrücklich, daß statutarische Bestimmungen „in der für Bekanntmachungen der Gemeinde oder des weiteren Kommunalverbandes vorgeschriebenen oder üblichen Form zu veröffentlichen sind“. Die Vorschrift gibt einen allgemeinen Rechtsgrundsatz wieder, der gilt, auch wenn das Gesetz keine Bestimmung über die Verkündigung der autonomen Sätze enthält. So wendet sich mit Recht gegen die abweichende Praxis des preuß. Oberverwaltungsgerichts (Soergel I S. 537, Nr. 18) und des Reichsgerichts: Anschütz, im PrVerwBl. 22, 86 und die dort angeführten Autoren. Sieburg, PrVerwBl. 32, 309. Hüblich, Die Streitfragen ü. d. Publikationspflicht autonomer Statuten in Preußen (Hirths Annalen 1916, 641). W. Jellinek 125.

⁵¹ Gierke, Deutsches Privatrecht, I S. 156. Peters, Grenzen d. kommunalen Selbstverwaltung, S. 115 f.

⁵² „Anordnungen mit Gesetzeskraft“ sagt die württembergische Gemeindeordnung von 1906, Art. 8.

gebung zu prüfen.⁵³ Die staatliche Bestätigung der Satzung entbindet ihn von dieser Pflicht nicht.⁵⁴

Die Erzeugung autonomen Rechts ist im allgemeinen nur dem organisierten Verbandswesen möglich. Die verwaltungsgerichtliche Praxis — in erster Linie die des Preussischen Oberverwaltungsgerichts — hat jedoch die Fähigkeit zur Rechtsetzung auch unorganisierten Gemeinschaften zuzuerkennen begonnen. Dies namentlich in Fällen, in denen das Gesetz eine öffentliche Last (Bau und Unterhalt eines öffentlichen Weges; Aufbringung der Mittel zum Unterhalt einer Schule u. dgl.) einer Mehrheit von Personen (Gemeinden, Gutsherrn usf.) gemeinsam auferlegt hat (vgl. unten § 26). Wie weiter unten wird zu beweisen sein, kann die Verteilung der Last auf die Einzelnen durch ein im Kreise der Verpflichteten entstandenes Gewohnheitsrecht vorgenommen werden. Dasselbe Ergebnis erreichen jedoch die Träger der öffentlichen Last durch den Abschluß eines Vertrages, worin sie unter sich die wechselseitigen Rechte und Pflichten regeln, die sich aus einer solchen Gemeinschaftlichkeit einer öffentlichen Last ergeben. Zielen die in dem Vertrage enthaltenen Willenserklärungen nicht bloß auf die Begründung subjektiver Rechte und Pflichten zwischen den Vertragsparteien, sondern auf die Aufrichtung objektiver Normen über die Verteilung der Lasten ab und wird dem Vertrage überdies die staatliche Bestätigung zuteil, so erlangt er den Charakter einer rechtsetzenden Vereinbarung.⁵⁵

⁵³ RGerZ. Bd. 51, 62; 323. Friedrichs, Verwaltungsrechtspflege, I 391 f.

⁵⁴ Smlg. v. Entscheid. d. bayr. VGerH. 18, 33. PrOVG. 32, 123. Jbch. des Sächs. OVG. 1, 240. Friedrichs, Verwaltungsrechtspflege, I 392.

⁵⁵ Das Wesen der Vereinbarung ist gegenüber dem Vertrag scharf erfaßt worden von Binding, Die Gründung des norddeutschen Bundes (Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Windscheid, 1888), S. 69—70. Den Begriff haben weiter ausgebaut: Jellinek, System der subjektiven öff. Rechte, S. 204 ff. und insbesondere die eingehende Arbeit von Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, 1899, S. 49 ff. Die Bedeutung der Vereinbarung für die verwaltungsrechtliche Praxis hat an Hand der Judikatur des PrOVG. Anschütz im PrVerwBl. 22, S. 88 ff. dargelegt. Hattsohek, Lehrb. d. VerwR.⁵ 56. Gegen den Begriff der Vereinbarung vgl. die kritischen Bemerkungen von Stier-Somlo im VerwArch. 10, S. 520 bis 521 und Gleitsmann, Vereinbarung und Gesamtakt (VerwArch. 10, S. 395 ff.). Kelsen, Allg. Staatslehre, 196. — Binding, Gründung des norddeutschen Bundes, S. 70: „Die Vereinbarung aber ist die Verschmelzung verschiedener inhaltlich gleicher Willen. Sie ist das einzige Mittel zur Bildung eines Gemeinwillens.“ Fleiner, Gründung des schweiz. Bundesstaats, 1898, S. 36.

Ihr Inhalt ist zum Bestandteil des objektiven Rechts geworden.⁵⁶

4. Gesetz, Verordnung, Autonomie erzeugen gesetztes Recht. Ist daneben auf dem Boden des Verwaltungsrechts noch Raum für *Gewohnheitsrecht*?⁵⁷ Darüber herrscht Streit.⁵⁸

Der moderne Verfassungsstaat ist ein Staat des gesetzten Rechts.

⁵⁶ Zu den Vereinbarungen gehören insbesondere die Rezeße des preuß. Verwaltungsrechts, in denen zwischen Gemeinde und Gutsherr oder zwischen den Eigentümern beteiligter Grundstücke über die Verteilung gemeinsamer Lasten eine Verständigung getroffen wird. *Hatschek*⁵ 57. Z. B.: Gutsherr und Gemeinde vereinbaren in einem staatlich genehmigten Rezeß, daß bei allen künftigen Neubauten und Reparaturen des Schulhauses der Gutsherr die Materialien verabfolgen und die Handwerker lohnen, die bäuerliche Gemeinde dagegen für Hand- und Spanndienste aufkommen werde. „Durch die Bestätigung des Rezesses ist der die Schullast regelnde Paragraph des Rezesses Teil der Ortsverfassung geworden“ (PrOVG. Bd. 13, S. 261 ff.). Der Begriff der Vereinbarung als einer Quelle des objektiven Rechts wird von der Rechtsprechung des PrOVG. und von der des Reichsgerichtes anerkannt. *Haller*, Vereinbarung, Vertrag, Herkommen; i. d. württ. Z. f. RPfl. 19, 65. PrOVG. 37, 219; 42, 203; 51, 252; 53, 275; 55, 200. RGerZ. 10. Sept. 1926 (JW. 1927, 779). Ueber den Tarifvertrag als Vereinbarung: *Peters*, PrVBl. 49, 190. *Anschütz* im PrVerwBl. 22, S. 89—90. *Reger*, Erg.-Bd. II S. 173.

⁵⁷ Ueber den Stand der Frage gibt Aufschluß *Stier-Somlo*, Die Einwirkung des bürgerl. Rechts auf das preuß.-deutsche Verwaltungsrecht, S. 120 ff. und VerwArch. 19, 98. Derselbe, Reichs- und LandesstaatsR. I 344 f. und dort zitierte Literatur. *Jebens*, Observanz und Beweislast (Verwaltungsrechtliche Aufsätze von Jebens, 1899, S. 57 ff.). *Kamptz und Delius*, Rechtsprechung des Reichsgerichts auf den Gebieten des öffentl. Rechts, II S. 502 ff. *Bitte*r, Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, I² S. 817, Art. „Gewohnheitsrecht“. *Brie*, Art. „Gewohnheitsrecht“ WStVR. II² S. 287 ff., insbes. S. 290. *Spiegel*, Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 184 ff. *Thoma*, Polizeibefehl I 107. *Herrnritt* 95. *Merkel* 104. *Friedrichs*, Allg. Teil, 35. *W. Jellinek* 117. *Otto Mayer*, DVR.³ I 87 und ArchöfR. 14, 132. *Hatschek*, Lehrbuch d. VerwR.⁵ 54. *Presutti*, Istit. d. diritto amm. 76 f. — Ueber die Bedeutung des Irrtums als Hinderungsgrund bei der Entstehung neuen Gewohnheitsrechtes: PrOVG. v. 8. Dezember 1908 (Entscheidungen Bd. 53, S. 207).

⁵⁸ Gegen *Otto Meyers* Anschauungen und die oben im Texte vertretene Auffassung: *Schoen*, Verwaltungsrechtliches Gewohnheitsrecht (VerwArch 28, 1 f.: „Wie in andern Rechtsgebieten so kann grundsätzlich auch in dem der Verwaltung Gewohnheitsrecht sich bilden, nur in einzelnen Rechtskreisen und für bestimmte Betätigungen der Verwaltung scheint aus besondern Gründen die Entstehung verwaltungsrechtlichen Gewohnheitsrechtes ausgeschlossen.“ M. E. sind die „besonderen Gründe“ die durchschlagenden, welche die Entstehung neuen Gewohnheitsrechtes verhindern.

Aber das System seines Rechts ist nicht lückenlos. An verschiedenen Stellen ragt in die Gegenwart **a l t e s** Gewohnheitsrecht herein,⁶⁰ welches auf Anschauungen des Naturrechts und der Fiskustheorie zurückgeht.⁶⁰ So führt die Praxis einzelner deutscher Mittelstaaten den Satz, demzufolge der Bürger verpflichtet ist, den guten Zustand des Gemeinwesens nicht zu stören, auf ein unter der Herrschaft des Naturrechtes entstandenes Gewohnheitsrecht zurück.⁶¹ In gleicher Weise hat sich in einzelnen Gebieten Deutschlands die Rechtsauffassung Bahn gebrochen, es gebühre dem durch eine Straßenverlegung geschädigten Straßenanlieger Schadenersatz. Die Praxis versucht diesen Ersatzanspruch mit Hilfe zivilrechtlicher Formeln zu begründen. In Wahrheit liegt aber in solchen Fällen ein lokales Gewohnheitsrecht vor, das auf der naturrechtlichen Theorie von der Unverletzlichkeit der „wohlerworbenen Privatrechte“ fußt.⁶²

Gänzlich anders sind die Voraussetzungen für die Bildung **n e u e n** Gewohnheitsrechtes. Solange unter der Herrschaft einer geschrie-

⁶⁰ Nach der Badischen Gemeindeordnung v. 5. Okt. 1921 § 85 richtet sich in den einzelnen Gemeinden der Bürgereigniß „nach dem unbestrittenen Zustand vom 1. Jan. 1922“; die alte Gemeindeordnung (1910) hatte auf den Zustand des 1. Jan. 1831 abgestellt. Bei der Neugestaltung der Gesetzgebung wird häufig altem Gewohnheitsrechte (Herkommen) ein Vorrang vor neuem gesetztem Rechte eingeräumt. Ein interessantes Beispiel enthält die preuß. Schulordnung v. 11. Dez. 1854 § 54: „Hat sich in einem Schulbezirk durch Vertrag oder Herkommen hinsichtlich der Leistungen des Gutsherrn eine von den Grundsätzen der gegenwärtigen Schulordnung abweichende Norm gebildet, so behält es dabei . . . sein Bewenden.“ Vgl. dazu PrOVG. Bd. 55, S. 200. Das preußische Gesetz über die Reinigung öffentlicher Wege v. 1. Juli 1912 § 3 hält neben den gesetzlichen Normen Observanzen aufrecht.

⁶⁰ Nicht auf diese allein. Vgl. nämlich über das Gewohnheitsrecht als Quelle des Finanzrechts (Besteuerungsrecht): Bayr. VerwGerII. v. 18. Juli 1902 (Sammlung von Entsch. des Bayr. VerwGerII. 24, S. 60).

⁶¹ So führt das z. B. OVG. des Königreichs Sachsen in einem Urteil vom 21. Jan. 1905 aus (Jahrbücher des Kgl. Sächs. OVG. 7, S. 12): Jeder staatliche Befehl müsse einen Rückhalt an einer Gesetzesvorschrift haben. „Nur auf dem Gebiete der Polizei wird in Wissenschaft und Praxis, wie auch vom OVG. in einer Reihe von Erkenntnissen zum Ausdruck gebracht worden ist, als Folge der allgemeinen Untertanenpflicht, die gute Ordnung des Gemeinwesens nicht zu stören, auch ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschrift, die auf dem ungeschriebenen Rechte beruhende Befugnis der Verwaltungsbehörden anerkannt, die zum Schutze dieser Ordnung erforderlichen Verfügungen mit unmittelbarer verbindlicher Kraft für den einzelnen zu treffen.“ Dasselbe trifft in den meisten Kantonen der Schweiz zu: F l e i n e r , Schweiz. Bundesstaatsrecht. S. 321.

⁶² Vgl. darüber unten § 18. — Weitere Beispiele oben S. 52.

benen Verfassung der Staat den Befehl, der einen Rechtssatz anordnet, aufrecht erhält, vermag eine abweichende Übung der Beamten oder der Volksgenossen dagegen nicht aufzukommen. Im Bereiche des öffentlichen Rechtes kann das geltende Gesetz durch ein widersprechendes Gewohnheitsrecht nicht abgeändert werden; dem Gewohnheitsrecht fehlt gegenüber dem Gesetze die „derogatorische Kraft“.⁶³ Wenn deshalb die Verfassungsgesetze vorschreiben, daß die Ermächtigung zu Eingriffen in Eigentum und Freiheit der Bürger auf einem Gesetz beruhen muß, so schließen sie damit aus, daß die Verwaltungsorgane sich zur Rechtfertigung von Eingriffen, insbesondere zur Geltendmachung von Pflichten, die das Gesetz nicht vorsieht, auf Gewohnheitsrecht berufen können (vgl. unten § 9). Eine verbreitete Ansicht⁶⁴ behauptet jedoch, da der Gesetzgeber hier einen freien Raum gelassen habe, vermöge sich ein Gewohnheitsrecht zu bilden.⁶⁵ Diese Behauptung geht zu weit. Sie

⁶³ Laband, Staatsrecht, II⁵ S. 75. — Anderer Ansicht — mit der herrschenden Meinung — ein Urteil des K. Sächs. OVG. v. 30. Mai 1907 (Jahrbücher des K. Sächs. OVG. 10, S. 289). Das Urteil behauptet, sogar die Vorschriften der alten (monarchischen) sächsischen Verfassungsurkunde über den Weg der Gesetzgebung seien durch ein in der parlamentarischen Praxis entstandenes Gewohnheitsrecht abgeändert worden. Damit kommen aber alle Garantien ins Wanken, die der Rechtsstaat mit der Aufrichtung von Verfassungsurkunden eingeführt hat. Gegen diese Wirkung des Gewohnheitsrechts spricht sich auch der bayr. Verwaltungsgerichtshof aus, insbes. in einem Urteil v. 16. Febr. 1900 (Bayr. VGH. Entsch. 21, 103.). Was als „derogierendes Gewohnheitsrecht“ ausgegeben wird, ist häufig nichts anderes als eine die Gesetzesabsicht verwirklichende restriktive oder extensive Interpretation, die eine ununterbrochene Geltung erlangt hat. Dahersagt der Codex iuris canonici ganz richtig can. 29: „Consuetudo est optima legum interpret.“

⁶⁴ Stier-Somlo, Die Einwirkung des bürgerl. Rechts auf das preuß.-deutsche Verwaltungsrecht, S. 135 ff. und die dort zitierten Autoren. Anschütz im PrVerwBl. 22, S. 86 ff. Göz, Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, S. 155. Seidler, Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht auf dem Gebiet des österr. Staats- und Verwaltungsrechts (Festschrift der Wiener juristischen Fakultät für Unger, 1898) und dazu die Kritik von Otto Mayer im ArchöfR. 14, S. 132 ff.

⁶⁵ So wird in Staaten, deren Gesetzgebung über die Straßenreinigungspflicht keine besondere Vorschrift aufgestellt hat, behauptet, es könne durch Observanz die der Gemeinde obliegende Pflicht zur Straßenreinigung auf die Anlieger überwältzt werden. Vgl. die Judikatur bei Kämpfz und Delliuss, Rechtsprechung des Reichs- und des Kammergerichts auf den Gebieten des öffentl. Rechts, I S. 255, II S. 899; Erg.-Bd. 1906—1910, S. 108 ff. RGerZ. Bd. 76, S. 113. Germershausen, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, I³ S. 380.

verkennt, daß nach der soeben angeführten Verfassungsvorschrift die Freiheit des Bürgers von der Staatsgewalt, die pflichtenfreie Sphäre, vom Gesetzgeber gewollt ist und somit einen Bestandteil der öffentlichen Rechtsordnung des Landes, ein Stück seiner Staatsauffassung bildet.⁶⁶ Eine von der Verwaltungsbehörde oder von den Bürgern betätigte abweichende Uebung stellt sich daher als Gesetzesverletzung dar.⁶⁷ Sie widerspricht dem Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung, auf dem der ganze moderne Rechtsstaat ruht und ist daher nicht imstande, Recht zu erzeugen.

Gewohnheitsrecht vermag sich aber auch dort nicht zu bilden, wo der Gesetzgeber der Verwaltungsbehörde freies Ermessen zugestanden hat. Denn mit der Anweisung, eine Angelegenheit nach freiem Ermessen zu erledigen, beabsichtigt der Gesetzgeber, der Wandelbarkeit der Bedürfnisse Rechnung zu tragen. Diese Absicht würde vereitelt, wenn die Verwaltungsbehörde an eine von ihr zu einer gegebenen Zeit zur Geltung gebrachte Anschauung dauernd gebunden bliebe.⁶⁸ Die Schranke liegt in dem alten vernünftigen Grundsatz der Verwaltungspraxis: *quieta non movere*.

Wohl aber ist auf verwaltungsrechtlichem Boden für die Entstehung von Gewohnheitsrecht zur Ergänzung des gesetzten Rechtes Raum. Er ist dort vorhanden, wo eine gesetzliche Regelung noch nicht Platz gegriffen hat, trotzdem eine rechtliche Ordnung unabweisbar ist. Das Gewohnheitsrecht ist auch für den Bereich des öffentlichen Rechts insofern eine ursprüngliche Rechtsquelle, als es sich unabhängig von der Anerkennung des Gesetzgebers durchsetzt.⁶⁹ Wie die Beobachtung zeigt, bildet sich solches Gewohnheitsrecht insbesondere innerhalb engerer Interessentenkreise, als Observanz. Eine gewohnheitsrechtliche Norm dieser Art pflegt sich z. B. zu entwickeln dort, wo eine öffentliche Last auf einer Mehrheit von rechtlich unver-

⁶⁶ Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht. S. 280.

⁶⁷ Dies wird energisch betont in der Tübinger staatswissenschaftlichen Doktordissertation (1907) von Karl Bräuer, Die Belastung der Adjazenten mit Trottoirbeiträgen nach pfälzischem Recht (ArchöffR. 21, S. 523 ff.).

⁶⁸ Wenn das Gesetz der Verwaltungsbehörde das Recht einräumt, zur Abwendung einer Seuchengefahr den Bürgern bestimmte sanitäre Pflichten aufzuerlegen, so ist die Behörde nicht an das gebunden, was sie 30 Jahre lang als ausreichend betrachtet hat. Sie darf jederzeit von dem Bürger neue und andersgeartete Leistungen verlangen, wenn das Gemeinwohl dies gebietet. Es gilt hier das, was oben Anm. 62 a. E. ausgeführt wurde.

⁶⁹ Anders gemäß Cod. iur. can. 25: „*Consuetudo in Ecclesia vim legis a consensu competentis superioris ecclesiastici unice obtinet.*“

bundenen physischen oder juristischen Personen ruht und es gilt, in Ermangelung einer gesetzlichen Anordnung einen Verteilungsmaßstab unter den Interessenten zu gewinnen, so z. B. in den Fällen, in denen die auf einem ganzen Interessenverbände ruhende Wegebau- oder Wegeunterhaltungslast auf die einzelnen Verpflichteten (Gemeinden, Gutsherrschaften) verteilt werden muß.⁷⁰ In gleicher Weise regeln Observanzen nicht selten die Rechte und Pflichten, die sich aus der gleichzeitigen Benutzung derselben Pfarrkirche durch zwei Gemeinden ergeben, oder den Umfang der Nutzungsrechte an Gemeindegütern bestimmen u. a. m.⁷¹

Es wurde oben (§ 4) dargelegt, wie die Praxis häufig in die Lage kommt, die durch das geschriebene Recht hindurchschimmernden unausgesprochenen allgemeinen Rechtsgedanken ans Tageslicht zu ziehen.⁷² Die so gewonnenen Sätze kommen zur Anwendung, weil sie durch eine wissenschaftliche Ueberzeugung gestützt werden. Man denke z. B. an die Ausbildung des Rückforderungsanspruchs im öffentlichen Recht (unten § 27). Dadurch entsteht kein neues Recht.⁷³ Denn der Richter, wie der Verwaltungsbeamte vermögen auf Grund neuer Prüfung selbst eine durch Jahre hindurch betätigte Auffassung wieder preiszugeben. Wohl aber ist möglich, daß die gewohnheitsmäßige Betätigung einer bestimmten rechtlichen Anschauung auch die Bürger, die Volksgenossen, selbst von ihrer Vernünftigkeit und Notwendigkeit überzeugt und so den Antrieb dazu gibt, daß sich schließlich ein von der Praxis strenge festgehaltener Satz zum Gewohnheitsrecht verdichtet.⁷⁴

⁷⁰ Vgl. z. B. Hatschek, Lehrb. d. VerwR., 54 f. Germershausen, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, 13 Register „Observanzen“. Josef, Voraussetzung und Entstehung einer Observanz (Württ. Ztschr. f. Rechtspf. 19, 113). Bayr. VGHE. 24, 583.

⁷¹ Beispiele bei K a m p t z und D e l i u s, Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Kammergerichts auf den Gebieten des öffentl. Rechts, I S. 156 ff. Vgl. auch Urt. des bayr. VGH. v. 31. Juli 1903 (Sammlung von Entsch. des bayr. VGH. 24, S. 583). Württ. VGH. 23. April 1924 (Württ. Ztschr. f. Rechtspf. 17, 111). Für d. schweiz. Verfassungs- und Verwaltungsrecht: F l e i n e r, Schweiz. Bundesstaatsrecht. 420.

⁷² S. die Sammlung von T e z n e r, Die rechtsbildende Funktion der österr. verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, 1925.

⁷³ Gerichtsgebrauch und Verwaltungspraxis sind noch keine Rechtsquellen. Vgl. oben Anm. 62. M e r k l 108 spricht zutreffend von einer bloß „psychischen Nötigung“ zu deren Befolgung. A. M.: S c h o e n, VerwArch. 28, 28 („richterliches Gewohnheitsrecht“).

⁷⁴ S c h e l c h e r, Recht und Gewalt (Fischers Ztschr. 56, 52 f.). G.

II. Die allgemeinen Grundsätze über die zeitliche und räumliche Herrschaft der Rechtsvorschriften sind auch für die Verwaltungsgesetze und die ihnen gleichgestellten Rechtsquellen (Verordnung, Autonomie) maßgebend. Ihre Anwendung ergibt auf diesem Gebiet einige Besonderheiten.

1. Die Regel von der Nicht-Rückwirkung der Rechtsnormen gilt grundsätzlich auch im Verwaltungsrecht.⁷⁵ Sie entspringt der Anschauung, daß sich ein neues Gesetz im allgemeinen nur die Tatsachen und Rechtsverhältnisse zu unterwerfen vermag, die nach dessen Inkrafttreten entstanden sind. Daher nimmt die Praxis mit Fug an, daß „wohlerworbene Rechte“ von dem neuen Gesetze nicht berührt werden.⁷⁶ Sofern jedoch kein allge-

Jellinek, Allg. Staatslehre³ 331. Felix Somlo, Juristische Grundlehre, 1917, S. 330.

⁷⁵ Mit der Frage der Rückwirkung der Normen des öffentlichen Rechts beschäftigen sich insbesondere der Aufsatz von J e b e n s, *Lex ad praeterita trahi nequit* (Verwaltungsrechtliche Aufsätze S. 204 ff.) und Stier-Somlo, *Einwirkung des bürgerl. Rechts auf das preuß.-deutsche Verwaltungsrecht*, S. 102 ff. W. Jellinek, *Gesetz, Gesetzesanwendung*, 1913, S. 254 ff. VerwR. 133. Schultzenstein, *Verwaltungsstreitverfahren und neues Recht* (DJZ. 18, 777). Herrnritt 111 f. H. Vervier, *D. Rechtswechsel im öffentl. Recht*, 1923. Hatschek⁵ 58 f. Schanze, *Ueber die Rückwirkung von Gesetzen* (Fischers Ztschr. 53, 219). Egelkraut, *D. zeitl. Herrschaft d. Rechtsnormen* (Bayr. VerwBl. 74, 225). Friedrichs, *Allg. Teil* 224. Eingehend: J è z e, *Principes*², I p. 117 f. Die allgemeine Literatur bei Gierke, *Deutsches Privatrecht* I § 23. Windscheid-Kipp, *Pandekten* I § 32.

⁷⁶ Da jedes subjektive Recht von der Rechtsordnung verliehen, somit in diesem Sinne erworben ist, so muß von Fall zu Fall und für jedes Verhältnis geprüft werden, welche dieser Rechte als von der Rückwirkung verschont, als „wohlerwoben“ gelten. v. Tuhr, *Allg. Teil* I 16—21. Friedrichs, *Allg. Teil*, S. 262. W. Jellinek 343. Die RVerf. Art. 129 gewährleistet die Unverletzlichkeit der „wohlerwobenen Rechte“ der Beamten. Ist der Beamte damit gegen die Einführung einer Altersgrenze gesichert, die bei seiner Anstellung noch nicht bestand? Die Frage ist heiß umstritten. Das Reichsgericht zählt den Anspruch auf lebenslängliche Verwendung des lebenslänglich Angestellten m. E. mit Recht, nicht zu den „wohlerwobenen Rechten“. Die RVerf. Art. 129 richtete sich mit ihrer Gewährleistung vor allem gegen die Bestrebungen, die Beamten auf Kündigung anzustellen. RGerZ: 104, S. 58 f.; 66 f.; Bd. 108, S. 109, 404. Vgl. über die ganze Frage Anschütz, *Komm.*⁵, Art. 104 N. 3; Art. 129 N. 3. Giese, *Komm.*⁷, Art. 129 N. 5. Hans Abmann, *Wohlerworbene Beamtenrechte*, 1925. F. Wolfstieg, *Die Beamtengesetzgebung des Deutschen Reichs*, 1926, S. 5, Anm. 11.

meines, von der Verfassung oder von einem Gesetze für eine bestimmte Materie aufgestelltes Verbot besteht,⁷⁷ kann sich jeder neue Rechtssatz rückwirkende Kraft beilegen und bereits vorhandene, abgeschlossene Tatbestände ergreifen.⁷⁸ Diese Wirkung tritt nicht nur ein, wenn sie ausdrücklich angeordnet ist. Es genügt, daß sie sich als gewollt aus dem ganzen Zusammenhang des neuen Rechtes ergibt. Je bedeutungsvoller ein Rechtssatz für das Gemeinwohl ist, um so eher ist die Annahme gerechtfertigt, sein Urheber habe ihn auch auf bereits bestehende Verhältnisse zur Anwendung bringen wollen. Werden z. B. bestimmte bauliche Vorrichtungen als gemeinschädlich empfunden, so trifft das zu ihrer Abstellung erlassene Gesetz nicht bloß neu zu errichtende Gebäude, sondern auch die bereits vorhandenen.⁷⁹ Auch wenn ein bestehender Zustand unter der Herr-

⁷⁷ Z. B. RVerf. Art. 116, wonach weder in Gesetzen noch in Polizeiverordnungen usf. einer Strafanordnung rückwirkende Kraft kann beigelegt werden, d. h. keine Strafe für Handlungen kann angedroht werden, die sich vor Anordnung der Strafbarkeit ereignet haben. — Aus der ausländischen Gesetzgebung ist auf das berühmte Verbot der amerikanischen Unionsverfassung hinzuweisen, das ganz allgemein untersagt, Rechtsvorschriften rückwirkende Kraft beizulegen.

⁷⁸ Beispiele: Nach RAO. § 446 sollen gewisse genauer bezeichnete Vorschriften „auch für Fälle gelten, die in der Vergangenheit liegen“. S. ferner d. Aufwertungsgesetz v. 16. Juli 1925 § 78. Michaelis, Art. „Aufwertung“ im HWR. I 392.

⁷⁹ B a l t z - F i s c h e r, Preuß. Baupolizeirecht, 5. Aufl., 1926, S. 374 f. und dort zitierte Urteile. K a m p t z, Rechtspr. des ProVG., Erg.-Bd. V (Genzmer), S. 705. — Beispiel: Die Badische Landesbauordnung von 1907 schreibt vor (§ 5), daß ihre Vorschriften „auf Bauten, die im Zeitpunkt der Einführung der neuen Bestimmungen schon bestehen oder vollzugsreif genehmigt sind, keine Anwendung finden“. Jedoch sind die Bezirksämter befugt, die neuen Bestimmungen auch auf bereits bestehende Bauten anzuwenden, „wenn die Anwendung der neuen Vorschriften über die Benutzung der Wohn- und Arbeitsräume . . . durch die öffentlichen Interessen der Sicherheit, Gesundheit oder Sittlichkeit geboten ist.“ F. J. R o t h, Bad. Landesbauordnung, 2. Aufl., S. 30 ff. Württemberg. Neue Bauordnung v. 28. Juli 1910, Art. 17. Vgl. GewO. § 120 d, Abs. 3: „Den bei Erlaß dieses Gesetzes bereits bestehenden Anlagen gegenüber können, solange nicht eine Erweiterung oder ein Umbau eintritt, nur Anforderungen gestellt werden, welche zur Beseitigung erheblicher, das Leben, die Gesundheit oder die Sittlichkeit der Arbeiter gefährdenden Mißstände erforderlich oder ohne unverhältnismäßige Aufwendungen ausführbar erscheinen.“ — In diesen Zusammenhang hinein gehört auch das Ofenklappenverbot des Berliner Polizeipräsidiums v. 29. Nov. 1877, demzufolge an einem bestimmten Tage alle Ofenklappen beseitigt sein mußten. ProVG. Bd. 8, S. 327. RGStr. Bd. 4, S. 144. F l e i n e r, Einzelrecht und öffentl. Interesse, S. 32.

schaft des alten Rechts durch einen besondern Verwaltungsakt begründet oder anerkannt worden ist, so bleibt er dadurch von einem neuen rückwirkenden Rechtssatze nicht verschont.⁸⁰ Daraus erhellt, daß im Verwaltungsrecht der Rückwirkung ein viel breiterer Raum gegönnt ist, als im Privatrecht. Aber es bleibt von Fall zu Fall Auslegungsfrage, ob ein neuer Rechtssatz nur pro futuro wirken, oder oder auch auf vorhandene Verhältnisse Anwendung finden soll.⁸¹

2. Gemäß den Grundsätzen von der r ä u m l i c h e n H e r r s c h a f t d e r G e s e t z e ⁸² sind den vom Reich oder den Ländern erlassenen verwaltungsrechtlichen Vorschriften alle unterworfen, die mit ihrer Person oder ihrem Vermögen unter die deutsche Staatshoheit gelangen. So sind polizeiliche Gebote und Verbote für alle Personen, auch die nur durchreisenden, verbindlich,⁸³ und unter die deutsche Steuerhoheit fällt auch der in seinem Heimatstaate woh-

⁸⁰ Nach der Einführung des Schlachthauszwanges (GewO § 23 Abs. 2) sind auch die Privatschlächter, die sich auf eine alte behördliche Konzession berufen können, verpflichtet, ausschließlich im öffentlichen Schlachthaus zu schlachten (L a n d m a n n - R o h m e r I⁶ S. 268 f.).

⁸¹ Häufig beseitigt der Gesetzgeber selbst die Zweifel. So bestimmte die Novelle zum Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz v. 30. Mai 1908, Art. 3, die neuen Vorschriften über Herabsetzung der Altersgrenze vom 18. auf das 16. Lebensjahr, über die Erwerbung eines neuen Unterstützungswohnsitzes (1. Jahr) usf., fänden auf alle n a c h dem Inkrafttreten der Novelle eintretenden neuen Unterstützungsfälle Anwendung. W o h l e r s - K r e c h , Unterstützungswohnsitzgesetz, in der Anm. 2 zu § 10. — Eine Sache für sich bildet die Frage, ob und wie weit eine Verwaltungsstreitsache, die unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden ist, aber nach Einführung des neuen Gesetzes zur Aburteilung kommt, nach dem neuen Rechte zu entscheiden ist. Alles hängt hier davon ab, ob das Verwaltungsgericht im konkreten Fall berufen ist, festzustellen, was zur Zeit des Erlasses der Verfügung Rechtens gewesen ist, oder ob das Verwaltungsgericht eine selbständige materielle Entscheidung an Stelle der Verwaltungsbehörde zu treffen hat. Nur in dem letzten Fall kann von einer Rückwirkung des neuen Rechts die Rede sein. Vgl. darüber S t i e r - S o m l o , Einwirkung des bürgerl. Rechts, S. 114. Ztschr. f. Bad. Verwaltung 1911, S. 227. Rechtsprechung des Bad. VGH. III S. 178—179. Kgl. Sächs. OVG. 20. März 1912 (Jahrbücher 18, S. 239). V e r v i e r , Rechtswechsel, 129 f. (insbes. auch betr. neue Verfahrensvorschriften).

⁸² H e r r n r i t t , Grundlehren des VerwR., 101 f. W. J e l l i n e k 137.

⁸³ Das „Schächten“ der Tiere ist in der Schweiz gemäß Bundesverfassung Art. 25 bis verboten; andererseits erstreckt es sich als Polizeimaßregel (Tierschutz) nur auf das Gebiet der Schweiz, so daß die Einführung von geschächtem Fleisch aus dem Ausland nicht darunter fällt. F l e i n e r , Schweiz. Bundesstaatsrecht 598.

nende Ausländer, der auf deutschem Gebiete eine „Steuerquelle“ besitzt.⁸⁴

Bei Veränderungen von Gemeindegrenzen, insbesondere bei Eingemeindungen, tritt, wenn nicht ein anderes vereinbart wurde, mit der Angliederung das Recht der Hauptgemeinde in dem eingeschlossenen (eingemeindeten) Bezirke in Kraft.⁸⁵

III. Die Anwendung des Gesetzes auf den Einzelfall — Gesetz im Sinne von Rechtsnorm überhaupt — gliedert sich auch im Verwaltungsrecht in die bekannte Dreiteilung: Tatbestand, Rechtsnorm, Rechtsfolge, d. h. es ist zunächst der Tatbestand festzustellen und sodann auf diesen die maßgebende Rechtsvorschrift anzuwenden; das Ergebnis bildet die Rechtsfolge.⁸⁶ In diesem Zusammenhang fällt allein die Rechtsnorm in Betracht. Der Richter und der Verwaltungsbeamte haben durch Auslegung⁸⁷ zu ergründen, welcher Begriff und welche Vorstellung einem vom Gesetze gebrauchten Worte zugrunde liegt und welche Tatsachen und Erscheinungen das Gesetz hat regeln wollen.⁸⁸

⁸⁴ Becker, RAO.⁵ S. 13.

⁸⁵ PrOVG. 37, 405 f. Die Frage ist streitig. Vgl. darüber Friedrichs, Allg. Teil, S. 199 f. Stier-Somlo i. d. Festgabe f. d. PrOVG. S. 158 f. H. Peters, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung, S. 106 f.

⁸⁶ Beispiele: Die Steuerbehörde hat zunächst den Umfang des steuerbaren Einkommens festzustellen (Tatbestand), hierauf an Hand des Steuergesetzes zu ergründen, welche Rechtsvorschrift darauf zur Anwendung zu bringen ist (Rechtsnorm) und sodann auszusprechen, welchen Steuerbetrag nach Maßgabe des vorliegenden Tatbestandes und des maßgebenden Rechtes der Pflichtige schuldet (Rechtsfolge).

⁸⁷ Manigk, Art. „Auslegung“ im HWR. I 428. W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung, 1913, S. 157 f. VerwR. 141. Friedrichs, Allg. Teil, S. 122.

⁸⁸ Beispiel: Was versteht ein bestimmtes Steuergesetz unter „Einkommen“?

Zweites Kapitel.

Die Träger der öffentlichen Verwaltung.

§ 6. Die Staatsverwaltung.¹

I. Die Besorgung der öffentlichen Verwaltungsgeschäfte ist in Deutschland in erster Linie eine Angelegenheit des Staates. Die öffentliche Verwaltung ist zunächst Staatsverwaltung. Das Gesetz hat zu diesem Zweck einen besonderen Apparat von Verwaltungsämtern und Behörden ausgebildet und ihnen ihre bestimmten Aufgaben zugeschrieben.² Das Staatsgebiet ist zu Verwaltungszwecken in Verwaltungsbezirke (Provinzen, Regierungsbezirke, Kreise, Amtsbezirke usf.) eingeteilt. Der mit dem Amte betraute Beamte ist nur zuständig innerhalb des ihm sachlich und territorial zugewiesenen

¹ W. Jellinek, § 4 mit reichen Literaturangaben. A. Merkl S. 290 f. Hatschek⁵ S. 60 f. Paul Schoen, Deutsches Verwaltungsrecht (Enzykl. d. Rechtswissenschaft von Holtzendorff u. Kohler IV, 1914, S. 214 f.). Lassar, Reichseigene Verwaltung unter der Weimarer Verfassung (Jahrb. öffR. XIV, 1926, S. 1 f.). Friedrich Curtius, Der Charakter des deutschen Staatswesens, 1917. — Ueber die organisatorische Ausgestaltung im einzelnen geben Aufschluß Hue de Grais und Peters-Hoche, Handb. d. Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reiche, ²⁴ 1927 und die Artikel „Anhalt“, „Baden“ usf. im HWR. Ueber die im Reich und den Ländern angestrebte Reform der Verwaltungsorganisation: Drews, Grundzüge der Verwaltungsreform, 1917. Lassar, Der Stand der Verfassungs- und Verwaltungsreform (PrVBl. 49, S. 308 f., 504 f.). Karl Friedrichs, Art. „Behörde“, HWR. I 577.

² Ein Staatsamt ist ein durch das öffentliche Recht abgegrenzter Kreis von staatlichen Geschäften, die zu einer technischen Einheit zusammengefaßt sind. Ist das Amt mit obrigkeitlicher Gewalt ausgestaltet, so nennt man es in Deutschland eine Behörde, gleichgültig, ob das Amt einer Einzelperson oder einem Kollegium übertragen ist. Otto Mayer, II³ S. 142 f. Laband, Staatsrecht⁵, I S. 366. A. Merkl 306. Doch ist der Sprachgebrauch unsicher: Stier-Somlo, Art. „Amt“ HWR. I 120. Friedrichs, Art. „Behörde“ HWR. I 577. Hatschek, Lehrbuch des Verwaltungsrechts⁵, S. 78. W. Jellinek, 347. Für das schweizerische Recht: Fleiner, Bundesstaatsrecht, 1923, S. 134.

Wirkungskreises. Innerhalb seiner Zuständigkeit ist der Beamte selbständig. Er bildet darin als staatliches Organ durch eigenen Willensentschluß unmittelbar Staatswillen. Die Staatsgewalt, die das Organ handhabt, hängt dauernd am Amt und wird nicht von Fall zu Fall übertragen.

Kein öffentliches Amt ohne öffentliche Dienstpflicht.³ Die Pflicht und die Fähigkeit zur Uebernahme der staatlichen Aemter ist zunächst beschränkt auf die Personen, die ihre Sachkenntnis für die Führung der ihnen anvertrauten öffentlichen Geschäfte regelmäßig in staatlichen Prüfungen nachgewiesen haben und dem Staate berufsmäßig zu Diensten stehen: die Berufsbeamten, die aus dem öffentlichen Dienst ihre Lebensaufgabe machen.⁴ In den Ländern und im Reich ist der Staat in diesem Sinne ein Beamtenstaat⁵:

³ Dagegen gibt es eine öffentliche Dienstpflicht ohne Amt (Beispiele: der Referendar, der auf Wartegeld gesetzte Beamte), andererseits kann sich mit einem zivilrechtlichen Dienstvertrag ein öffentliches Amt und eine öffentliche Dienstpflicht verbinden (Beispiel: der Beamte einer Privatbahngesellschaft, dem der Staat Eisenbahnpolizei überträgt); Otto Mayer, II³ S. 163. K. Fritsch, Das Deutsche Eisenbahnrecht, 1927, S. 264 (auch weibliche Personen können Bahnpolizeibeamte sein). Ferner kann der Staat den Vertretern freier Berufe oder gewerblicher Tätigkeiten (Rechtsanwälten, Aerzten, Bücherrevisoren, Lotsen usf.) nach bestimmten Richtungen öffentliche Pflichten auferlegen; „Halbbeamte“. Vgl. darüber H. Triepel, Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf (i. d. Festschrift für Karl Binding, 1911, Bd. II, S. 3 f.). Ueber die Lotsen: GewO. § 31 (Landmann-Rohmer, I⁶ S. 355. Neuberger, Art. „Lotsen“ WBStVR.³ II 784. RGerZ. 74, S. 250; 79, S. 101; 81, S. 316.

⁴ Otto Mayer, II³ §§ 42, 43. W. Jellinek, § 16 (Der öffentliche Dienst). F. Wolfstieg, Die Beamtengesetzgebung d. Deutschen Reichs, 1926. Karl Friedrichs, Art. „Beamtenrecht“ im HWR. I 544 f. Anschütz in der Enzykl. d. Rechtsw. IV, S. 147 f. Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht, 7. Aufl. (1919), bearbeitet von Otto Mayer, S. 101 f. — Preußen hat den alten Grundsatz abgeschwächt. Seit dem Gesetz v. 8. Juli 1920 können Personen, die auf Grund ihrer sachlichen Vorbildung und mindestens dreijähriger Tätigkeit in einem öffentlichen Verwaltungsdienst als besonders geeignet erscheinen, ohne Prüfung als zum höheren Verwaltungsdienst (Regierungsassessor) befähigt erklärt werden. Hoormann, HWR. I 347 („Assessor“). Hue de Grais²⁴, S. 160.

⁵ Vgl. zum folgenden: Fritz Fleiner, Beamtenstaat und Volksstaat (i. d. Festgabe f. Otto Mayer, 1916); auch separat in 2. Ausgabe 1925. Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft², 1925, S. 650 f. — Ueber die Verwaltungszentralisation in Frankreich: Fritz Fleiner, Die Staatsauffassung der Franzosen, 1915 (Vorträge der Gehe-Stiftung). Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, S. 26—152. Hauriou,

dessen äußerlich sichtbares Merkmal bildet der geschlossene Stand der Berufsbeamten. Dadurch unterscheidet sich der Beamtenstaat von einer anderen Form der Verwaltungsorganisation, dem Volksstaat, in welchem kraft der allgemeinen Aemterfähigkeit die öffentlichen Aemter von — auf Zeit gewählten — Bürgern verwaltet werden, die sich über keine besonderen Fachkenntnisse auszuweisen brauchen und nach Beendigung ihrer Amtstätigkeit wieder in einen privaten Beruf zurückkehren (Beispiel: die Kantone der Schweiz). Beamtenstaat und Volksstaat decken sich nicht mit den Staatsformen Monarchie und Republik. So ist Deutschland auch nach dem Uebergang zur Republik ein Beamtenstaat geblieben.⁶ Uebergänge von der einen Verwaltungsform in die andre kommen vor.⁷

Keine juristische, sondern eine politische Frage ist es, ob der Gesetzgeber die Aemter der öffentlichen Verwaltung Berufsbeamten vorbehält, die aus dem öffentlichen Dienst ihre Lebensaufgabe machen, oder ob er neben diesen nicht-beamtete Bürger zur Besorgung öffentlicher Verwaltungsgeschäfte heranzieht.⁸ Die „Laien“ sind in den einzelnen deutschen Staaten schon lange vor dem Krieg in sehr verschiedenem Umfang an der Führung der öffentlichen

Précis de droit administratif ¹¹, 1927, p. 41 s., 589 s. (le recrutement des fonctionnaires).

⁶ RVerf. Art. 129 f. G. Holstein, Die beamtenrechtlichen Normen der Reichsverfassung (ArchöfR. n. F. 13, 153). Den Gegensatz zu der grundsätzlich allgemeinen Zugänglichkeit der öffentlichen Aemter im Volksstaat hebt die RVerf. Art. 128 Abs. 1 scharf hervor: „Alle Staatsbürger ohne Unterschied sind nach Maßgabe der Gesetze und entsprechend ihrer Befähigung und ihren Leistungen zu den öffentlichen Aemtern zuzulassen. — Alle Ausnahmebestimmungen gegen weibliche Beamte werden beseitigt . . .“

⁷ So hat sich die Verwaltung der schweizerischen Eidgenossenschaft mit dem Anwachsen der Geschäfte immer stärker dem Typus des Beamtenstaates genähert. Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, 1923, S. 236 f., 762 f.

⁸ Beispiel: Preußisches Landesverwaltungsgesetz von 1883 § 4: „Zur Mitwirkung bei den Geschäften der allgemeinen Landesverwaltung nach näherer Vorschrift der Gesetze bestehen für die Provinz am Amtssitze des Oberpräsidenten der Provinzialrat, für den Regierungsbezirk am Amtssitze des Regierungspräsidenten der Bezirksausschuß, für den Kreis am Amtssitze des Landrats der Kreisausschuß . . .“ Die Mitglieder des Provinzialrates und des Bezirksausschusses werden zum Teil, die des Kreisausschusses ganz von Selbstverwaltungsorganen gewählt. Hatschek, Lehrb. d. Verw.⁵, 104 f. Hue de Grais²⁴ S. 93 f. Den badischen Bezirksämtern stehen die Bezirksräte zur Seite, deren Mitglieder für 4 Jahre von den Wahlberechtigten des Amtsbezirkes gewählt werden. Thoma, Bad. Gesetze, S. 20 f.

Verwaltung beteiligt gewesen. Die Verfassung von Weimar vom Jahre 1919 hat diesen Bestrebungen einen neuen Antrieb gegeben durch den Satz (Art. 132): „Jeder Deutsche hat nach Maßgabe der Gesetze die Pflicht zur Uebernahme ehrenamtlicher Tätigkeiten.“ Dieser Vorschrift gemäß sind seither auch in Reichsbehörden die ehrenamtlichen Elemente vermehrt worden.⁹ Sie sind berufen, entweder einzeln und selbständig, oder in Kollegien in Verbindung mit den Berufsbeamten tätig zu werden. Personen, die solchergestalt „ehrenamtlich“ staatliche Funktionen ausüben, besitzen eine selbständige Organkompetenz, wie die Berufsbeamten und sind wie diese den Vorgesetzten ihrer Aemter subordiniert. Der Gesetzgeber versucht durch ihre Zuziehung für die Verwaltung die praktische Lebenserfahrung von Männern nutzbar zu machen, die außerhalb der Sphäre bürokratischer Anschauungen stehen und eine größere Unabhängigkeit nach oben besitzen, als Berufsbeamte, weil sie in der amtlichen Tätigkeit nicht ihren Lebensberuf und die Grundlage ihrer finanziellen Existenz erblicken. Wie unabhängig diese Personen aus diesen tatsächlichen Gründen auch sein mögen, so bleiben sie rechtlich doch stets dem staatlichen Verwaltungsorganismus eingegliedert.¹⁰

II. Zu den Eigentümlichkeiten des Beamtenstaats gehört die strenge Abhängigkeit der Verwaltungsbeamten von oben.¹¹ Denn trotz der Aemterzersplitterung bleibt die Einheit des in der Verwaltung wirkenden Staatswillens gewahrt. Dies wird erreicht durch Dienstaufsicht und Gehorsampflicht, Subordination.¹² Alle die zahlreichen Beamten sind Organe einer und derselben Person Staat.

⁹ L a s s a r , Reichseigene Verwaltung, S. 46 f. Vgl. auch RVerf. Art. 160, wonach auch der in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis stehende Bürger das Recht hat auf die nötige freie Zeit zur Ausübung ihm übertragener öffentlicher Ehrenämter, soweit dadurch der Betrieb nicht erheblich geschädigt wird.

¹⁰ Im Anschluß an G n e i s t bezeichnet eine verbreitete literarische Richtung diese Art der Staatsverwaltung als „Selbstverwaltung“. R o s i n (Annalen des Deutschen Reichs 1883, S. 305 ff.) spricht hier von Selbstverwaltung im politischen Sinn.

¹¹ Ueber die verschiedenen Typen (Einzelbeamte, Kollegialsystem usw.), nach denen der Gesetzgeber die einzelnen Aemter und Behörden ausgestaltet vgl. insbes. A. M e r k l , Allg. VerwR., §§ 21, 22. J. N i e d n e r , Die Geschäftsform der Behörden (Z. f. Politik 6, 1913, S. 159 f.). D e r s e l b e , Individualismus und Sozialismus in der Verwaltungsorganisation (Z. f. Politik 7, 1914, S. 337).

¹² O t t o M a y e r , Deutsches Verwaltungsrecht, II, 181. P r e u ß , Städt. Amtsrecht in Preußen, S. 296 ff. G e r l a n d , Ueber die Einheit der Polizeiverwaltung in Preußen (ArchöfR. 17 (1902), S. 230). T h o m a ,

Sie sind durch Ueberordnung und Unterordnung in einem Instanzenzuge hierarchisch gegliedert. Der Staatswille ist um so stärker und reiner, je höher das Organ steht, das ihn zur Geltung bringt. Am stärksten und reinsten erscheint er an der Spitze des Staates. Daher gilt dem Untergebenen gegenüber der Wille der höheren Instanz als kräftiger und inhaltlich besser, als der Wille der untern Instanz. Aus diesem Grunde sind die obere Verwaltungsbehörden die natürlichen Beschwerdeorgane, falls das Gesetz nicht Beschwerdeinstanzen besonderer Art eingesetzt hat. Sie haben die Aufgabe, auf Anrufen eines Beteiligten hin an die Stelle einer angefochtenen erstinstanzlichen Verfügung eine eigene Entscheidung zu setzen (unten § 15). Vor allem aber beruht auf diesem rechtlichen Vorrang die Zuständigkeit der höheren Instanzen, durch Dienstbefehle den Untergebenen ein bestimmtes Verhalten vorzuschreiben und Verfügungen der unteren Instanzen, die dem Gesetze oder dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen, von Amtes wegen aufzuheben.¹³ Der untergegebene Beamte ist vermöge der Subordination verpflichtet, den Befehlen zu gehorchen, die von dem zuständigen Vorgesetzten innerhalb seiner Kompetenz erlassen werden.¹⁴

Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 174 ff. Vgl. auch die Ausführungen über den Begriff der „hierarchischen Gewalt“ in der Verwaltung bei H a u r i o u , Précis de Droit administratif ¹¹, p. 50 suiv.

¹³ Das Preußische Landesverwaltungs-gesetz von 1883 schreibt in § 50 vor, nachdem es das Beschwerdeverfahren geordnet hat: „Unberührt bleibt in allen Fällen die Befugnis der staatlichen Aufsichtsbehörden, innerhalb ihrer gesetzlichen Zuständigkeit Verfügungen und Anordnungen der nachgeordneten Behörden außer Kraft zu setzen, oder diese Behörden mit Anweisungen zu versehen.“ Beispiele: Die Baupolizeibehörde hat die Erlaubnis zur Errichtung eines Gebäudes erteilt, trotzdem das Gebäude die gesetzliche Höhe überragt. Sobald dies zur Kenntnis der vorgesetzten Behörde kommt, hebt sie von Amtes wegen die Bauerlaubnis auf. Kgl. Sächs. OVG. 17. Juli 1907 (Jahrbücher des Kgl. Sächs. OVG. XI S. 123). Die Frage, ob die obere Behörde als erste Aufsichtsinstanz gehandelt hat oder aber als Beschwerdeinstanz eine zweitinstanzliche Entscheidung getroffen hat, wird von Bedeutung, wenn beim Verwaltungsgericht nur zweitinstanzliche Verfügungen angefochten werden können. Sächs. OVG. 13. Juli 1906 (Jahrbücher X 96).

¹⁴ Ueber das Prüfungsrecht des Untergebenen gegenüber Befehlen der Vorgesetzten: L a b a n d , Staatsrecht I ⁵, S. 400 f. O t t o M a y e r , II ³ 184 f. W. J e l l i n e k 359. — Im Gegensatz zu den Verwaltungsbeamten sind die Richter frei von Subordination im Bereiche der Rechtsprechung (GVG. § 1; RVerf.- Art. 102); diese Freiheit gilt auch für den Verwaltungsbeamten, wenn er berufen ist, Recht zu sprechen, oben § 2. S t ö l z e l , Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 298.

III. An der Spitze der ganzen Verwaltungsorganisation standen bis zum November 1918 in den Gliedstaaten: die Monarchen; im Reich: Kaiser, Reichskanzler und Bundesrat; in den freien Städten: die Senate.¹⁵ Die Preußische Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 brachte zwei allgemein gültige Grundsätze des deutschen monarchischen Staatsrechtes zum Ausdruck, wenn sie vorschrieb: „Dem Könige allein steht die vollziehende Gewalt zu“ (Art. 45). „Alle Regierungsrechte des Königs bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung eines Ministers, welcher dadurch die Verantwortlichkeit übernimmt“ (Art. 44). Durch die Ernennung von oben und die Dienstaufsicht der Vorgesetzten — in oberster Instanz war es der zuständige Ressortminister — wurden die Verwaltungsbeamten in Abhängigkeit zur Regierung gestellt und bildeten so einen Pfeiler der monarchischen Gewalt. Der Volksvertretung war eine Einwirkung auf das Beamtentum versagt, und es entsprach den Traditionen des deutschen Beamtenstaats, wenn in Reich und Gliedstaaten die Regierungen darüber wachten, parlamentarische Einflüsse vom Beamtentum fernzuhalten.¹⁶ Nicht durch das Parlament hindurch, sondern regelmäßig durch das langsame Aufsteigen innerhalb der Verwaltungshierarchie gelangte der Beamte in die leitenden Stellen der Staatsverwaltung, insbesondere in die Stellen der Minister.

Nach dem Zusammenbruch der monarchischen Gewalten im November 1918 hat im Reich und in den Ländern das Berufsbeamtentum die öffentliche Verwaltung in die neuen Verhältnisse hinübergeleitet und seinen Dienst in den überlieferten Formen weitergeführt. Die Weimarer Reichsverfassung, wie die neuen Verfassungen der Länder haben so mit dem Beamtenstaat als dem gegebenen Typus rechnen können.¹⁷ Aber infolge der Einführung des parlamentarischen Systems ist im Reich und in den Ländern die oberste Instanz der Beamtenhierarchie ein kollegiales Ministerium geworden, das nach politischen Rücksichten bestellt wird und politisch vom Ver-

¹⁵ A n s c h ü t z , Deutsches Staatsrecht, S. 93 f., 122 f. (Holtzendorff-Kohler, Enzykl. d. Rechtswissenschaft IV, 1914, S. 1 f.).

¹⁶ Ein sehr charakteristisches Beispiel bildete die von der alten Reichsregierung vertretene Rechtsauffassung, derzufolge der Reichstagsabgeordnete trotz Art. 30 der RVerf. von 1871 nicht berechtigt war, das Zeugnis zu verweigern über die Person eines Beamten, der ihm irgendwelche Tatsachen vertraulich zur Kenntnis gebracht hatte. L a b a n d , Deutsches Reichsstaatsrecht⁷, S. 84. Das hat die Weimarer RVerf. Art. 38 geändert.

¹⁷ RVerf. Art. 128—130.

trauen der Volksvertretung abhängt.¹⁸ Die Reichsverfassung hat der Gefahr einer „Politisierung der Verwaltung“ und einer parteimäßigen Beeinflussung des Beamtentums durch die Verkündung des — selbstverständlichen — Grundsatzes zu steuern versucht (Art. 130, Abs. 1): „Die Beamten sind Diener der Gesamtheit, nicht einer Partei.“¹⁹ Dieser enge Zusammenhang zwischen Regierung und Parlament erklärt auch die außerordentliche Steigerung der Verordnungsgewalt im Reich, die zeitweilig zu einer völligen Abdankung des Gesetzgebers zugunsten der Regierung geführt hat.²⁰

Bei der Neuorganisation einzelner Verwaltungszweige — es sei u. a. auf die Finanzverwaltung verwiesen — ist das Kollegialsystem, den volksstaatlichen Bestrebungen entsprechend, stärker berücksichtigt worden, als es vordem der Fall war. Beispiele bilden die begutachtenden oder beratenden Kollegien, die sich aus „Laien“, d. h. ehrenamtlich ernannten oder gewählten Mitgliedern zusammensetzen. In ihnen sollen neben den Berufsbeamten die Bürger an den Verwaltungsgeschäften des Staates mitwirken. Die Erweiterung der reichseigenen Verwaltung hat in dieser Weise auch dem Reiche den Anlaß geboten, Ehrenbeamte und freie Mitwirkung der Bürger heranzuziehen.²¹

Im Brennpunkte der Staatsverwaltung steht nach wie vor das Berufsbeamtentum. Das fachmäßige Wissen, die Rechtskenntnis, die Tradition und die Verwaltungsroutine verschaffen den Berufsbeamten eine Ueberlegenheit über die „Administrierten“ und über die nur nebenamtlich Tätigen.²² Von seiner Sachlichkeit und Gesetzestreue und von seiner Fähigkeit zur vernünftigen Vollziehung und Auslegung des Rechts hängt die Zukunft des deutschen

¹⁸ Max Weber, *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland* (Polit. Schriften 1921, S. 126 f.). Koellreutter, *D. parlament. System i. d. deutschen Landesverfassungen*, 1921. Rothenbücher, *D. Stellung des Ministeriums nach d. bayr. Verfassungsrecht*, 1922. R. Schmidt, *Einf. i. d. Rechtswissenschaft* ², S. 88 f.

¹⁹ Nawiasky, *Die Stellung des Berufsbeamtentums im parlament. Staat*, 1926.

²⁰ Ueber diese sog. vereinfachte Gesetzgebung auf Grund der Ermächtigungsgesetze: Lassar, *Reichseigene Verwaltung*, S. 35 f. Lammers, *HWR. II* 861. Stier-Somlo I 673 f. Jacobi, *Grundlehren des Arbeitsrechts*, 1927, S. 1.

²¹ Lassar, *Reichseigene Verwaltung*, S. 46 f.

²² Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* ², 1925, S. 650 f., 671 f. Lassar, *Reichseigene Verwaltung*, S. 26 f.

Beamtenstaates und die organische Fortentwicklung des deutschen Verwaltungsrechtes ab.

§ 7. Die Selbstverwaltung.¹

I. Der Staat besitzt in Deutschland kein Monopol auf die öffentliche Verwaltung.

In den Gemeinden vor allem haben sich lokale Gemeinwesen historisch entwickelt mit einem eigenen, vom Staate verschiedenen Lebenszweck.² Den Kern dieser Verwaltung hat überall die Verwaltung des eigenen Vermögens, die wirtschaftliche Verwaltung, gebildet. Aber in der Folge ist die Verwaltung auf die Befriedigung aller lokalen Bedürfnisse ausgedehnt worden: Anlegung von Ortsstraßen, kommunale Wasserversorgung, Feuerlöschwesen; in einzelnen Staaten auch die Handhabung der Ortspolizei u. a. m. Auf diese Weise ist im Gegensatz zum Kompetenzbereich der staatlichen Verwaltung der Begriff eines eigenen Wirkungskreises der Gemeinden entstanden, mit denen der Staatsgesetzgeber als einer gegebenen Größe zu rechnen hat. Die staatlichen Gemeindegesetze haben ihn festgehalten und in Uebereinstimmung mit den wechselnden Anschauungen und Bedürfnissen der Zeit fester umschrieben. Neben den Gemeinden haben sich Kommunalverbände höherer Ordnung (preußische Provinzen, württembergische Amtskörperschaften) entwickelt mit ihren besonderen Aufgaben.

¹ Aus der Literatur vor dem Weltkrieg: Rosin, Oeffentl. Genossenschaft, S. 40 f. Derselbe, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung (Annalen des Deutschen Reichs 1883, S. 265 f.). Hugo Preuß, Das städtische Amtsrecht in Preußen, 1902. Derselbe, Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souveränität (Festgabe f. Laband II 1908), S. 199 f. Derselbe, Art. „Selbstverwaltung“ HWB. d. Komm. W. III. Kormann, Grundzüge eines Allgemeinen Teils des öffentl. Rechts Annalen 1911, S. 856 f., 863 f.). Paul Schoen, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 200 (Enzykl. d. Rechtswiss. IV). G. Meyer-Anschütz⁷ S. 384 f. — Die neue Literatur (insbes. seit 1918) ist verzeichnet bei Hans Peters, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen, 1926. H. Helfritz, Grundriß des preuß. Kommunalrechts³, 1927. Stier-Somlo, Art. „Selbstverwaltung und Staatsaufsicht“ HWR. V 434. Derselbe, Hbch. des komm. Verfassungs- u. VerwRechts in Preußen, 1919 f.; 2. Aufl. 1928 (im Erscheinen. W. Jellinek, 57, 59 f., 66 f., 504, 509 f. Eine eigenartige Darstellung bei Otto Mayer, II³ S. 322 f. („Die rechtsfähigen Verwaltungen“).

² Württembergische Verfassungsurkunde v. 25. September 1819, § 62: „Die Gemeinden sind die Grundlage des Staats-Vereins.“

Die soeben besprochenen Verbände führen das ihnen zustehende Stück öffentlicher Verwaltung durch Organe, die sie regelmäßig selbst bestellen.³ Bei dieser Art der Geschäftsbesorgung werden daher die Interessenten selbst entweder als Wähler der Verbandsorgane oder als gewählte Mitglieder der Kommunalbehörden indirekt oder direkt an der Verwaltung des Verbandes beteiligt. Dies rechtfertigt es, in diesen Fällen von *Selbstverwaltung* zu reden.⁴ Nicht der Staat verwaltet, sondern die unmittelbaren Interessenten führen öffentliche Verwaltung. Eine Verwaltung aber, die ganz oder teilweise den Händen von unabhängigen Bürgern anvertraut ist, bildet das Gegenstück zu der durch Berufsbeamte geführten staatlichen Verwaltung. Die Selbstverwaltung bildet eine Schranke gegen die Omnipotenz des Staates. Sie schafft, politisch gesprochen, die Möglichkeit, die Bürger durch Beteiligung an der öffentlichen Verwaltung politisch zu schulen und ihr Interesse für öffentliche Angelegenheiten zu wecken. Mit Hilfe dieses Mittels hat die Steinsche Städteordnung vom Jahre 1808 die Erneuerung des preußischen Staates eingeleitet.⁵ Die Selbstverwaltung hat bis zum Weltkrieg im öffentlichen Leben Deutschlands bis zu einem bestimmten Grad die Funktion übernommen, die in der reinen Demokratie den sog. Volksrechten zukommt, d. h. der Mitwirkung der Aktivbürgerschaft an den Staatsgeschäften.⁶

³ Interessenten sind in erster Linie die Mitglieder des Verbandes. Aber neben ihnen können eventuell auch interessierte Nicht-Mitglieder Organfunktionen ausüben. Dies trifft z. B. zu bei den Ortskrankenkassen der Arbeiterversicherung. Mitglieder der Ortskrankenkasse sind die versicherten Arbeiter; aber die beitragspflichtigen Arbeitgeber haben neben ihnen Anspruch auf Vertretung in den Kassenorganen, d. h. im Vorstände und dem Ausschuß. RVO. 327 f. — Bei der Anstalt liegen die Dinge anders. Bei ihr gibt es keine Mitglieder, sondern nur Genußberechtigte. Diese brauchen nicht in den Anstaltsorganen vertreten zu sein. Doch sind wir auch bei der Anstalt von Selbstverwaltung dann zu sprechen berechtigt, wenn die Genußberechtigten in irgendeiner Form an der Leitung beteiligt sind. Vgl. RVO. §§ 1351 ff.

⁴ Die verschiedenen Ansichten über den Begriff der Selbstverwaltung stellt zusammen: *Laband*, Staatsrecht des Deutschen Reichs, I⁵ S. 102 und Deutsches Reichsstaatsrecht, 7. Aufl., S. 28. *Hans Peters*, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung, S. 6 f.

⁵ *Ernst v. Meier*, Die Reform der Verwaltungsorganisation unter Stein und Hardenberg, 2. Aufl. bearbeitet von F. Thimme, 1912. *Max Lehmann*, Freiherr vom Stein, 1902—1905. *Clauswitz*, Die Städteordnung von 1808 und die Stadt Berlin, 1908. *Gierke*, Die Städteordnung von 1808 und die Stadt Berlin (Schmollers Jahrbuch 36 (1912), S. 369 f.

⁶ *Fleiner*, Schweiz. Bundesstaatsrecht, §§ 32—34. — Ueber die

In der Selbstverwaltung liegt das vornehmste Mittel einer Dezentralisation der öffentlichen Verwaltung.⁷ Der Selbstverwaltungsverband führt seine Verwaltungsgeschäfte unter eigener Verantwortlichkeit und in eigenen Kosten. Der Staat ist insoweit entlastet. Die Selbstverwaltung hat im öffentlichen Leben Deutschlands Großes geleistet: man erinnere sich nur der umfassenden Tätigkeit, welche die deutschen Städte auf geistigem und sozialem Gebiete von jeher entfaltet haben.⁸ Der Staat belehnt die Selbstverwaltungsverbände zur Bewältigung ihrer Aufgaben mit Herrschaftsrecht (*imperium*). Sollen sie öffentliche Verwaltung richtig führen, so bedürfen sie der nämlichen Mittel, über die der verwaltende Staat verfügt.

1. Der Staat zieht die bestehenden Selbstverwaltungsverbände unmittelbar in seinen Dienst. Er beschränkt sich in zahlreichen Fällen darauf, eine Verwaltungsmaterie durch Staatsgesetz zu ordnen, die Vollziehung des Gesetzes aber einem selbständigen Verband zu übertragen. Ein solcher Verband wird damit berufen, an des Staates Stelle staatliche Verwaltungsaufgaben zu besorgen. Er übt öffentliche Verwaltung aus, und zwar zu eigenem

Selbstverwaltung Englands: H a t s c h e k , *Englisches Staatsrecht*, II S. 410 ff. und „Das englische Local government“ (Verwaltungsarchiv IX 319). R e d l i c h , *Englische Lokalverwaltung*, 1901. K o e l l r e u t t e r , *Verwaltungsrecht in England*, S. 26 ff. England hat die gesamte örtliche Verwaltung Gemeinden, Grafschaften und Zivilverbänden übertragen und auf dieser Stufe dem Staat nur eine ergänzende Tätigkeit vorbehalten. — In Frankreich hat die zentralisierte Staatsgewalt seit der Revolution in der Selbstverwaltung einen Rivalen erblickt. Nur mit Mühe ist es mit Hilfe der Theorie vom „*pouvoir municipal*“ gelungen, den Gemeinden ein bescheidenes Maß von Selbständigkeit zu erringen. In der Hauptsache erscheint die Selbstverwaltung mehr nur als eine durch die Wahl von Kollegialorganen vermittelte Mitwirkung der Bürger an der staatlichen Verwaltung, denn als eine Verwaltung eigener Angelegenheiten. B l o d i g , *Selbstverwaltung als Rechtsbegriff*, 1894, S. 82 ff. O t t o M a y e r , *Theorie des franz. Verwaltungsrechts*, S. 426 ff. H a u r i o u , *Précis de Droit administratif*, 11 éd., 1927, p. 130, 179.

⁷ Ueber Vorzüge und Nachteile der Zentralisation und Dezentralisation: H a u r i o u , *Précis de Droit administratif*, 7 éd., p. 125 suiv. Nach Hauriou ist der Hauptnachteil der Zentralisation: „*Elle tue la vie publique et l'esprit public des populations qui n'ont jamais à s'occuper de leurs affaires.*“ Einer der wesentlichsten Nachteile der Dezentralisation durch Selbstverwaltung: „*L'administration devient infiniment plus coûteuse.*“ Vgl. auch H a u r i o u , *Principes du Droit public*, 472 suiv.

⁸ P r e u ß , *Die Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland* (Hbch. d. Politik I³ S. 281).

Rechte. Denn er besitzt von Gesetzes wegen einen Anspruch auf die Führung dieser Verwaltung. Als Verbände, die mit dieser Aufgabe betraut werden können, bieten sich dem Staat in erster Linie die im Staatsgebiete vorhandenen Gemeinden und Kommunalverbände höherer Ordnung an, die als fertige Organisationen eine selbständige Existenz neben dem Staat mit einem eigenen Wirkungskreise führen. Außer ihnen haben Reichs- und Landesgesetzgebung in steigendem Maß für die Durchführung der neuen Verwaltungsaufgaben selbständige Spezialinstitutionen ins Leben gerufen und deren Organisation auf besondere Zwecke zugeschnitten: Krankenkassen und Berufsgenossenschaften der Arbeiterversicherung⁹; die Fürsorgeverbände¹⁰ u. s. w. Man kann derartige Verbände als öffentliche Zweckverbände im weitern Sinne bezeichnen.

2. Die Weimarer Reichsverfassung hat die Selbstverwaltung ausdrücklich gewährleistet (Art. 127): „Gemeinden und Gemeindeverbände haben das Recht der Selbstverwaltung innerhalb der Schranken der Gesetze“, und eine entsprechende Vorschrift findet sich in den Verfassungsurkunden zahlreicher Länder.¹¹ Allein trotz dieser Anerkennung hat sich der Charakter der Selbstverwaltung im republikanischen Deutschland verändert.

Das hängt zunächst mit den unitarischen Bestrebungen der Reichsverfassung zusammen.¹² So hat das Reich die Zuständigkeit erlangt, durch reichsrechtliche Vorschriften auch in die Regelung des kommunalen Beamtenrechts einzugreifen,¹³ und unmittelbare Wirkung kommt dem Satz der Reichsverfassung Art. 17 Abs. 2 zu, der die Grundsätze des Reichstags-Wahlrechts auch auf die Gemeindewahlen erstreckt. Tief eingegriffen hat sodann die Reichsgesetzgebung in das Besteuerungsrecht der Gemeinden.¹⁴ Die Ge-

⁹ RVO. §§ 3, 225 f., 623 f. Erwin Jacobi, Die Träger der Sozialversicherung (Leipziger Festgabe f. Otto Mayer, 1916).

¹⁰ V. ü. d. Fürsorgepflicht v. 13. Febr. 1924, §§ 1 f. E. Ritter, Art. „Fürsorgeverbände“ HWR. II 561.

¹¹ Z. B. die Verfassungen von Preußen Art. 70, Baden § 20, Bayern § 22.

¹² Vgl. dazu Stier-Somlos Referat i. d. Verh. d. deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 2 (1925), S. 122 f.

¹³ Vgl. z. B. RVerf. Art. 10, Ziff. 3; Art. 129—131.

¹⁴ Vgl. vor allem das Reichsgesetz ü. d. Finanzausgleich zwischen Reich, Ländern und Gemeinden (Finanzausgleichsgesetz), in der Fassung v. 27. April 1926; vgl. insbes. den § 3: „Landes- und Gemeindesteuern, die die Steuereinnahmen des Reichs zu schädigen geeignet sind, sollen nicht erhoben werden, wenn überwiegende Interessen der Reichsfinanzen entgegenstehen.“ Das sog.

meinden sind in dieser Weise in eine direkte Beziehung zur Reichsgewalt gesetzt, aber andererseits von der Reichsgesetzgebung auch mit neuen Aufgaben betraut worden.¹⁵

Politisch bedeutungsvoll ist aber weiterhin die Tatsache, daß das parlamentarische System, das heute im deutschen Staate herrscht, auf derselben demokratischen Grundlage ruht, wie die Selbstverwaltung der Gemeinden und der höheren Kommunalverbände. Parlamentarismus und Selbstverwaltung erscheinen damit als Ausflüsse der Selbstregierung des Volkes, und der alte Gegensatz zwischen dem monarchischen Obrigkeitsstaat und der mit demokratischem Oele durchtränkten Selbstverwaltung — der so viele Reibungen hervorrief, aber auch den Antrieb zur Selbstbehauptung der Selbstverwaltung gab —, dieser Gegensatz wird mehr und mehr seinen politischen Beigeschmack verlieren¹⁶ und auf die Frage nach der Abgrenzung von Staatsverwaltung und Lokalverwaltung zurück-

Besoldungssperrgesetz des Reichs v. 21. Dez. 1920 (abgeändert 24. März 1925) hat die hohen Besoldungen der Gemeindebeamten eingedämmt, aus Konkurrenzgründen. Peters, Grenzen der komm. Selbstverwaltung, S. 145 f. Das Sperrgesetz ist am 1. April 1926 außer Kraft getreten.

¹⁵ Beispiel: Das Reichswohnungsmangelgesetz v. 26. Juli 1923 hat die zwangsweise Zuweisung von Mietern an Hauseigentümer gestattet und die Durchführung dieser Zwangswirtschaft den Gemeinden übertragen. RVerf. Art. 10, Ziff. 4. Stern, Wohnungsmangelgesetz³, 1927. Hue de Grais²⁴, S. 887. Vgl. ferner PrVBl. 45, S. 471; 46, S. 116. PrOVG. 14. Dez. 1922 (PrVBl. 44, 432). — Es sei ferner erinnert an die Dritte Steuernotverordnung v. 14. Febr. 1924, § 42, derzufolge „die Aufgaben der Wohlfahrtspflege des Schul- und Bildungswesens und der Polizei den Ländern nach Maßgabe näherer reichsrechtlicher Vorschriften zu selbständiger Regelung und Erfüllung überlassen werden. Die Länder bestimmen, inwieweit die Gemeinden (Gemeindeverbände) an der Erfüllung der einzelnen Aufgaben zu beteiligen sind.“ Eine weitere erhebliche Erweiterung ihres übertragenen Wirkungskreises wird die deutsche Gemeinde durch das künftige Reichsschulgesetz erhalten, wenn dieses gemäß RVerf. Art. 144 die Gemeinden sogar an der staatlichen Aufsicht über das Schulwesen beteiligt. — Andererseits werden die Gemeinden finanziell direkt vom Reich abhängig durch die Zuschüsse an die Verwaltungskosten, die das Reich den Wohngemeinden leistet, in denen Arbeitnehmer der Reichsbetriebe niedergelassen sind. RGes. ü. d. gegenseitigen Besteuerungsrechte des Reichs usw. v. 10. Aug. 1925, §§ 8—10. Vgl. ferner Finanzausgleichsgesetz, Fassung v. 9. April 1927, §§ 54, 57. Hue de Grais 213.

¹⁶ Es genügt, daran zu erinnern, mit welcher Leichtigkeit in den republikanischen Ländern Süddeutschlands die gänzliche oder teilweise Verstaatlichung der Ortspolizei gelang — eines der Kernstücke der alten kommunalen Selbstverwaltung.

geschraubt werden. Die Lebenskraft der Selbstverwaltung wird dadurch nicht erschüttert, solange der Gemeinsinn der Bürger wirksam bleibt.

II. Die in den vorstehenden Erörterungen genannten nichtstaatlichen Verbände und Anstalten („Selbstverwaltungskörper“) sind dem Staate zur Besorgung ihrer eigenen und übertragenen Verwaltungsaufgaben verpflichtet. Um ihnen diese Pflicht zu erleichtern, leistet ihnen der Staat nicht selten finanzielle Beihilfe unter dem Titel von Zuschüssen, Subventionen, Dotationen u. a. m.¹⁷ Das für das juristische Wesen dieser Verbände entscheidende Moment liegt aber in der Belehnung mit staatlichem Herrschaftsrecht (*imperium*), mit Befehlsgewalt. Von der Zweckbestimmung des einzelnen Verbandes hängt es ab, ob deren Organe diese Befehlsgewalt nur gegenüber Verbandsmitgliedern ausüben dürfen oder auch gegenüber dritten Personen. Soweit der Verband obrigkeitlich auftritt, sind die Verhältnisse zu seinen Gewaltunterworfenen dem öffentlichen Recht unterstellt.¹⁸ Wir bezeichnen daher einen solchen Verband als einen **V e r b a n d d e s ö f f e n t l i c h e n R e c h t s**.¹⁹

¹⁷ Vgl. z. B. Preuß. Gesetz betr. die Unterhaltung der öffentlichen Volksschulen v. 28. Juli 1906, § 18: „Im Falle des nachgewiesenen Unvermögens des Schulverbandes zur Aufbringung der Volksschullasten werden ihnen (sc. den Gemeinden) in den Grenzen der durch den Staatshaushaltsetat bereitgestellten Mittel Ergänzungszuschüsse gewährt . . .“

¹⁸ Vgl. oben S. 48. Den oben genannten Beispielen ist beizufügen, daß die Deichverbände des preuß. Rechts weitgehende Zwangsbefugnisse auch gegenüber Nichtmitgliedern besitzen. *A n s c h ü t z*, *HWStWissenschaften* ⁴ Art. „Deichwesen“. Preuß. Wassergesetz v. 7. April 1913, §§ 294 ff. (Deichverbände). *J. v. G i e r k e*, Art. „Deichverbände“ *HWR. II 1 f. B o c h a l l i*, *Deichrecht* (*VerwArch.* 30, 432).

¹⁹ Das darf aber nicht zu dem Schlusse verleiten, das genannte Merkmal sei in allen Verbänden wieder zu finden, die der Sprachgebrauch verschwenderisch als öffentlich-rechtliche Korporationen und Anstalten bezeichnet. Man hat zu Unrecht begonnen, als eine öffentlich-rechtliche Person jede Korporation oder Anstalt zu bezeichnen, die vom Gesetzgeber durch irgendein Attribut (Beitrittszwang, erhöhter Strafschutz usw.) über die Sphäre des Privatrechts emporgehoben worden ist. Man spräche in solchen Fällen besser von „qualifizierten Korporationen“ — nach dem Vorschlage von *K a h l*, *Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik*, I (1894) S. 340. Die Beschränkung des Ausdrucks „öffentlich-rechtlich“ auf die Verbände, die durch das oben im Texte genannte Merkmal ausgezeichnet sind, ist auch wegen der Anwendung des BGB. § 89 von Bedeutung. Vgl. darüber unten § 17. Ueber den Unterschied von privatrechtlichen und öffentlichen Verbänden s. *R o s i n*, *Oeffentliche Genossenschaft*, S. 16 ff. *G i e r k e*, *Deutsches Privatrecht*, I S. 619 ff.

1. Ueber die juristische Form dieser Verbände ist damit noch nichts gesagt.

Ein Blick in die Gesetzgebung zeigt uns, daß sich auch auf dem Boden des öffentlichen Rechts der korporative Verband, die *Korporation* des öffentlichen Rechts, zur Erreichung eines Gemeinzwerves als die geeignetste Form erweist. Man denke an die politischen Gemeinden und Kommunalverbände höherer Ordnung, an die „Spezialgemeinden“ (für Schulzwecke u. dgl.), an die Ortskrankenkassen (Korporationen der versicherten Arbeiter) und an die Berufsgenossenschaften der Arbeiterversicherung (Korporationen der Arbeitgeber)²⁰ u. a. m. Als Mitglieder erscheinen regelmäßig Einzelpersonen.²¹ Doch setzen sich einzelne Korporationen des öffentlichen Rechts selbst wieder aus juristischen Personen zusammen²². In der

v. Tuhr, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, I S. 452 ff. Otto Mayer, II³ S. 322 f. W. Jellinek, 163 f., 168 f. Ueber die Verhältnisse in der Schweiz s. Schweiz. Zivilgesetzbuch Art. 59 und dazu d. Zürcher Kommentar zum Schweiz. ZGB. Bd. I³ (Zürich 1927), bearbeitet von A. Egger.

²⁰ Erwin Jacobi, Die Träger der Sozialversicherung und ihre Angehörigen (Leipziger Festgabe f. Otto Mayer, 1916).

²¹ Die Mitgliedschaft kann auf freiwilligem Beitritt oder auf staatlichem Zwang beruhen. In einzelnen Genossenschaften ist die Mitgliedschaft mit bestimmten Grundstücken verbunden, so daß der jeweilige Eigentümer mit dem Erwerb des Grundstücks ipso jure Mitglied der Genossenschaft wird. Vgl. z. B. das Wassergesetz für das Königreich Sachsen v. 12. März 1909, § 104. und dazu der Kommentar von W. Schelcher, 2. Aufl., 1915. Preuß. Wassergesetz v. 7. April 1913, §§ 206 ff. und dazu der Kommentar von Holtz-Kreutz-Schlegelberger, 4. Aufl., 1927.

²² Preuß. Gesetz, betr. die Unterhaltung der öffentlichen Volksschulen, v. 28. Juli 1906, § 1: „... Gemeinden (Gutsbezirke) bilden entweder einen eigenen Schulverband oder werden behufs Unterhaltung einer oder mehrerer Volksschulen zu einem gemeinsamen Schulverbände (Gesamtschulverband) vereinigt... Gutsbezirke als Träger der Schullasten, sowie Gesamtschulverbände haben die Rechte der Körperschaften des öffentlichen Rechts.“ Besonders interessant ist das preußische Zweckverbandsgesetz v. 19. Juli 1911. Nach diesem können (§ 1) „Städte, Landgemeinden, Gutsbezirke, Bürgermeistereien, Aemter und Landkreise behufs Erfüllung einzelner kommunaler Aufgaben jeder Art miteinander zu Zweckverbänden im Sinne dieses Gesetzes verbunden werden, wenn die Beteiligten damit einverstanden sind.“ § 6 Abs. 2: „Der Zweckverband hat die Rechte einer öffentlichen Körperschaft, sofern sämtlichen Verbandsmitgliedern für sich diese Rechte zustehen.“ Neuwie, Die kommunalen Zweckverbände in Preußen, 1919. Helfritz, Grundriß des preuß. Kommunalrechts², S. 96 f. HWB. d. komm. W. IV 621, Art. „Zweckverbände“ von Kopsch. JahrböfR. VII 135. Den ersten Anwendungsfall stellte das Zweckverbandsgesetz für Groß-Berlin v. 19. Juli 1911

Zuerkennung öffentlich-rechtlicher Persönlichkeit liegt gleichzeitig die Ausstattung mit privatrechtlicher Rechtsfähigkeit.²³

Der mit öffentlicher Verwaltung betraute Verband kann jedoch auch als *Gesellschaft* (*societas*) organisiert sein.²⁴

Ferner aber werden wichtige Verwaltungsaufgaben durch selbständige, mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete öffentlich-rechtliche *Anstalten* besorgt.²⁵ Solche Anstalten werden durch

dar (JahrböfR. VII 138). Es war ein Ersatz für die unterlassene Eingemeindung der Vororte. Mit der Eingemeindung und der Schaffung der Einheitsgemeinde Berlin trat der Zweckverband Berlin außer Kraft. Preuß. Ges. ü. d. Bildung einer neuen Stadtgemeinde Berlin v. 27. April 1920. Helfritz, Grundriß, S. 99. Art. „Groß-Berlin“ (Wermuth, Hirsch) im HWB. d. komm. W. II 400 und Erg.-Bd. 700 (Hirsch). — Ueber juristische Personen als Mitglieder einer Korporation: Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 152 ff. Deutsches Privatrecht I S. 492.

²³ Otto Mayer, II³ 322 f. Hubrich, Die Entstehung öffentlicher Korporationen (Arch. f. Bürgerl. Recht Bd. 33, S. 22 ff.). — Für alle Verwaltungsmaterien, die dem Landesrechte überlassen geblieben sind, hat das Landesrecht die Kompetenz behalten, öffentlich-rechtliche Korporationen zu errichten. EG. z. BGB. Art. 82: „Unberührt bleiben die Vorschriften der Landesgesetze über die Verfassung solcher Vereine, deren Rechtsfähigkeit auf staatlicher Verleihung beruht.“ Vgl. auch EG. z. BGB. Art. 83, 84.

²⁴ Z. B. die nach § 128 der Preuß. Oestl. Landgemeindeordnung v. 3. Juli 1891 errichteten Wegeverbände zwischen Gemeinden und Gutsbezirken zur Erfüllung der Wegebaulast. PrOVG. v. 24. Okt. 1907 (Entsch. Bd. 51, S. 252). Germershausen, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, 3. Aufl., I (1907) S. 384 ff. Heute ist für die Bildung eines Wegeverbandes in erster Linie das Zweckverbandsgesetz v. 19. Juli 1911 maßgebend. — Ein interessantes Beispiel bildet die Vereinigung der reformierten 13 Kirchgemeinden der Stadt Zürich zu einem Verband, der u. a. die Aufgabe hat, einen Finanzausgleich zwischen steuerkräftigen und schwachen Gemeinden herbeizuführen (Zürch. [Staats-] Gesetz betr. d. Verband der stadtzürcherischen reformierten Kirchgemeinden v. 18. April 1909). Rosin, Oeffentl. Genossenschaft, S. 52. — Ferner können nach GewO. § 104—104 n Innungen, welche nicht derselben Aufsichtsbehörde unterstehen, zu Verbänden zusammentreten. „Die Innungsverbände haben die Aufgabe, zur Wahrnehmung der Interessen der in ihnen vertretenen Gewerbe die Innungen, Innungsausschüsse und Handwerkerkammern in der Verfolgung ihrer gesetzlichen Aufgaben sowie die Behörden durch Vorschläge und Anregungen zu unterstützen; sie sind befugt, den Arbeitsnachweis zu regeln sowie Fachschulen zu errichten und zu unterstützen.“ Soweit Innungsverbände für das Zivilrecht in Betracht fallen, gelten sie als Gesellschaften; sie können aber auch mit Korporationsrechten ausgestattet werden. Stier-Somlo, Art. „Innungsrecht“ HWR. III 274.

²⁵ Gierke, Deutsches Privatrecht, I S. 635 ff. — Es handelt sich ausschließlich um Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit. Regelsberger, Pandekten, I S. 344.

den Willen des Staats oder einer Gemeinde ins Leben gerufen. Dieser Teilwille wird von der Rechtsordnung verselbständigt und zum spiritus rector der Anstalt oder — was ihr gleichsteht — der öffentlich-rechtlichen Stiftung und ihres Vermögens erhoben.²⁶ Ein anschauliches Beispiel liefert das Recht der Arbeiterversicherung: die Reichsgesetzgebung hat zur Durchführung der Invaliden- und Altersversicherung und der Angestelltenversicherung besondere, vom Reiche und den Gliedstaaten rechtlich unabhängige Versicherungsanstalten errichtet.²⁷

Staatsverwaltung und Selbstverwaltung berühren und ergänzen

²⁶ H e u s l e r , Institutionen des Deutschen Privatrechts, I (1885) S. 255: „Der Wille des Stifters ist personifiziert, weil er zum Träger des Stiftungsgutes gemacht ist, dieses letztere fortan nur im Sinne jenes Willens darf verwendet werden und daher auf Jahrzehnte und Jahrhunderte hinaus von ihm beherrscht und gelenkt wird.“ — Der Unterschied zwischen Anstalt und Stiftung beruht nur in einem äußerlichen Moment: wenn bei der Widmung eines Vermögens zu einem bestimmten Zweck die wirtschaftliche Grundlage in äußeren Einrichtungen in die Erscheinung tritt, so spricht man von Anstalt, im entgegengesetzten Fall von Stiftung. R e g e l s b e r g e r , Pandekten, I S. 344—345. — Im alten (namentlich im mittelalterlichen) Recht wurde durch die Errichtung von Stiftungen Vorsorge getroffen für Zwecke (Armenwesen, Schulwesen), die nach der damaligen Auffassung in den Bereich der Kirche und nicht in den des Staates gehörten. Damit fiel den Organen dieser Stiftungen bis zu einem gewissen Grade die Besorgung dieser Verwaltungszweige zu. Die moderne Gesetzgebung hat jedoch die Aufgaben, denen diese Stiftungen dienen, zum größten Teil dem Staate oder den weltlichen Selbstverwaltungskörpern übertragen. Infolgedessen hat die Staatsgesetzgebung in irgendeiner Form die Erträgnisse dieser Stiftungen den Kassen derjenigen Körperschaften zugeleitet, die nach dem heutigen Recht für die erwähnten Zwecke aufzukommen haben. S a r t o r i u s , Art. „Stiftungen“ in Stengels Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Erg.-Bd. II S. 278 ff. F r i e d b e r g , Lehrbuch des kathol. und evangel. Kirchenrechts, 6. Aufl. (1909), S. 552. H a n s H e i m b e r g e r , Die konfessionell beschränkte weltliche Stiftung und ihre Verwaltung im Großherzogtum Baden, 1907, S. 107 ff. (Kirchenrechtliche Abhandlungen, herausgeg. von Stutz, Heft 41). Ders., Die Veränderung des Stiftungszweckes, 1913 (Deutschrechtliche Beiträge VIII, Heft 3). H a t s c h e k , Städtische Anstalt und städtische Stiftung, VerwArch. 19, 303. W. J e l l i n e k , 148, 169.

²⁷ RVO. v. 19. Juli 1911 (Fassung 1924/26), §§ 1326 ff.; Versicherungsgesetz f. Angestellte v. 20. Dez. 1911 (Fassung 1924), §§ 96 ff. E r w i n J a c o b i , Die Träger der Sozialversicherung, 1916. W. J e l l i n e k 518. S t i e r - S o m l o , Art. „Angestelltenversicherung“ HWR. I 170. Art. „Invaliden- und Altersversicherung“ HWR. III 358. Ueber die Feuerversicherungsanstalten: WStrVR. I² S. 776, Art. „Feuerversicherung“ (v. H a a g); und M o l d e n h a u e r , Art. „Feuerversicherung“ HWR. II 412.

sich gegenseitig. Darum hat die Gesetzgebung nach Bedürfnis die staatlichen Verwaltungsbezirke häufig an Selbstverwaltungsverbände angelehnt, Bindeglieder zwischen beiden hergestellt und die Selbstverwaltungsverbände zur Erledigung von Staatsaufgaben herangezogen.²⁸

2. In der Gesamtorganisation der öffentlichen Verwaltung werden die Selbstverwaltungskörper durch zwei Merkmale charakterisiert: durch ihren Wirkungskreis und durch die Unterwerfung unter die Staatsaufsicht.

a) Sein **Wirkungskreis** ist jedem Selbstverwaltungskörper vorgezeichnet entweder durch die ganze historische Entwicklung, dergestalt, daß der moderne Gesetzgeber damit als mit einem gegebenen Begriffe rechnet (Gemeinden), oder durch das Staatsgesetz, das den Selbstverwaltungskörper ins Leben gerufen hat. Auf diesen besonderen Wirkungskreis ist die Organisation des Selbstverwaltungskörpers zugeschnitten. Die Schranken seiner Kompetenz sind für jeden Selbstverwaltungskörper die Grenzen seiner rechtlichen Gewalt.

Dies wird deutlich sichtbar bei den Selbstverwaltungskörpern, die für die Besorgung einer einzigen, genau umschriebenen Verwaltungsaufgabe (Krankenversicherung, Wegeunterhalt, Uferschutz usw.) sind gebildet worden. Doch kann eine Erweiterung ihrer Kompetenzgrenze eintreten, wenn das Gesetz es dem Selbstverwaltungsverband offen gelassen hat, neben seinen **obligatorischen**, noch gewisse, von vornherein bestimmte **fakultative Aufgaben** in seinen Bereich zu ziehen.²⁹ Hat der Selbstverwaltungsverband

²⁸ So ist in Preußen z. B. die Provinz Staatsverwaltungsbezirk (Oberpräsident) und höherer Kommunalverband (Provinziallandtag). *H u e d e G r a i s* ²⁴, S. 94 f., 152 f. In Württemberg fallen die Amtskörperschaften (höhere Kommunalverbände) räumlich mit den staatlichen Oberamtsbezirken zusammen; der staatliche Verwaltungsbeamte (Oberamtsvorstand) gehört der Amtsversammlung als Vorsitzender an. Andererseits sind heute die Oberpräsidenten und Regierungspräsidenten im Einvernehmen mit dem Provinzialausschuß zu ernennen. Der Provinzialausschuß wird vom Provinziallandtag (Selbstverwaltungsorgan) gewählt. Preuß. Verf. v. 30. Nov. 1920 Art. 86. Eine eingehende vortreffliche Zusammenstellung der Verwaltungsorganisation der Länder, Gemeinden und höheren Kommunalverbände bei *W. J e l i n e k*, § 4.

²⁹ Beispiele bilden die sog. Mehrleistungen der Arbeiterversicherung. Es können die Krankenkassen eine Erhöhung und Erweiterung der ihnen gesetzlich (RVO.) obliegenden Regelleistungen zugunsten der Versicherten in ihren Satzungen anordnen, z. B. das Sterbegeld erhöhen, oder Krankenpflege an

seine Tätigkeit auf solche fakultative Aufgaben ausgedehnt, so ist er verpflichtet, diese zu besorgen, wie seine obligatorischen Geschäfte.

Aber die kräftigsten der Selbstverwaltungskörper erfüllen nicht bloß solche Spezialaufgaben. Ihr Lebenszweck besteht in der Besorgung alles dessen, was die geschichtliche Entwicklung in Deutschland der Lokalverwaltung, im Gegensatz zur Staatsverwaltung, vorbehalten hat.

Obenan stehen die *Gemeinden*.³⁰ Sie sind historisch aus den alten Markgemeinden hervorgegangen, d. h. aus Personenverbänden, die gleichzeitig den Beruf eines örtlichen Gemeinwesens und einer ländlichen Wirtschaftsgenossenschaft (einer agrarischen Produktionsgemeinschaft für die gemeinsame Ausnutzung von Wald und Weide) ausgeübt haben.³¹ Die politische Seite der Markgemeinde hat sich in der modernen Stadt- und Landgemeinde fortgesetzt. Die Reste der Markgemeinde als Agrargenossenschaft haben sich in den „bürgerlichen Nutzungsrechten“ erhalten, d. h. der Befugnis einer Klasse von Gemeindebürgern, bestimmte Stücke des Gemeindelandes (Wald, Aecker) für ihre individuellen Zwecke zu nutzen.³²

Familienangehörige der Versicherten zubilligen, die darauf sonst keinen Anspruch haben. RVO. 179, 204, 205 b u. a. m. — Fakultative Aufgaben der Gemeinden sind z. B. die Angelegenheiten, in denen der sog. Gemeindefiskalismus in die Erscheinung tritt: Wasserversorgung, Schlachthäuser, Elektrizitätswerke u. a. m. v. *Blume*, Art. „Gemeinden“ (sozialpolit. Aufgaben), HWStW. IV * 770.

³⁰ *Gierke*, Deutsches Privatrecht, I §§ 71 ff. und die dort zitierte Literatur. *Georg Meyer-Anschütz*?, §§ 110 ff. und die dort zitierte Literatur. *Schoen*, Encyclop. IV, S. 238 f. *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., S. 275 ff. *Hugo Preuß*, Das städtische Amtsrecht in Preußen, 1902. WStVR. II * S. 39 Art. „Gemeinde“ (von *Walz*, *Stier-Somlo* u. a.). Art. „Gemeinde“ von *Preuß* im HWB. d. komm. W. II 186. *Stier-Somlo*, Art. „Gemeinde“ HWR. II 664. *Herrnritt*, S. 201 f. *Otto Mayer*, II * § 58. Ferner zahlreiche Artikel im HWB. d. Kommunalwissenschaften (Fischer, Jena 1922 f.). — Ueber die neueste Entwicklung des Gemeindeverfassungsrechts in Deutschland s. die Berichte von *Stier-Somlo*, *L. v. Köhler* und *Helfritz* in den Veröffentl. d. Vereinigung d. Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 2 (1925); die Aussprache daselbst S. 248 f.

³¹ *Heusler*, Institutionen des Deutschen Privatrechts, I S. 262 ff., 305 ff. *Hübner*, Grundzüge des Deutschen Privatrechts², S. 107 ff.

³² *Gierke*, Deutsches Privatrecht, I S. 605 ff. Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 198 ff. *Kamptz* und *Genzmer*, Die Rechtsprechung des Kgl. Preuß. OVG., I (1897) S. 667 ff. *Göz*, Württ. Staatsrecht, S. 274. *Walz*, Bad. Staatsrecht, S. 178.

Die Gemeinde ist ein körperschaftlicher, auf einem bestimmten Gebiete (Gemarkung) seßhafter Verband. Sie stellt einen Typus der Gebietskörperschaft dar.³³ Gebiet und Angehörige sind begriffswesentliche Elemente der Gemeinde.³⁴ Noch zu Beginn des 19. Jahrhunderts beruhte die Gemeinde auf dem Verbande der Gemeindebürger (Bürgergemeinde). Der Einzelne trat in diesen Verband ein durch Geburt, Heirat oder durch Verleihung des Bürgerrechts. Die Bürgergemeinde war seine Heimat, die ihn jederzeit aufnehmen und im Falle der Hilfsbedürftigkeit unterstützen mußte, selbst wenn er ihr Jahrzehnte lang ferngeblieben war. Die Gesetzgebung Preußens begann seit dem Jahre 1842 das alte Heimatrecht zu unterwühlen, indem sie die Niederlassung in allen Gemeinden des Staatsgebietes von den wesentlichsten der bisherigen Beschränkungen befreite und dem Niedergelassenen nach Ablauf einer bestimmten Zeit einen Anspruch auf Armenunterstützung gegen die Armenbehörden seines Wohnsitzes gab.³⁵ Die Reichsgesetzgebung³⁶ hat sich die Grundlage

³³ Preuß, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, 1889. — Eine Ausnahme bilden die selbständigen Gutsbezirke, d. h. herrschaftliche Besitzungen (Rittergüter usw.), deren Gutsherr für seinen Bereich die obrigkeitliche Gewalt einer Gemeinde hat. Stier-Somlo, HWR. III 77. Helfritz, Grundriß 88. Riemann, Zur Auflösung der Gutsbezirke in Preußen (JW 1928, 452).

³⁴ Ueber Gemeindevereinigungen und Eingemeindungen s. Stier-Somlo, Art. „Eingemeindungsrecht“ HWR. II 173. Stier-Somlo, Eingemeindungsrecht (i. d. Festgabe f. d. Preuß. OVG. S. 144 f.). A. Heusler, Der Einfluß von Gemeindevereinigungen auf Gemeindegeldschulden (Z. f. schweiz. R. n. F. X, 1891, S. 353). W. Jellinek, 74, 110, 137, 185. Peters, Grenzen, 100, 109 (Literatur).

³⁵ Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 696 ff. Rönne-Zorn, Preuß. Staatsrecht, II⁵ S. 170 f.

³⁶ Die Entwicklung wird durch folgende Gesetze bezeichnet: Das Bundes- (Reichs-) Gesetz über die Freizügigkeit v. 1. Nov. 1867 hat allen Deutschen das Recht eingeräumt, sich innerhalb des Reichsgebietes an jedem Orte aufzuhalten oder niederzulassen. — Nach dem Bundes- (Reichs-) Gesetz über die Aufhebung der polizeilichen Beschränkungen der Eheschließung v. 4. Mai 1868 bedürfen Deutsche „zur Eingehung einer Ehe oder zu der damit verbundenen Gründung eines eigenen Haushalts weder des Besitzes, noch des Erwerbes einer Gemeindeangehörigkeit (Gemeindemitgliedschaft) oder des Einwohnerrechtes, noch der Genehmigung der Gemeinde (Gutsherrschaft) oder des Armenverbandes, noch einer obrigkeitlichen Erlaubnis . . . Auch darf von der ortsfremden Braut ein Zuzugsgeld oder eine sonstige Abgabe nicht erhoben werden.“ — Die Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund v. 21. Juni 1869 führte im ganzen Bundes- (Reichs-) Gebiet die Gewerbefreiheit ein und bestimmte insbesondere (§ 13): „Von dem Besitze des Bürgerrechtes soll die

des preußischen Rechts zu eigen gemacht und schrittweise dem alten Heimatrecht seinen wesentlichen Inhalt genommen. Die wichtigsten Ansprüche gegen die Gemeinde (Benützung der Gemeindegemeinschaften, Armenunterstützung, Gewerbeausübung usw.) stehen nicht mehr bloß dem Gemeindebürger zu, sondern jedem Reichsangehörigen, der in der Gemeinde wohnt.³⁷ Die Einwohnergemeinde hat der Bürgergemeinde die Mehrzahl aller Selbstverwaltungsaufgaben und Selbstverwaltungslasten abgenommen.³⁸ — Ueber den Gemeinden hat der Gesetzgeber **K o m m u n a l v e r b ä n d e h ö h e r e r O r d n u n g** organisiert (Landkreise und Provinzialverbände in Preußen; Amtskörperschaften in Württemberg; Kreis-, Bezirks- und Amtsverbände in Baden usw.)³⁹ Sie werden regelmäßig gebildet durch Zusammenlegen mehrerer gleichartiger Gebietskörperschaften. Der Kommunalverband höherer Ordnung ist selbst wieder Gebietskörperschaft. Für seine Angehörigen besteht regelmäßig eine doppelte Mitgliedschaft: sie gehören dem unteren und dem höheren Verbands gleichzeitig an.⁴⁰ Möglich ist aber auch, daß der höhere Kommunalverband ausschließlich aus niederen Selbstverwaltungsverbänden

Zulassung zum Gewerbebetrieb in keiner Gemeinde und bei keinem Gewerbe abhängig sein.“ — Endlich hat das Bundes- (Reichs-) Gesetz über den Unterstützungswohnsitz v. 6. Juni 1870 auch im Armenwesen das Wohnsitzprinzip zur Geltung gebracht. G. Meyer-Anschütz⁷, 429, 822, 949, 962. Schoen, Enzyklop. IV 244.

³⁷) Verordnung ü. d. Fürsorgepflicht v. 13. Febr. 1924 (sie hat das Unterstützungswohnsitzgesetz aufgehoben (und dazu der Kommentar⁵ von Baath, 1927). Ritter, Art. „Fürsorgepflicht“ HWR. II 557. Ferner fallen in Betracht: RVerf. Art. 110 Abs. 2 (dazu die Kommentare von Anschütz und von Giese), Art. 111.

³⁸ RVerf. Art. 17 Abs. 2. Charakteristisch: Bad. GemO. 5. Okt. 1921 § 93: „In Gemeinden mit mehr als 10 000 Einwohnern findet ein Einkauf in das Bürgerrecht oder der Antritt des angeborenen Bürgerrechts nicht mehr statt...“ Art. „Einwohnergemeinde von Dittrich im HWB. d. komm. W. I 600. Ueber die Reste des besondern Gemeindebürgerrechts und die bürgerlichen Nutzungsrechte: Dittrich, Art. „Gemeindeangehörige“ HWB. d. komm. W. II. Elster, Art. „Allmende“ HWR. I 103. G. Meyer-Anschütz⁷ 419. W. Jellinek 198. — Ueber die schweizerische Entwicklung: Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 90 f.

³⁹ W. Jellinek 74.

⁴⁰ Beispiele: Preußische Provinzialordnung für die östlichen Provinzen v. 29. Juni 1875 § 5: „Provinzialangehörige sind alle Angehörigen der zu der Provinz gehörigen Kreise.“ Badische Kreisordnung v. 19. Juni 1923 § 3: „Wer auf einer der zum Kreis gehörigen Gemarkungen (d. h. Gemeindegebiet) wohnt, ist Kreisangehöriger.“

besteht.⁴¹ Die Kommunalverbände höherer Ordnung sind gemeindeähnlich organisiert und daher dazu geeignet, alle Geschäfte der Selbstverwaltung schlechthin zu übernehmen. Gesetz oder Gewohnheit können ihnen demgemäß solche Selbstverwaltungsaufgaben übertragen, für welche die Kraft der Gemeinden nicht ausreicht.⁴²

Die Geschäfte, die sich die Gemeinde — und der ihr gleichwertige höhere Kommunalverband — in einem langen geschichtlichen Prozesse als ihre Domäne erkämpft hat und die demgemäß ihren eigentlichen Lebenszweck ausmachen, bilden den **eigenen Wirkungskreis** der Körperschaft⁴³ („Selbstverwaltungsangelegenheiten“ i. e. S.). Der Staat besitzt aber die Kompetenz,

⁴¹ Beispiel: Die württembergischen Amtskörperschaften.

⁴² Württembergische Bezirksordnung v. 28. Juli 1906, Art. 13: „Der Amtskörperschaft kommt die Pflege der gemeinschaftlichen Interessen der Gemeinden und der Angehörigen des Bezirks zu . . .“ Badische Kreisordnung v. 19. Jan. 1923, § 6: „Die Kreise haben die durch Landesgesetz ihnen zugewiesenen Staatsaufgaben zu vollziehen. Außerdem kommt ihnen zu, zum allgemeinen oder der Kreisangehörigen Wohl Selbstverwaltungsaufgaben zu erfüllen und zur Förderung der gemeinsamen Kultur, Wirtschaft und Wohltätigkeit die Gemeinden zu unterstützen.“

⁴³ Z. B. Bayr. Verf. von 1919, § 22: „Den bürgerlichen Gemeinden und den Gemeindeverbänden wird das Selbstverwaltungsrecht gewährleistet. Sie verwalten nach Maßgabe der Gesetze ihre eigenen und die ihnen vom Staate übertragenen Angelegenheiten . . .“ Ebenso gewährleistet die Badische Verf. von 1919 § 20 die Selbstbestimmung und Selbstverwaltung der Gemeinden. Eine „Beschränkung in diesen Rechten oder eine Auferlegung von Pflichten über die derzeit bestehenden Gesetze hinaus kann künftig nur unter Einhaltung der für Verfassungsänderungen gegebenen Vorschriften beschlossen werden.“ Ueber die ganze Streitfrage, ob es einen „eigenen Wirkungskreis“ der Gemeinden (im Sinn des Textes) gibt, s. die Referate von **Stier-Somlo**, **L. v. Köhler** und **Helfritz** und die Diskussion an der Deutschen Staatsrechtslehrer-Tagung (1925). Veröffentlichungen Heft 2. **H. Peters**, Grenzen der komm. Selbstverwaltung, S. 21 f. — Der bayr. VerwGH. hat am 20. Dez. 1911 (Reger 32, 183) entschieden, daß die Uebernahme der Kosten für die Errichtung eines kommunalen Krematoriums in den Selbstverwaltungsbereich der Gemeinden gehöre und daher kraft der Staatsaufsicht nicht verboten werden dürfe. Andererseits hat das PrOVG. mit Urteil vom 21. Sept. 1886 (Entscheidungen Bd. 14, S. 76) erklärt, der Ersatz der Reisekosten an Wahlmänner (bei Landtagswahlen) gehöre nicht zu den kommunalen Aufgaben. Trotz der Selbstverwaltung darf die Gemeinde ihr Vermögen nicht zu beliebigen Zwecken verwenden. — Ebensowenig darf die Gemeinde, Gemeindemittel zugunsten von Streikenden verwenden. VerwArch. 31, 243. Hieher gehört auch die Frage, ob und wie weit die Landesbehörden befugt sind, die Gemeinden am Verfassungstag zum Beflaggen der Dienstgebäude anzuhalten. **W. Jellinek** 510. DJZ. 32, 1130 und 1198.

einem solchen Selbstverwaltungskörper überdies staatliche Verwaltungsgeschäfte zu übertragen. Dann handelt der Selbstverwaltungskörper im Auftrag und Interesse des Staates. Man spricht in solchen Fällen von einem übertragenen Wirkungskreis („Auftragsangelegenheiten“). Eine derartige Delegation bedarf stets der gesetzlichen Grundlage. Andererseits erlangt dadurch der Selbstverwaltungsverband ein Recht auf diese Vertretung. Die übertragenen Kompetenzen sind ihm nicht bloß auf Widerruf verliehen. Der Verband ist verpflichtet, die ihm zugewiesenen Geschäfte durch seine Beamten besorgen zu lassen und, wenn keine besondere gesetzliche Regelung Platz greift, den Aufwand aus eigenen Mitteln zu bestreiten.⁴⁴ In dieser Weise kann den Gemeinden die Wahrnehmung von standesamtlichen, von richterlichen und polizeilichen Funktionen übertragen sein.⁴⁵ Die Grenze zwischen dem eigenen und dem übertragenen Wirkungskreis ist unsicher und für jeden Staat an Hand der historischen Entwicklung besonders zu bestimmen.⁴⁶ So ist z. B. die Ortspolizei in Preußen grundsätzlich Staatsaufgabe. Umgekehrt gehört in Württemberg und Baden die Ortspolizei zu den eigenen Angelegenheiten der Gemeinden. Aber in Preußen kann der Staat unter gewissen Voraussetzungen Gemeinden oder bestimmte Gemeindeorgane mit der Handhabung der Ortspolizei beauftragen, und andererseits hat die neuste Gemeindegesetzgebung in Baden und Württemberg für gewisse Städte die Zuweisung bestimmter polizeilicher Tätigkeiten, namentlich der Orts-

⁴⁴ *Thoma*, Polizeibefehl im Bad. Rechte, I S. 154 ff. Landesverwaltungsordnung für Thüringen v. 10. Juni 1926 § 25. Wenn die Gemeinde auf Grund reichsrechtlichen oder landesrechtlichen Auftrags (s. oben Anm. 15) zur Behebung der Wohnungsnot private Räume in Anspruch nimmt, so hat sie dafür zu entschädigen (RGerZ. 3. Juli 1925; JW. 1925, 2227).

⁴⁵ Nach dem Reichs-Personenstandsgesetz v. 6. Febr. 1875, §§ 4 ff., haben in den Standesamtsbezirken, die den Bezirk einer Gemeinde nicht überschreiten, Gemeindeorgane die standesamtlichen Geschäfte zu besorgen. — Vgl. ferner den Vorbehalt zugunsten der Gemeindegerichtsbarkeit im GVG. § 14, Ziff. 3. A. *Hegler*, Das Gemeindegerichtsverfahren in Baden und Württemberg, 1910 und *WStVR*³ II 156. *Bovensiepen*, Art. „Gemeindegerichte“ HWR. II 681.

⁴⁶ So gehören die Zuständigkeiten der Gemeinden auf Grund der Reichs-Wohnungsmangelgesetzgebung zu den sog. Auftragsangelegenheiten. Bayr. VGH. 25. Nov. 1921 (Reger 42, 172), ebenso das PrOVG. 18. Dez. 1923 (*Huede Grais*²⁴, S. 888). Ueber die Fürsorgeerziehung PrVBl. 45, 250 und 379 (Aufsätze von *Kitz* und *Blumenthal*).

polizei an staatliche Behörden als zulässig erklärt.⁴⁷ Denn es steht in der Macht des Gesetzgebers, die Grenze zwischen dem eigenen und dem übertragenen Wirkungskreis zu verschieben.⁴⁸ Auch ist ferner zu beachten, daß sich zwischen reiner Staatsverwaltung und Gemeindeverwaltung im übertragenen Wirkungskreis Uebergänge und Zwischenstufen entwickeln können. So läßt sich die Frage, ob die Lehrer an öffentlichen Volksschulen Staats- oder Kommunalbeamte sind, nicht mit einer für alle Länder gültigen Formel beantworten. Bei der Entscheidung der Frage, ob die Volksschule Staatsanstalt oder Gemeindeanstalt sei, darf nicht auf ein einziges Moment abgestellt werden, z. B. darauf, ob der Lehrer von einer Staats- oder aber von einer Gemeindebehörde angestellt worden ist oder ob er vom Staate oder von der Gemeinde besoldet wird.⁴⁹ Maßgebend bleibt allein, zu welchem Kreise (Staat oder Gemeinde) die Organfunktionen des Beamten gehören.⁵⁰ Dies aber läßt sich nur bestimmen an Hand der historischen Entwicklung und der ganzen geltenden Schulgesetzgebung des einzelnen Staates.⁵¹

Die Verwaltungsgeschäfte des „übertragenen Wirkungskreises“ sind der Gemeinde als solcher übertragen. Sie führt sie mit ihren eigenen Gemeindebeamten; für den Gemeindebeamten ist es gleichgültig, ob er eigene Angelegenheiten der Gemeinde oder übertragene staatliche Geschäfte besorgt. Er bleibt auch im „übertragenen Wirkungskreis“ Organ der Gemeinde und ist grundsätzlich nur den höheren Gemeindeorganen subordiniert. Die Bezeichnung der Gemeindebeamten als „mittelbare Staatsbeamte“ wird, wo das Ver-

⁴⁷ Für Preußen: Preuß., Städtisches Amtsrecht in Preußen, S. 215 f. Preuß. Verf. von 1920 Art. 72 und dazu der Kommentar² von Giese-Volkmann. Für die süddeutschen Staaten: Referate an der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1925 (Heft 2). Für Württemberg insbes.: Köhler, ArchöfR. 42, 206. Sartorius, JahrböfR. 13, 390.

⁴⁸ Das nimmt z. B. die preuß. Verf. von 1920 Art. 72 für die Provinzen in Aussicht.

⁴⁹ Preuß., Städt. Amtsrecht in Preußen, S. 208 ff.

⁵⁰ Die Frage wird vor allem bedeutungsvoll, wenn es sich um die Beurteilung des Bedenkens handelt, ob der durch ein Verschulden eines Volksschullehrers (mangelhafte Beaufsichtigung der Schulkinder u. dgl.) Geschädigte seine Schadenersatzklage gegen die Gemeinde oder aber gegen den Staat (s. unten § 17) zu richten hat. Für das preuß. Recht: RGerZ. Bd. 80, S. 338. Anschütz, Preuß. Verfassungsurkunde, I (1912) S. 418 f.

⁵¹ Die Streitfrage wird nicht entschieden von der RVerf. 143 Abs. 3: „Die Lehrer an öffentlichen Schulen haben die Rechte und Pflichten der Staatsbeamten.“ Das Landesrecht entscheidet. Vgl. die Kommentare von An-

hältnis rein durchgeführt ist, den Tatsachen nicht gerecht.⁵² Allein das Gesetz kann die Selbstverwaltung durchbrechen und die Gemeindebeamten, soweit sie Geschäfte des übertragenen Wirkungskreises besorgen, direkt den Staatsbehörden unterwerfen.⁵³ Der Gemeindebeamte wird dadurch ein Glied der staatlichen Behördenorganisation: mittelbarer Staatsbeamter im alten Sinn. An die Stelle der Staatsaufsicht über den Selbstverwaltungskörper tritt dann die staatliche Dienstgewalt über den Gemeindebeamten selbst.⁵⁴ Aber dieser bleibt Organ der Gemeinde, und darum haftet die Gemeinde dem Dritten, der durch die Tätigkeit des Beamten im übertragenen Wirkungskreis geschädigt worden ist.⁵⁵ So hat z. B. die preußische Gesetzgebung die örtliche Polizeiverwaltung nicht der Gemeinde als solcher, sondern den vom Gesetzgeber genau bezeichneten Gemeindeorganen (Bürgermeister, Magistrat usw.) übertragen und diese für den erwähnten Bereich der staatlichen Behördenorganisation eingliedert.⁵⁶ Dasselbe Verfahren hat der Gesetzgeber bei der Uebertragung anderer staatlicher Geschäfte eingeschlagen (standesamtlicher Funktionen, Funktionen der sog. gerichtlichen Polizei u. a. m.).

Die Kompetenz zur Selbstverwaltung schließt nicht von Rechts wegen die Zuständigkeit zur Selbstgesetzgebung, zur

schütz und von Giese und die dort zu Art. 143 angeführte Literatur.

⁵² Vgl. darüber Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 158 ff. Preuß, Städt. Amtsrecht, S. 118, 151.

⁵³ Peters, Grenzen, 121 f.

⁵⁴ Otto Mayer, II² S. 362.

⁵⁵ Delius, PrVBl. 45, 348.

⁵⁶ Preuß. Gesetz über die Polizeiverwaltung v. 11. März 1850, § 1: „Die örtliche Polizeiverwaltung wird von den nach den Vorschriften der Gemeindeordnung dazu bestimmten Beamten (Bürgermeistern, Kreisamtmännern, Oberschulzen) im Namen des Königs geführt, vorbehaltlich der in § 2 des gegenwärtigen Gesetzes vorgesehenen Ausnahme. — Die Ortspolizeibeamten sind verpflichtet, die ihnen von der vorgesetzten Staatsbehörde in Polizeiangelegenheiten erteilten Anweisungen zur Ausführung zu bringen...“ Preuß, Städt. Amtsrecht in Preußen, S. 215 ff. Anschütz, Polizei, Staat und Gemeinde in Preußen (Berliner Festgabe f. Brunner, 1914, S. 339 f.). Friedrichs, Gemeindepolizei und Staatspolizei (Z. f. Staats- und Selbstverwaltung 1922/23, S. 160 f.). Weitere Literatur bei W. Jellinek, 406. — Bei der Uebertragung der Ortspolizei an Gemeindeorgane gewinnt die Frage der sog. Polizeikosten eine besondere Bedeutung. Was sind solche? Wer hat sie zu tragen? Vgl. hierüber W. Jellinek, 406, 411. Das badische Gesetz ü. d. Polizeiverwaltung von 1923 §§ 7 f. hat die Streitfrage zu entscheiden versucht.

Autonomie über alle zur Selbstverwaltung gehörenden Angelegenheiten in sich (oben § 5).⁵⁷ Das Staatsgesetz bestimmt die Schranken bis zu, denen ein Selbstverwaltungskörper seine eigene Organisation ausgestalten und über die seiner Verwaltung unterstehenden Materien Rechtsvorschriften in einer Satzung (Statut, Ortsgesetz) aufstellen darf. Der Selbstverwaltungskörper besitzt auch hier Gewalt nur über seine Mitglieder. Er kann deshalb Rechtssätze, die über den Kreis seiner Mitglieder hinaus gelten sollen, nur vermöge ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung schaffen.

b. Die Selbstverwaltungskörper stehen unter der Aufsicht des Staates.⁵⁸ Der Staat wacht darüber, einerseits daß sie ihren Wirkungskreis, den eigenen wie den übertragenen, nicht überschreiten, andererseits daß sie ihre Lebensaufgaben erfüllen und sie jederzeit, insbesondere auch nach der finanziellen Seite hin, wahrzunehmen in der Lage sind.⁵⁹ Die zuständigen Staatsbehörden haben diese Aufsicht ununterbrochen und von Amts wegen, nicht erst auf Beschwerde hin, zu betätigen. Allein sie sind dabei an feste gesetz-

⁵⁷ Gierke, Deutsches Privatrecht, I S. 142 ff. (Die autonome Satzungen). Rosin, Oeffentl. Genossenschaft, S. 181 ff. Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 351 ff., 451 ff. Preuß, Städt. Amtsrecht, S. 154 ff., 367 ff. Walz, Bad. Staatsrecht, S. 188. Peters, Grenzen der komm. Selbstverwaltung, 113 f. Jacobi, Arbeitsrecht, S. 140.

⁵⁸ Zum Folgenden sind vor allem zu vergleichen die Darstellungen von Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 652 ff., und von Preuß, Städt. Amtsrecht in Preußen, S. 296 ff. (Preuß hat den Unterschied zwischen Staatsaufsicht und Subordination besonders klar erörtert). Markull, Art. „Staatsaufsicht“ (über Gemeinden) im WStVR.³ II 155 und die Art. „Gemeindeorganisationen“ (Staatsaufsicht) daselbst II² 55 ff. Otto Mayer, II³ § 61. Rosin, Oeffentl. Genossenschaft, S. 102 ff. Schön, Recht der Kommunalverbände in Preußen, S. 9 ff., 336 ff. Walter Schönborn, Das Oberaufsichtsrecht des Staates im modernen deutschen Staatsrecht (Heidelberger Doktordissertation), 1906. Walz, Bad. Gemeinderecht, S. 385 ff., 388. Georg Meyer-Anschütz⁷, S. 438, 463. Stier-Somlo, HWR. V 439. Peters, Grenzen der komm. Selbstverw., 216 f. Veröffentl. d. Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, Heft 2 (1925). H. Triepel, Reichsaufsicht, 1917. Friedrichs, Gemeindeaufsicht (VerwArch. 30, 74 und 179). v. Gehe, Selbstverw. und staatl. Aufsichtsrecht nach d. sächs. GemO. (Fischers Z. Bd. 56). Grumbkow, Geschichte der Kommunalaufsicht in Preußen, 1921. W. Jellinek, 504 (Literatur), 511. Helfritz, Grundriß, 61 f., 86 f., 119, 127.

⁵⁹ Vgl. z. B. Württemb. Gemeindeordnung von 1906, Art. 186: „Die Ausübung der Aufsicht der Staatsbehörden über die Gemeindeverwaltung beschränkt sich . . . darauf, daß 1. die gesetzlich den Gemeinden zustehenden Befugnisse nicht überschritten, 2. die gesetzlich den Gemeinden obliegenden

liche Rechtsnormen gebunden. Der Staatsaufsicht kommt unter allen Umständen eine Kontrolle über die **R e c h t m ä ß i g k e i t** der Handlungen des Selbstverwaltungskörpers zu. Sie ist aber regelmäßig auch berufen, gewisse Akte der Selbstverwaltung auf ihre **Z w e c k m ä ß i g k e i t** hin zu prüfen.⁶⁰

Kraft der Aufsichtsgewalt des Staats besitzen die Staatsbehörden von Rechts wegen die Befugnis, sich durch eigenen Einblick Kenntnis zu verschaffen von der Tätigkeit der Selbstverwaltungskörper. Im übrigen hat der Gesetzgeber die Staatsaufsicht mit abwehrenden (repressiven) und mit vorbeugenden (präventiven) Mitteln ausgestattet. Im Polizeistaat stand die Prävention im Vordergrund; das moderne Recht hat das Schwergewicht auf die Abwehr gelegt.⁶¹ Das umfassendste Mittel der Abwehr bildet die Kompetenz der staatlichen Aufsichtsbehörde, gesetzwidrige Akte des Selbstverwaltungskörpers zu beanstanden und die Selbstverwaltungsorgane dadurch zu ihrer Zurücknahme zu veranlassen, oder die erwähnten Akte von Staats wegen aufzuheben.⁶² Ueber einen weiteren Behelf verfügt die

öffentlichen Verbindlichkeiten erfüllt und 3. die gesetzlichen Vorschriften über die Geschäftsführung bei der Verwaltung der Gemeindeangelegenheiten, insbesondere des Gemeinde- und Stiftungsvermögens, beobachtet werden.“

⁶⁰ Z. B. bei der Bestätigung von Wahlen der Selbstverwaltungsbeamten, bei der Genehmigung von Ortsstatuten usw. Vgl. Hamburg. Verf. von 1921, Art. 68: „... Die Aufsicht des Staates beschränkt sich auf die Gesetzmäßigkeit und Lauterkeit der Verwaltung und auf die Grundlagen der Finanzgesetzgebung...“, und dazu Hamburg. Städteordnung v. 2. Jan. 1924, Art. 60; Hamburg. Landgemeindeordnung v. 2. Jan. 1924, Art. 55 f.

⁶¹ D r e w s , Grundzüge der Verwaltungsreform, 1917, S. 236, fordert an Stelle der heute vorgeschriebenen staatlichen Genehmigung gewisser Selbstverwaltungsakte mit Recht ein staatliches Einspruchrecht. Die Hamburg. Städteordnung von 1924, Art. 61 und die Hamburg. Landgemeindeordnung von 1924, Art. 54 haben die Staatsaufsicht mit diesem Mittel ausgestattet.

⁶² Die Württemb. Gemeindeordnung von 1906 gibt in Art. 187 die gemeine Auffassung wieder: „Beschlüsse oder Anordnungen der Gemeindebehörden, welche mit den Gesetzen oder den auf Grund der Gesetze erlassenen allgemeinen Vorschriften im Widerspruch stehen, — sind vorbehältlich der in Art. 195 über das Beschwerderecht getroffenen Bestimmungen — durch das Oberamt, gegenüber den großen und mittleren Städten durch die Kreisregierung außer Wirkung zu setzen, wenn sie nicht von der Gemeindebehörde selbst binnen einer angemessenen Frist zurückgenommen werden. Erforderlichenfalls ist deren Vollzug sofort zu untersagen. — Wenn der Beschluß nur eine Benachteiligung einzelner enthält, kann er nur auf rechtzeitig erhobene Beschwerde außer Wirkung gesetzt oder abgeändert werden.“ Badische Gemeindeordnung v. 5. Okt. 1921, § 9 Abs. 2: „Die Staatsaufsicht wacht darüber, daß die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen von der Gemeinde erfüllt, die

Staatsbehörde in der sog. Zwangsetatisierung (Zwangseinschreibung): die Staatsbehörde schreibt die erforderliche Summe für die Erfüllung einer von dem Selbstverwaltungskörper übergangenen Aufgabe zwangsweise in dessen Wirtschaftsplan ein und zwingt dadurch den Selbstverwaltungskörper, die Angelegenheit an die Hand zu nehmen.⁶³ Die ultima ratio bilden nach einigen Gesetzgebungen die Maßregeln, durch die die Staatsaufsicht saumselige Mitglieder der Selbstverwaltungsorgane aus ihren Aemtern entfernt und Neuwahlen veranstaltet.⁶⁴ Einen noch schärferen Eingriff enthält die Ausschaltung der normalen Selbstverwaltungsorgane und die Uebertragung ihrer Funktionen auf einen staatlichen Kommissar.⁶⁵ Neben allen diesen Mitteln bleibt für die Staatsbehörde die Möglichkeit bestehen, durch Verhängung von Ordnungsstrafen gegen gesetzwidrig handelnde Organe des Selbstverwaltungskörpers einzuschreiten und diese zu gesetzmäßigem Handeln anzutreiben.

Die vorbeugenden Aufsichtsmittel begründen nach bestimmten Richtungen eine Vormundschaft des Staates über die Selbstverwaltungskörper. Dies gilt namentlich für alle jene Fälle, in denen ein Beschluß des Selbstverwaltungskörpers der Genehmigung der Staatsbehörde bedarf: Aufnahme von Anleihen; Veräußerung von Liegenschaften, die einen bestimmten Wert übersteigen usw. Erst durch die staatliche Genehmigung kommt ein rechtsgültiger Beschluß zustande. Dieselbe Erscheinung liegt vor, wenn die Wahl der obersten

ihr gesetzten Schranken eingehalten und die Bestimmungen über das Verfahren beachtet werden.“

⁶³ J e b e n s , Verwaltungsrechtliche Aufsätze, 1899, S. 28 ff. S c h o e n , Recht der Kommunalverbände, S. 337 ff. H ü b n e r , Ueber Zwangsmaßnahmen gegen Gemeinden (PrVBl. 46, 234). W. J e l l i n e k , 504, 511. W e i n r e i c h , Art. „Zwangsetatisierung“ HW. d. komm. W. IV 620. — Die sog. Zwangseinschreibung greift zunächst Platz, wenn der Selbstverwaltungsverband eine ihm gesetzlich obliegende, im öffentlichen Recht begründete Pflicht nicht erfüllt. Ob der Selbstverwaltungskörper zivilrechtliche Verpflichtungen irgendwelcher Art zu erfüllen hat, hat nicht die Verwaltungsbehörde, sondern der Zivilrichter zu entscheiden. Preuß. OVG. vom 10. März 1888 (Entsch. Bd. 16, S. 218). Ist aber die Pflicht der Gemeinde zu einer finanziellen Leistung rechtskräftig festgestellt, so ist m. E. auch in diesem Falle Zwangseinschreibung zulässig. Vgl. darüber P e t e r s , Grenzen 240 f. F r i e d r i c h s , i. d. Z. „Staats- und Selbstverwaltung“ VII 129. Württemberg, Gemeindeordnung von 1906, Art. 188.

⁶⁴ Zulässig z. B. in den alten preuß. Provinzen, in Schleswig-Holstein, Hessen-Nassau. P e t e r s , Grenzen, S. 247 f.

⁶⁵ P e t e r s , Grenzen, S. 231, 233, 239. H u e d e G r a i s ⁶⁴, S. 128.

Selbstverwaltungsbeamten⁶⁶ oder wenn autonome Satzungen der staatlichen Bestätigung bedürfen.⁶⁷ In allen diesen Fällen wird die körperschaftliche Willens- und Handlungsfähigkeit durch den übergeordneten Staat eingeschränkt. Diese Einschränkung kann von größerem oder geringerem Umfang sein, je nachdem die Staatsbehörde bei der Erteilung oder Versagung der Genehmigung ihr freies Ermessen walten lassen darf oder lediglich zu prüfen hat, ob der Beschluß des Selbstverwaltungskörpers mit dem Rechte im Einklang steht.⁶⁸ Der genehmigte Akt bleibt ein Akt des Selbstverwaltungskörpers.⁶⁹ Seine Mängel werden durch die staatliche Genehmigung nicht geheilt.⁷⁰

Zu einer Einmischung in den Selbstverwaltungsbereich führt die Staatsaufsicht in den Fällen, in denen der Staat Selbstverwaltungs-

⁶⁶ Preuß, Städt. Amtsrecht, S. 169 ff. Bitters, HWB. Art. „Bestätigung der Kommunalbeamten“, Bd. I², S. 284. Peters, Grenzen, 115 f., 117 f.

⁶⁷ Wenn die staatliche Aufsichtsbehörde nach freiem Ermessen befinden darf, ob sie ein Ortsstatut genehmigen will, so ist insoweit ihre Entscheidung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entzogen. Kgl. Sächs. OVG. 15. April 1908 (Jahrbücher XII S. 193 und die dort zitierten Autoren). Walz, DJZ. 32, 1649.

⁶⁸ Bad. Gemeindeordnung von 1921 § 6 Abs. 3: „Gemeindefestsetzungen dürfen den Gesetzen nicht widersprechen, auch nicht gegen Sinn und Absicht von Reichs- und Landesgesetzen verstoßen. Die Verkündung darf erst erfolgen, wenn sie seitens der Staatsaufsichtsbehörde für unbeanstandet erklärt sind . . .“

⁶⁹ Das staatlich genehmigte Ortsstatut bleibt Gemeindefestsetzung; der staatlich bestätigte Ortsvorsteher bleibt Gemeindebeamter. Die staatliche Genehmigung ist jedoch im Zweifel eines der Erfordernisse zur Rechtsgültigkeit des Gemeindebeschlusses. Preuß. OVG. Bd. 54, S. 128. Walz, Bad. Gemeindefestsetzung, S. 395. Erst von der Erteilung der Genehmigung an liegt ein gültiger und vollziehbarer Gemeindebeschluß vor; die Genehmigung wirkt daher in dubio nicht zurück. Walz, Bad. Gemeindefestsetzung, S. 395. Glücke, DJZ. 32, 639. Hat aber ein Gemeindebeschluß (z. B. ein Ortsstatut über Anliegerbeiträge) einen bestimmten Termin angesetzt, von dem an Leistungen fällig sein sollen, so enthält die spätere, staatliche Genehmigung des Gemeindebeschlusses auch eine Bestätigung dieser Vorschrift.

⁷⁰ Die staatliche Genehmigung einer Gemeindesteuerordnung vermag solchen Bestimmungen, die gegen das Gesetz verstoßen, keine Gültigkeit zu verleihen. Preuß. OVG. 26. Mai 1908 (PrVBl 30, 307). RG. in Zivilsachen v. 5. Mai 1882 (Entsch. Bd. 7, S. 230). — Das von der staatlichen Aufsichtsbehörde bestätigte, formell rechtsgültig zustande gekommene Ortsstatut hat der Richter (Zivil-, Straf-, Verwaltungsrichter), bevor er es anwendet, auf seine Uebereinstimmung mit dem Gesetze zu prüfen, ohne Rücksicht auf die Staatsgenehmigung. PrOVG. 32, 122.

beamte direkt ernannt. Allein selbst dadurch werden diese Beamten nicht Staatsbeamte; ihre Organfunktionen gehören dem Selbstverwaltungskörper an, und das allein entscheidet.⁷¹ In der neueren Gesetzgebung ist jedoch seit dem Weltkrieg das Bestreben sichtbar, den Selbstverwaltungskörpern grundsätzlich die freie Wahl ihrer Organe ganz zu überlassen.⁷²

Gegen eine Ueberspannung der Staatsaufsicht genießt der Selbstverwaltungskörper nach den Gesetzen der meisten deutschen Staaten verwaltungsgerichtlichen Schutz.⁷³ Wie die Einzelperson, so sollte auch der Selbstverwaltungskörper die Macht haben, seine Freiheitsphäre gegen gesetzwidrige Eingriffe des Staates, namentlich auch durch Anrufung der Verwaltungsgerichte, zu verteidigen.

§ 8. Neue Organisationsformen.

Bis zum Weltkrieg herrschte in Deutschland die Auffassung, daß die Organe der Staats- und die der Gemeindeverwaltung berufen und befähigt seien, die neuen Geschäfte zu übernehmen und durchzuführen, welche die Erweiterung des öffentlichen Aufgabekreises mit sich brachte. Dies galt insbesondere auch für die Verwaltung des öffentlichen Vermögens und für die immer stärker hervortretenden Betätigungen von Staat und Gemeinden auf rein wirtschaftlichem Gebiet. Der Weltkrieg und die veränderte politische und wirtschaftliche Lage Deutschlands seit dem Friedensschluß haben den wirtschaftlichen Verhältnissen auch im Leben des Staates eine überragende Bedeutung verliehen. Es kam nicht zu einer all-

⁷¹ P r e u ß , Städt. Amtsrecht in Preußen, S. 208 ff. Die Fälle von staatl. Ernennung waren im bisherigen preuß. Recht zahlreich: P e t e r s , Grenzen, 117—118.

⁷² Für Preußen: H e l f r i t z , Grundriß, S. 94 f.

⁷³ Am vollkommensten ist dieser Schutz dort ausgestaltet, wo der Selbstverwaltungskörper gegen jede Verfügung der Staatsaufsicht, welche in den Machtbereich des Selbstverwaltungskörpers eingreift, den Schutz des Verwaltungsgerichts anrufen kann. Das trifft z. B. zu für Hamburg (Hamburg. Städteordnung von 1924, Art. 63; Landgemeindeordnung von 1924, Art. 56); für Bayern (Selbstverwaltungsgesetz v. 22. Mai 1919). D y r o f f , Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz, 6. Aufl., Nachtrag S. 39). Für Oesterreich: H e r r n r i t t , S. 193. Ebenso kann sich in der Schweiz jede Gemeinde gegen Eingriffe in ihren Selbstverwaltungsbereich wehren mit dem staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht: F l e i n e r , Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 446. In den meisten Staaten ist dieser Schutz heute noch beschränkt. F r i e d r i c h s , Verwaltungsrechtspflege, II S. 1082.

gemeinen „Vergesellschaftung“ der privaten, wirtschaftlichen Unternehmungen — eine der Möglichkeiten, die die Reichsverfassung Art. 156 neben andern als gangbar bezeichnet hatte —, aber auf andern Wegen drangen Reich, Länder und Gemeinden in das wirtschaftliche Leben ein und begannen für diese neuen Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung — zum Teil im Anschluß an Gebilde der Vorkriegszeit — neue Verwaltungsformen auszubilden. Sie haben ihre endgültige Prägung bis heute noch nicht empfangen. Aber es sollen in den folgenden Erörterungen wenigstens die Richtungen bezeichnet werden, in welchen die Lösungen für diese neuen organisatorischen Probleme von der öffentlichen Verwaltung gesucht werden.

I. In Staat und Gemeinden ist bei der starken finanziellen Inanspruchnahme der öffentlichen Verwaltung die Notwendigkeit hervorgetreten, die bereits verstaatlichten und kommunalisierten Unternehmungen (Gas-, Wasser-, Elektrizitätsversorgung usw.) finanziell möglichst ertragreich zu betreiben und ebenso zu verfahren bei der Uebernahme neuer Aufgaben des Wirtschaftslebens. Darüber hinaus aber haben Reich und Länder das Bestreben planmäßig verfolgt, die Einflußsphäre der Staatsgewalt durch Erreichung wirtschaftlicher Macht zu erweitern und so den Einfluß des Staates über seinen alten, überlieferten Bereich hinaus zur Geltung zu bringen. Die Erfahrung hat dem Staat und der Gemeinde die Ueberlegenheit der privatwirtschaftlichen Grundsätze bei der Führung großer Wirtschaftsbetriebe vor Augen geführt; für rein wirtschaftliche Betätigungen haben sich die strengen Formen der öffentlichen Verwaltung als zu schwerfällig erwiesen. Schritt für Schritt hat sich daher in der öffentlichen Verwaltung eine Sonderung zwischen der *H o h e i t s v e r w a l t u n g* (Handhabung obrigkeitlicher Gewalt) und der *ö f f e n t l i c h e n V e r w a l t u n g w i r t s c h a f t l i c h e r A n g e l e g e n h e i t e n* (man spricht auch von „Betriebsverwaltung“) anzubahnen begonnen. Für ihre wirtschaftliche Verwaltung bedienen sich Staat und Gemeinden in steigendem Maße der Grundsätze und Formen der Privatwirtschaft und des Privatrechts. Maßgebend hiefür sind von Anfang an verschiedene Rücksichten gewesen: das Bestreben, die Wirtschaftsbetriebe von Staat und Gemeinden nach denselben elastischen kaufmännischen Grundsätzen zu betreiben, die für privatwirtschaftliche Gebilde gelten („Entbureaukratisierung“); der Wunsch nach „Entpolitisierung“, d. h. die Ablehnung aller parteipolitischen Einflüsse, die nach der

Einführung des parlamentarischen Systems sich auch gegenüber der öffentlichen Verwaltung durchgesetzt haben; die möglichste Einschränkung der parlamentarischen Kontrolle und der damit verbundenen unbeschränkten Öffentlichkeit der Geschäftsführung u. a. m. Das Ziel ist nur zu erreichen gewesen durch eine Verselbständigung der wirtschaftlichen Verwaltung gegenüber der obrigkeitlichen Verwaltung, m. a. W. durch eine technische oder rechtliche Ablösung der erwähnten Verwaltungszweige aus dem Rahmen der allgemeinen Verwaltungsorganisation, — eine Verselbständigung, in der jedoch die Leitung und Aufsicht der staatlichen oder städtischen Exekutive (Exekutivorgane) gewahrt geblieben ist. Zwei Organisationsformen stehen zu Gebote.

1. Es kann ein öffentlicher Betrieb gegenüber der allgemeinen öffentlichen Verwaltungsorganisation entweder rechtlich oder bloß technisch so weit als selbständige oder unselbständige öffentliche Anstalt (s. unten § 9) ausgestaltet werden, daß er abweichend von den Grundsätzen, die für die öffentliche Verwaltung gelten, wie ein besonders kaufmännisches Unternehmen geführt werden kann. In dieser Weise wurde nach dem Uebergang der Staatseisenbahnen der Länder auf das Reich (gemäß RVerf. Art. 89) für kurze Zeit die „Deutsche Reichsbahn“ als ein selbständiges, eine juristische Person darstellendes Unternehmen des Reichs verwaltet.¹ Gemäß dem Dawes-Gutachten und dem Londoner Abkommen vom Sommer 1924² wurde diese Ordnung durch eine „Deutsche Reichsbahn-gesellschaft“,³ eine vom Reiche unabhängige Korporation des öffentlichen Rechts, ersetzt, welcher das Reich das Reichseisenbahnvermögen zur Verfügung stellte und mit einer Konzession zum Betriebe (bis zum 31. Dez. 1964) ausstattete. Diese Abzweigung er-

¹ Vgl. zum Folgenden: RVerf. Art. 89—92 und die Kommentare von Anschütz und von Giese. K. Fritsch, Das deutsche Eisenbahnrecht, 1927. v. Kienitz, Art. „Eisenbahnstaatsrecht“ HWR. II 231. Die Zusammenstellung der maßgebenden Reichsgesetze bei Triepel, Quellensammlung zum deutschen Reichsstaatsrecht², 1926, S. XI.

² Adenauer, Art. „Dawesgutachten“ HWR. I 908. Hue de Grais³, S. 926.

³ Reichsgesetz über die Deutsche Reichsbahn-gesellschaft v. 30. Aug. 1924. Sarter-Kittel, Die neue deutsche Reichsbahn-Gesellschaft³, 1927. Fritsch, Eisenbahnrecht, S. 193 f. Hue de Grais²⁴, S. 701 f. Lassar, Reichseigene Verwaltung, S. 179 f. v. d. Leyen, Die Entstehung der Reichsbahn-gesellschaft und ihre Entwicklung (Annalen der Gemeinwirtschaft, Jg. 3 (1927) S. 1 f.).

folgte, um die Reichsbahn zu bestimmten, gesetzlich näher umschriebenen Reparationsleistungen heranzuziehen, die das Reich schuldet.

Das größte Beispiel dieser Art ist ebenfalls eine Schöpfung des Reichsrechts. „Der Reichs-Post- und Telegraphenbetrieb ist als ein selbständiges Unternehmen unter der Bezeichnung „Deutsche Reichspost“ vom Reichspostminister unter Mitwirkung eines Verwaltungsrates zu verwalten“⁴. Der Reichspostminister bleibt dem Reichstag dafür verantwortlich, daß die deutsche Reichspost den Gesetzen gemäß und entsprechend den Anforderungen des Verkehrs und der deutschen Wirtschaft verwaltet wird. In der Hauptsache sind jedoch die Kompetenzen, die der Reichstag sonst gegenüber den Zweigen der reichseigenen Verwaltung ausübt, in diesem Fall auf den Verwaltungsrat übertragen, d. h. auf „Personen, denen auf dem Gebiet der Wirtschaft und des Verkehrs besondere Kenntnisse und Erfahrungen zur Seite stehen“. Das diesem Verwaltungszweige gewidmete Reichsvermögen ist als ein Sondervermögen der deutschen Reichspost zu betrachten und von dem übrigen Reichsvermögen getrennt zu halten. Trotzdem die Deutsche Reichspost dem Reiche gehört, eine unselbständige öffentliche Anstalt des Reichs geblieben ist, haftet für die Verpflichtungen der Reichspost kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung nur das Sondervermögen, und umgekehrt haftet die Reichspost nicht für die sonstigen Verbindlichkeiten des Reichs.

Ein Seitenstück zu den genannten Erscheinungen des Reichsrechts bilden u. a. die kommunalen Betriebe (Gas-, Wasser-, Elektrizitätsversorgung, städtische Sparkassen usw.), die man zu selbständigen oder unselbständigen öffentlichen Anstalten erhebt, um sie aus der allgemeinen Gemeindeverwaltung auszuschneiden und nach ihren besonderen Bedürfnissen zu betreiben.⁵

2. Die neue Erscheinung liegt in der Verwendung der Formen

⁴ Reichspostfinanzgesetz v. 18. März 1924 § 1. RVerf. Art. 88 und 170. *Staedler*, Art. „Postrecht“ HWR. IV 536. *Derselbe*, Die Reichspost als „Betriebsverwaltung“ des öffentl. Rechts (ArchöffR. n. F. 3 (1922), S. 193 f.). *Hellmuth*, Die Entwicklung der Reichsidee von der öffentlichen Anstalt im Geschäftsbereich der deutschen Reichspost (Eisenbahn. Entscheidungen 43 (1926), S. 154 f., 251 f., 349 f.). *Lassar*, Reichseigene Verwaltung, S. 226. Weitere Literatur bei *W. Jellinek* 484.

⁵ *Buck*, Das Recht der Gemeindeanstalten und der gewerblichen Unternehmungen der Gemeinden (Stier-Somlos Hbch. d. komm. Verf. u. Verw. R. in Preußen Bd. 2, II. Hauptteil [1917] S. 125 f.). *Stier-Somlo*, Art. „Gemeindeanstalten“ HWR. II 673.

des privaten *Gesellschafts* (Handels-)rechtes für die Besorgung der wirtschaftlichen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung. Reich, Länder und Gemeinden führen heute zum Teil öffentliche Verwaltung mit den Mitteln und in den Formen des Privatrechtes.⁶

Den Anfang hat gebildet die *gemischt-wirtschaftliche Unternehmung*.⁷ Der Ausdruck bezeichnet keinen juristischen Begriff. Er besagt lediglich, daß sich zum Betriebe eines wirtschaftlichen Unternehmens privates Kapital und öffentliche Gelder zusammengefunden haben. Obwohl alle Formen des Gesellschaftsrechtes dafür zu Gebote stehen, eignen sich doch hierzu besonders die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung: der Staat oder die Stadt werden auf Grund ihrer Kapitalbeteiligung Mitglieder der Gesellschaft und üben so ihren Einfluß auf deren Willensbildung und Geschäftsführung aus. Schon vor dem Kriege haben z. B. Städte ihre Elektrizitätsversorgung einer formell privaten Aktiengesellschaft übertragen, in welcher die Stadt durch einen bestimmten Aktienbesitz ihren Einfluß im Gemeininteresse zur Geltung gebracht hat, und seit dem Kriege hat u. a. auch das Reich sich dieser Gesellschaftsform bedient. Zwei großangelegte öffentliche

⁶Vgl. zum Folgenden: Nöll von der Nahmer, Die wirtschaftliche Betätigung von Reich und Preußen (PrVBl. 46 (1926), S. 499. Derselbe, Wesen, Bedeutung und Organisation unseres öffentl. Kreditwesens (a. a. O. 46, 215). Lassar, Reichseigene Verwaltung, S. 51 f., 175 f. (JahrböfR. 14, 1926). Reuß, Allgemeingültiges über staatl. und komm. Wirtschaftsbetriebe Z. „Staats- und Selbstverwaltung“ 1926 [S. 32]. Rieß, Gemeindegewirtschaft und Wiederaufbau (daselbst S. 34). W. Alexander, Die Organisation städtischer werbender Betriebe (daselbst S. 140). „Die öffentl. Hand in der privaten Wirtschaft“, bearbeitet von Sogemeier, 1926. Erwin Stein (Berlin), Organisationsformen der Gemeindebetriebe (Schweiz. Zbl. f. Staats- und Gemeindeverw. 25 (1925), S. 89 f., 105 f., 113 f. A. Köttgen, Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht, 1928. A. Jöhr, Staatswirtschaft und Privatwirtschaft i. d. Schweiz, 1927. Für Frankreich: Lapie, L'Etat Actionnaire, 1926.

⁷Vgl. dazu RVerf. Art. 156 I, Satz 2. Passow, Die gemischten öffentl. und privaten Unternehmungen², 1923. Otto Schreiber, Art. „Gemischt-wirtschaftliche Unternehmungen“ HWR. II 694 und dort zitierte Literatur. Busmann, Rechtsstellung der gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen, 1922. Geiler, Gesellschaftl. Organisationsformen des neuen Wirtschaftsrechts², 1923. Vgl. ferner die Artikel über gemischtwirtschaftliche Unternehmungen im HWStW. (Groß) und im HW. d. komm. W. (Marx und Most). Rieß in Z. „Staats- und Selbstverw.“ 1925, S. 486. Ernst Arbenz, Die gemischtwirtsch. Unternehmungen im schweiz. Recht, 1928.

Unternehmungen — der Ausbau des Neckars und der der Donau zu Großschiffahrtsstraßen und der Bau und Betrieb von Wasserkraftwerken an diesen Wasserstraßen — werden von Aktiengesellschaften durchgeführt, an deren Kapital das Reich in weitgehendem Maße beteiligt ist.⁸

Weiterhin bietet aber das private Gesellschaftsrecht auch die Möglichkeit zur Gründung von reichs-, staats- und stadteigenen Gesellschaften. Das öffentliche Gemeinwesen erwirbt alle Anteilscheine der Gesellschaft und übt damit die unmittelbare Leitung aus. In dieser Weise vermögen z. B. Gemeinden die Elektrizitätsversorgung durch eine von der Gemeindeverwaltung rechtlich getrennte und nur mit dem Gesellschaftsvermögen wirtschaftende Aktiengesellschaft durchzuführen⁹, und ebenso hat die privatrechtliche Gesellschaftsform den Gemeinden den Uebergang von den gemeinnützigen Gemeindeparkassen zu den Gemeindebanken ermöglicht.¹⁰ Es tritt uns in allen diesen Gebilden die öffentliche Anstalt in Privatrechtsform entgegen.

Nur mit Hilfe der erwähnten Formen des privaten Gesellschaftsrechtes ist Staat und Gemeinden die Beteiligung an industriellen Unternehmungen gelungen. Es genügt, an die Gründung

⁸ „Die öffentl. Hand i. d. privaten Wirtschaft“, S. 97. Ueber diese großangelegten Werke geben die Berichte nähern Aufschluß, die der Reichsverkehrsminister dem Reichstag am 18. Jan. 1928 erstattet hat (Mittellandkanal, Rhein-Main-Donau-Wasserstraße, Neckarkanalisation; Reichstag III 1924/28; Drucksachen Nr. 3871.

⁹ So betreibt z. B. die Stadt Berlin ihre großen werbenden Betriebe, die Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke, durch je eine Aktiengesellschaft und ihre Straßenbahn durch eine G. m. b. H. Alle Aktien bzw. Anteilscheine dieser Gesellschaften sind ausnahmslos im Eigentum der Stadt Berlin geblieben. — Der Freistaat Preußen hat durch Gesetz v. 9. Okt. 1923 die Verwaltung und Ausbeutung der staatlichen Bergwerke einer Aktiengesellschaft („Preußag“) übertragen. Sämtliche Aktien sind vom preußischen Staat übernommen worden, der seine Aktionärrechte durch den Handels- und den Finanzminister ausüben läßt. Hue de Grais²⁴, S. 692. In den meisten andern deutschen Ländern sind die staatlichen Bergwerke in privatwirtschaftliche Formen übergeführt worden. Sattig im HWR. I 615.

¹⁰ Hans Peters, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung, S. 177 f. Th. G. v. Hippel, W. Kord und Franz Schmidt, Die öffentl.-rechtl. Kreditinstitute, 1927. Ueber die Wechselfähigkeit städtischer Sparkassen und der Korporationen des öffentl. Rechts überhaupt: JW. 1927, 1251; Z. f. bad. Verw. 59, 118. Korn im PrVBl. 49, 115. Nicolai, daselbst 49, 455 (Kaufmannseigenschaft der Sparkassen).

des deutschen reichseigenen Industriekonzerns zu erinnern („Vereinigte Industrieunternehmungen Aktiengesellschaft“, „Viag“)¹¹ in der die Mehrzahl (über 40) der industriellen Unternehmungen (Banken, elektrowirtschaftliche Betriebe, Aluminiumindustrie, Kalkstickstoffindustrie usw.) vereinigt wurden und deren Anteilscheine ganz oder zum Teil dem Reich gehören.

In allen Fällen, in denen Staat und Gemeinden ihre wirtschaftlichen Aufgaben in privatrechtlichen Formen verwalten, gewinnen sie die angestrebte Bewegungsfreiheit, die von der traditionellen Verwaltungsroutine abweicht. Ihre Mitwirkung vollzieht sich äußerlich in der Form einer Geldanlage, für deren Verwaltung gegenüber der Volksvertretung lediglich der zuständige Minister (in Gemeinden das Exekutivorgan) verantwortlich bleibt.

Die neuere Gesetzgebung des Reichs und der Länder begünstigt diese Entwicklung.¹² Das Privatrecht hat der öffentlichen Verwaltung zu einer fast unübersehbaren Erweiterung ihres Machtbereichs verholfen.

II. Mit Hilfe privatrechtlicher Macht sorgt die öffentliche Gewalt noch auf andern Gebieten für die öffentlichen Interessen:

¹¹ Felix Guggenheim, Der deutsche reichseigene Industriekonzern, 1925 (Zürch. Volkswirtsch. Forschungen hrsg. v. Saitzew, Heft IV). „Die öffentl. Hand i. d. privaten Wirtschaft“ S. 82 f.

¹² Vgl. z. B. Reichshaushaltsordnung v. 31. Dez. 1922 § 15 Abs. 1: „Reichsbetriebe oder Teile von solchen, die mit Rücksicht auf ihren Wirtschaftszweck und ihren Umfang kaufmännisch eingerichtet sind, dürfen an Stelle einer getrennten Veranschlagung der Einnahmen und Ausgaben mit ihrem voraussichtlichen Endergebnis in den Haushaltsplan aufgenommen werden, wenn die Art des Betriebes ein Wirtschaften nach Einnahme- und Ausgabeansätzen des Haushaltsplans nicht zuläßt.“ In § 48 ist ausdrücklich die Beteiligung des Reichs vorgesehen an der Gründung von Unternehmungen mit eigener Rechtspersönlichkeit, „die einen gewerblichen oder sonstigen wirtschaftlichen Betrieb von erheblichem Umfang zum Gegenstand haben“. — S. ferner Preuß. Verf. v. 30. Nov. 1920, Art 69: „Das Finanzwesen der ertragswirtschaftlichen Unternehmungen des Staates kann durch Gesetz abweichend von den Vorschriften der Art. 63—68 geregelt werden.“ H a t s c h e k, Instit. d. deutschen Staatsrechts, II 328 f. G i e s e - V o l k m a n n, Komm. z. preuß. Verf. Art. 69 und dort zitierte Literatur. — Einzelne neue Gemeindeordnungen, z. B. Braunschweig 1924 und Preuß. Entwürfe) verleihen den Gemeinden ganz allgemein das Recht, privatwirtschaftliche gewerbliche Unternehmungen in die Gemeindeverwaltung überzuführen und durch Gemeindegewerbesteuer der Gemeinde hierfür eine ausschließliche Gewerbeberechtigung zuzusprechen. Vgl. Veröffentlich. d. Vereinigung deutsch. Staatsrechtslehrer, Heft 2 (1925), S. 171, 243 f. Das widerspricht dem Reichsrecht: RVerf. Art. 151 Abs. 3; GewO. § 10 Abs. 1.

1. Die den öffentlichen Kassen zufließenden Gelder setzen Reich, Länder und Gemeinden in den Stand, Gelder auszuleihen, d. h. Kredite in der privatrechtlichen Form von Darlehen zu gewähren. Infolge des allgemeinen Kreditbedürfnisses hat damit die öffentliche Verwaltung als Kreditgeberin eine kapitalistische Macht erlangt.¹³

Wichtiger noch ist die Tatsache, daß das Reich durch Gewährung von Zuschüssen an private Unternehmungen in der Lage ist, gewisse Bestrebungen auf kulturellem und geistigem Gebiet zu unterstützen, für die es sich auf keine besondern öffentlich-rechtlichen Titel zu berufen vermag (Subventionen an Fachschulen, an Samariterkurse, an wissenschaftliche Werke u. a. m.).¹⁴ Die Unterstützung stellt sich, vom Standpunkt der öffentlichen Finanzverwaltung aus betrachtet, dar als eine zulässige Verwendung von zur Verfügung stehenden Geldern. Das zuständige Ministerium vermag an die Zuschüsse Bedingungen zu knüpfen, die den besonderen öffentlichen Zweck sicherstellen, den es erreichen will.¹⁵

2. Auf dem soeben erwähnten Wege ist es sogar möglich geworden, die Besorgung einer rein polizeilichen Aufgabe einem nicht rechtsfähigen Verein des Privatrechtes zu übertragen: die Technische Nothilfe.¹⁶ Sie setzt sich zusammen aus Personen, welche freiwillig ihre technisch geschulte Arbeitskraft zur Verfügung stellen bei Brandfällen oder wenn die Gefahr einer Stilllegung droht von Betrieben, welche die Bevölkerung mit Gas, Wasser, Elektrizität versorgen, usf. Sie tritt nur auf Veranlassung der zuständigen Polizeibehörde in Funktion. Da sie vom Reich mit Geldmitteln unterstützt wird, konnte sie der Aufsicht des Reichsministers des Innern unterstellt werden.

¹³ So ist z. B. die Deutsche Reichspost einer der größten Kreditgeber Deutschlands; man denke nur an die Kapitalmacht, die der Deutschen Reichspost die Postscheckgelder verleihen.

¹⁴ Poetzsch im JahrböfR. 14, 40. Lassar, Reichseigene Verwaltung 20.

¹⁵ In dieser Form gewährt das Reich Subventionen (Reichshilfen) an solche private Luftfahrtunternehmungen, die sich verpflichten, einen regelmäßigen Luftverkehr auf bestimmten Linien zu unterhalten. Lassar, Reichseigene Verwaltung, 217. — Im Gegensatz dazu beruhen die sehr ausgiebigen Subventionen („Bundesbeiträge“), die in der Schweiz die Eidgenossenschaft ausrichtet, zum großen Teil auf gesetzlichen Ermächtigungen und stellen öffentlich-rechtliche Leistungen dar, die der parlamentarischen Kontrolle unterstehen. Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht S. 547, 562, 595, 656.

¹⁶ Peters in Neue Z. f. Arbeitsrecht, 1925, 155 f. Lassar, Reichseigene Verwaltung, 100 f. Hue de Grais²⁴, S. 434.

III. Während des Weltkrieges faßte das Reich das ganze Wirtschaftsleben Deutschlands, Staats- und Privatwirtschaft, zu einer großen Einheit zusammen, um sie durch eine obrigkeitliche Leitung den Aufgaben der Politik und der Kriegsführung dienstbar zu machen. Die freie Wirtschaft machte der staatlich organisierten Zwangswirtschaft Platz. Das Reich zog hierfür in weitgehendem Maße die Träger der privaten Wirtschaft zur Mitarbeit heran; auf den „Kriegsgesellschaften“ war zu einem großen Teil die Kriegswirtschaft aufgebaut.¹⁷

Nach dem Kriegsende gab das Reich grundsätzlich der Privatwirtschaft ihre Freiheit zurück. Aber auf Grund der RVerf. Art. 156 Abs. 2 führte es für eine Reihe von Wirtschaftszweigen die „Gemeinwirtschaft“ ein.¹⁸ Es verwirklichte den Gedanken, daß die Führung bestimmter Wirtschaftszweige (Kohlen-, Kali-, Eisenwirtschaft u. a. m.), die für das ganze Wirtschaftsleben des Landes und für den deutschen Außenhandel von besonderer Bedeutung sind, nur unter steter Berücksichtigung der öffentlichen Interessen vor sich gehen dürfe. Zu diesem Behufe schloß das Reich (durch Gesetz) die beteiligten Privatunternehmungen in Zwangssyndikate zusammen und verschaffte bei deren Verwaltung neben den Arbeitgebern auch den Arbeitnehmern eine paritätische Vertretung. Jede derart „sozialisierte“ Industrie empfing eine eigene, auf ihre besondern Bedürfnisse zugeschnittene Organisation. Die maßgebende Gesetzgebung hat die Organe des Verbandes mit Satzungsgewalt ausgestattet und ihnen zum Teil obrigkeitliche Befugnisse (so z. B. Verordnungsbefugnisse) delegiert und dem Reiche die Oberaufsicht zugesprochen. Wenn man hier, im Anschluß an den Wortlaut der Reichsverfassung von wirtschaftlicher Selbstverwaltung redet¹⁹, so recht-

¹⁷ E. Heymann, Die Rechtsformen d. milit. Kriegswirtschaft, 1921. F. Glum, Selbstverwaltung d. Wirtschaft, 1924, S. 42 f. — Ueber die Kriegswirtschaft in der Schweiz: Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 381.

¹⁸ Aus der sehr reichhaltigen Literatur sei hingewiesen auf: Paul Gierke, Die Rechtsverhältnisse der gemeinwirtschaftlichen Organisationen, 1922. Walter Wauer, Die wirtschaftlichen Selbstverwaltungskörper, 1923. Friedrich Glum, Selbstverw. d. Wirtschaft, 1924. Weitere Literatur bei Stier-Somlo, I 476 f. und die Kommentare zur RVerf. von Anschütz und von Giese, Art. 156.

¹⁹ Die oben Anm. 18 angeführte Literatur anerkennt übereinstimmend das Unsichere, Schillernde der Ausdrücke „wirtschaftliche Selbstverwaltung“ und „Gemeinwirtschaft“. Aber die Ansichten gehen weit auseinander,

fertigt sich dies nur als Gegensatz zu der o b r i g k e i t l i c h e n Verwaltung des Wirtschaftslebens, wie sie die Reichsverfassung Art. 156 Abs. 1 bei der „Vergesellschaftung“ von Privatunternehmungen zuläßt und wie sie in einer bestimmten Form während des Weltkrieges Platz griff, als das Reich zeitweilig auch die Privatwirtschaft seiner Leitung unterstellte. Trotz der „Gemeinwirtschaft“ bleibt in den Fällen der RVerf. Art. 156 Abs. 2 die Wirtschaftsführung den Interessenten (Arbeitgebern und Arbeitnehmern) anvertraut.

Das Eigenartige dieser neuen Gestaltung besteht somit darin, daß der Staat wichtige „Zweige“ des Wirtschaftslebens im öffentlichen Interesse nach bestimmten Richtungen geregelt wissen will, jedoch mit dieser Regelung Verbände und Vertretungsorgane („Selbstverwaltungskörper“) betraut, die aus den Kreisen des betroffenen Wirtschaftsgebietes selbst hervorgehen. Der Staat behält sich demgemäß nur die oberste Aufsicht vor.

wie man diese vagen Vorstellungen juristisch fassen könne. Die Lösung des Textes (oben) trifft in wichtigen Punkten zusammen mit den Erörterungen von J a c o b i, Arbeitsrecht, S. 391 f.

Drittes Kapitel.

Grundverhältnis zwischen öffentlicher Verwaltung und Bürger.

§ 9. Die „gesetzmäßige Verwaltung“.¹

I. Der Verfassungsstaat hat den Grundsatz der „gesetzmäßigen Verwaltung“ eingeführt, d. h. der Bindung der Verwaltung an das Gesetz. Die Anordnung geht von der Vorstellung aus, daß das Gesetz a l l g e m e i n e (generelle) Vorschriften, allgemeingültige Rechtssätze aufstelle, die die Willkür der vollziehenden Behörde bei der Regelung des Einzelfalles ausschließen. Sie rechnet ferner mit der staatsrechtlichen Tatsache, daß das Gesetz von der Volksvertretung oder unter deren Mitwirkung zustande gebracht wird; eine rechtsetzende Verordnung der Regierung ist deshalb nur möglich auf Grund gesetzlicher Delegation (s. oben S. 72). Der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung hat einen politischen Ursprung. Er richtet sich gegen die Allmacht der vollziehenden Gewalt.

Vom Gesetze empfängt die vollziehende Gewalt, die Verwaltung, die Antriebe für ihr Handeln. Allerdings nicht vom Gesetz allein. Denn neben dem Gesetz sind Sätze des Gewohnheitsrechtes wirk-
sam (oben S. 83) und ebenso werden die bestimmten politischen

¹ Otto Mayer, I³ § 6. ArchöffR. 17, 464; 18, 96. Anschütz, Allgemeine Begriffe und Lehren des VerwR. nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts (PrVBl 22, S. 83), ferner „Lücken in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen“ (VerwArch. 14, 315 f., insbes. 324—331). Thoma, Polizeibefehl im badischen Recht, I S. 98 f. Derselbe, Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft (JahrböffR. IV (1910), S. 196 f. D. Donati, Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico, 1910. Schoen, Enzykl. IV (1914), S. 275. G. Meyer-Anschütz², S. 759 f. Walther Burckhardt, Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung, 1925. II. Stoll, Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre (Jherings Jahrbücher 76 (1926), S. 134 f. Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1927, § 13 (Der rechtsstaatl. Gesetzesbegriff). W. Jellinek, S. 77 (daselbst weitere Literatur), 84, 116.

und wirtschaftlichen Grundanschauungen, auf denen der konkrete Staat aufgebaut ist, zu ungeschriebenen Leitsätzen seines Verfassungs- und Verwaltungsrechtes.² Jeder Verwaltungsakt bedarf der gesetzlichen Grundlage.

„Gesetzmäßige Verwaltung“ bedeutet daher: Verwaltung auf Antrieb des Gesetzes und innerhalb dessen Schranken. Für alle privatrechtlichen Handlungen der öffentlichen Verwaltung versteht sich dies von selbst. Der Satz gilt aber auch für die öffentlich-rechtlichen Beziehungen zwischen Staat (Gemeinde) und Bürger, d. h. für die Verhältnisse zwischen einem Träger obrigkeitlicher Gewalt und seinen Gewaltunterworfenen, somit für Beziehungen zwischen ungleichen Rechtssubjekten. Der Satz von der „gesetzmäßigen Verwaltung“ richtet dem herrschaftlich verwaltenden Staat Rechtsschranken auf.

Insbesondere ist jeder Eingriff der öffentlichen Verwaltung in Freiheit und Eigentum der Bürger nur auf Grund eines **G e s e t z e s** oder einer vom Gesetz ermächtigten Verordnung (oder autonomen Satzung) zulässig. Im Rechtsstaat spricht die Vermutung für die Freiheit der Bürger von staatlichem Zwang. Jeder obrigkeitliche Eingriff, d. h. jedes Gebot oder Verbot, das den Bürger in seiner Freiheit beschränkt oder ihm die Pflicht zu einem Dulden oder zu einer positiven Leistung zugunsten der öffentlichen Verwaltung auferlegt (Steuerpflicht, Wehrpflicht, polizeiliche Pflichten, Bauverbote usw.), muß durch ein Gesetz oder eine vom Gesetze abgezwigte oder zugelassene Rechtssetzungsform ermächtigt sein. Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Bürgers gehören zum „Vorbehalt des Gesetzes“ (Otto Mayer)³. Der Satz wurde bei Begründung des Verfassungsstaates in irgendeiner Form in den Verfassungsurkunden ausgesprochen. Denn gemäß den Verfassungsurkunden war die Verwaltung die eigentliche Domäne des Fürsten geblieben. Konnte die Regierung des Fürsten Freiheit und Eigentum des Einzelnen nur anastan auf Grund eines Gesetzes, so bedeutete dies, daß sie zu ihrem

² Dazu gehört z. B. die Staatsform.

³ Vgl. dazu auch **T h o m a**, Der Vorbehalt des Gesetzes im preuß. Verfassungsrecht (Festgabe f. Otto Mayer, 1916). **O t t m a r B ü h l e r**, Die subjekt. öffentl. Rechte, 1924, S. 66 f., leitet, im Widerspruch zu der hier vertretenen Auffassung, den Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung aus einem Gewohnheitsrechte ab, das sich erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrh. gebildet habe. Gegen Bühler hat sich die Mehrzahl der Schriftsteller ausgesprochen. **G e o r g M e y e r - A n s c h ü t z**⁷, S. 761 und dort zitierte Literatur.

Eingriffe der Zustimmung des zweiten Faktors der Gesetzgebung, nämlich der Volksvertretung, bedurfte. Damit wurden Freiheit und Eigentum der Bürger gegenüber der öffentlichen Verwaltung unter den Schutz der Volksvertretung gestellt.⁴

In der Republik dagegen gilt der Volkswille als die letzte Quelle aller öffentlichen Gewalt. „Die Staatsgewalt geht vom Volke aus“, sagt Art. 1 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung v. 11. August 1919. Der Volkswille findet in den von der Volksvertretung (Nationalversammlung) beschlossenen Verfassungsgesetzen und in den einfachen Gesetzen seinen Ausdruck. Es gibt im Volksstaat keine Kompetenzen, die nicht auf die Verfassung oder die von ihr abgeleiteten Gesetze und vom Gesetze abgezwigten Rechtsetzungsformen (oben S. 69) zurückgehen. Die Verwaltungsbehörden besitzen keine von Verfassung und Gesetz unabhängige autonome Gewalt. Der Satz, daß sie zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum des Bürgers eine beson-

⁴ Vgl. die Badische Verfassungsurkunde v. 22. Aug. 1818, § 65: „Zu allen anderen die Freyheit der Personen oder das Eigenthum der Staatsangehörigen betreffenden allgemeinen neuen Landesgesetzen oder zur Abänderung oder authentischen Erklärung der bestehenden, ist die Zustimmung der absoluten Mehrheit einer jeden der beyden Kammern erforderlich.“ Vgl. darüber *Walz*, Bad. Staatsrecht, S. 209. — *Preuß. Verf. v. 31. Jan. 1850 Art. 5* und dazu *Anschtz*, D. VerUrk. f. d. preuß. Staat, I (1912) S. 132. — An diesem Punkt tritt der Gegensatz zwischen der Monarchie und der Demokratie zutage. In der Monarchie besteht die Aufgabe der Volksvertretung in einer Beschränkung der monarchischen Gewalt. In der Demokratie übt die Volksvertretung oder die Aktivbürgerschaft die oberste Staatsgewalt aus; es besteht keine Gewalt neben ihr, mit der sie das Gesetz zu vereinbaren und die sie auf diese Weise zu beschränken hätte. Sie bildet deshalb kein Gegengewicht gegen absolutistische Neigungen; denn sie selbst besitzt die Möglichkeit, absolutistisch aufzutreten und Freiheit und Eigentum der Bürger zu bedrohen. Infolgedessen müssen für die Individualrechte Garantien besonderer Art geschaffen werden. Sie bestehen einmal in dem Vorrang der Verfassungsgesetzgebung vor der einfachen Gesetzgebung, und ferner in einer Verfassungsgerichtsbarkeit (oberstes Bundesgericht der Nordamerikanischen Union, Schweiz. Bundesgericht), deren Aufgabe darin besteht, die in der Verfassung garantierten Grundrechte der Bürger gegen Eingriffe des Gesetzgebers zu schützen. *Fleiner*, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 274 f., 442 f. Ueber die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Union: *Gustav Vogt*, Die Organisation der Bundesrechtspflege in den Vereinigten Staaten von Amerika (Z. f. schweiz. R. n. F. IX 566). *E. Freund*, Das öffentl. Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, 1911, S. 84. *James Bryce*, The American commonwealth I cap. 23. *Dietrich Schindler*, Z. f. schweiz. R. n. F. 44 (1925), S. 29 fg. Ueber die Kämpfe um das richterliche Prüfungsrecht im republikanischen Deutschland s. oben S. 68.

dere gesetzliche Ermächtigung nötig haben, bedarf keiner besonderen verfassungsmäßigen Anerkennung mehr.⁵ Er ergibt sich aus dem Grundsatz, daß die Verwaltung, wie die Rechtsprechung, Vollziehung des Gesetzes ist.

Daraus folgt, daß in den Fällen, in denen das Gesetz schweigt, die Behörde nicht in die Rechtssphäre des Bürgers eingreifen darf, m. a. W. der Bürger keine Pflicht gegenüber der Staatsgewalt zu erfüllen hat. Der „Gesetzesvorbehalt“, den die Reichsverfassung den von ihr gewährleisteten Freiheitsrechten der Bürger beigefügt hat, bezweckt, die Grundlage für eine Einschränkung dieser Rechte zu schaffen.⁶ Andererseits ergibt sich aber aus dem Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung, daß die Behörde einen vom Bürger erhobenen öffentlich-rechtlichen Anspruch nur befriedigen darf, sofern ihn das Gesetz ausdrücklich anerkannt hat.

Der Gesetzgeber des Verfassungsstaates des 19. Jahrhunderts war jedoch nicht in der Lage, das ganze große Gebiet der Verwaltung, das aus den Tagen des Polizeistaats übernommen wurde, neuzugestalten und der Verwaltungsbehörde für jeden Eingriff in Freiheit und Eigentum der Bürger ein besonderes, unter Mitwirkung der Volksvertretung erlassenes Gesetz bereit zu halten.⁷ Infolgedessen stellte die Praxis in Fällen, in denen ein unabweisliches Bedürfnis zu obrigkeitlichem Einschreiten vorlag, vorkonstitutionelle Erlasse des Landesherrn (Kabinettsordres usw.) verfassungsmäßigen Gesetzen gleich, um auf diese Weise Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Bürger zu rechtfertigen.⁸ Darin lag

⁵ Deshalb enthält die Reichsverfassung von 1919 die Freiheits- und Eigentums Klausel nicht. Sie findet sich, als historische Erinnerung, in wenigen Landesverfassungen, so z. B. Bad. Verf. 1919 § 29 II; Hess. Verf. 1919 Art. 7. W. J e l l i n e k, S. 116. S. ferner A n d e r s e n, Ungültige Verwaltungsakte, übersetzt von W. Pappenheim, 1927, S. 295 f.

⁶ Beispiele: RVerf. Art. 114 Abs. 1: „Die Freiheit der Person ist unverletzlich. Eine Beeinträchtigung oder Entziehung der persönlichen Freiheit durch die öffentliche Gewalt ist nur auf Grund von Gesetzen zulässig.“ Art. 115: „Die Wohnung jedes Deutschen ist für ihn eine Freistätte und unverletzlich. Ausnahmen sind nur auf Grund von Gesetzen zulässig.“ Art. 153 Abs. 1: Eigentums garantie; Abs. 2: „Eine Enteignung kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden . . .“

⁷ Zum Teil von den Erörterungen des Textes abweichend T h o m a, Polizeibefehl im Badischen Recht, I S. 106 ff. S. ferner Walter J e l l i n e k, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913, S. 174.

⁸ Man vgl. z. B. die Kgl. Kabinettsordre v. 4. Dez. 1831, die für Preußen

ein Notbehelf. Auch nach der Einführung der Republik in Deutschland sind die alten Gesetze, soweit sie der republikanischen Staatsform nicht widersprechen, in Kraft geblieben (RVerf. Art. 178 Abs. 2). Auf einzelnen Verwaltungsgebieten liefern auch heute noch die alten Zuständigkeitsnormen den Verwaltungsbehörden die Grundlagen für ihre Verwaltungsakte.

II. Mit dem rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff hat sich organisch die Forderung nach einem für alle Bürger gleichen Recht verbunden.⁹ Die staatlichen Eingriffe sollen nach einem für alle gleichen Maßstabe erfolgen. Die Gesetzgebung hat diese **R e c h t s g l e i c h e i t** der Bürger durch Aufstellung allgemein gültiger Regeln zu

die Rechtsgrundsätze über die Entschädigungspflicht des Staates bei rechtmäßiger Handhabung der öffentlichen Gewalt aufgestellt hat (A n s c h ü t z , Verw. Arch. 5, S. 76). Vgl. ferner RGerZ. 13, 215. Besonders interessant ist, wie die Vorschrift des Allg. Preuß. Landrechts II 17 § 10 (oben S. 6, Anm. 8) von dem „Amte der Polizei“ rechtsstaatlich umgedeutet worden ist. Ursprünglich steckte in ihr bloß eine theoretische Definition des Begriffs Polizei. Dann begann die Praxis den Lehrsatz in einen Rechtssatz umzudeuten und schließlich entdeckte sie in ihm ein „Gesetz“, das die Polizei zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum der Bürger ermächtigt. Vgl. dazu S c h u l t z e n s t e i n im Verw. Arch. 18, S. 548. „Es hat lange Zeiten gegeben, in denen der § 10 vollständig vergessen war oder doch praktisch für ganz bedeutungslos gehalten wurde. Erst seit der Einrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde auf ihn zurückgegangen, man kann fast sagen, wurde er wieder entdeckt und als positiver Rechtssatz aufgefaßt, sein Inhalt festgestellt und ihm eine unmittelbar praktische, bindende Anwendbarkeit in weiterem Umfange beigelegt.“

⁹ RVerf. Art. 109 Abs. 1: „Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich.“ Heinrich Aldag, Die Gleichheit vor dem Gesetze in der Reichsverfassung, 1925. Gerhard Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetze, 1925. Derselbe i. Arch. öffentl. R. n. F. 12, 1 (1927). Thoma in Festgabe f. d. PrOVG. 1925, S. 217. v. Hippel im Arch. öffentl. R. n. F. 10, 124. Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 226 f., 252 f. W. Jellinek, 148, 155.— Der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz bezieht sich m. E. nicht nur auf die Rechtsanwendung, sondern auch auf die Gesetzgebung. Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, § 31. Paul Meyer, Das Prinzip der Rechtsgleichheit, Zürich. Diss. 1923. In Deutschland ist die Auffassung bestritten. Gleichheit vor dem Gesetz oder Gleichheit des Gesetzes? Eine Richtschnur nur für den Gesetzgeber, oder zugleich auch für den rechtsanwendenden Richter und Verwaltungsbeamten? Vgl. die Berichte über die Gleichheit vor dem Gesetze im Sinne des Art. 109 der RVerf. von Erich Kaufmann und H. Nawiasky und die Diskussion an der Tagung d. Deutsch. Staatsrechtslehrer 1926 (Veröff. Heft 3). Die Kommentare von Anschütz und von Giese zu Art. 109. Stier-Somlo, Art. „Grundrechte“ HWR. III 50.

verwirklichen unternommen, die genau die Voraussetzungen bezeichnen, unter denen der verwaltende Staat Ansprüche der Bürger zu befriedigen hat und sich Eingriffe in Freiheit und Eigentum erlauben darf.¹⁰

Aus dem dargelegten Grundsatz, „Gleiches Recht für alle“, ergeben sich drei wichtige Folgerungen:

1. Wenn der Verwaltungsbehörde die Befugnis übertragen ist, eine bestimmte Materie durch Verordnung zu regeln, so darf sie nicht an Stelle der Verordnung durch Einzelbefehle von Fall zu Fall das Erforderliche anordnen. Denn nur durch die abstrakte generelle Regelung wird die Rechtsgleichheit verbürgt.¹¹ Auf eine Um-

¹⁰ Daraus darf man aber nicht mit v. Seydel, Bayer. Staatsrecht, II S. 316 ff. und Anschütz, Begriff der gesetzgebenden Gewalt, S. 168 ff., den Schluß ziehen, jede Rechtsvorschrift betreffe die Freiheit der Person und des Eigentums. Vgl. darüber Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 118 und Walz, Bad. Staatsrecht, S. 209—210.

¹¹ Beispiele: Das Allgemeine Baugesetz für das Königreich Sachsen vom 1. Juli 1900 § 94 schreibt vor, es habe das Ortsgesetz (Ortsstatut) Bestimmung darüber zu treffen, ob in offener oder geschlossener Reihe gebaut werden müsse. Wenn für eine Ortschaft ein Ortsgesetz noch nicht erlassen ist, so darf die Polizei nicht von Fall zu Fall verfügen, wie zu bauen sei. Sächs. OVG. 22. Nov. 1902 (Jahrbücher III, S. 219). Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 59, 76. W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung, S. 259. Anders die Praxis des preußischen Oberverwaltungsgerichts. Sie nimmt an, wenn z. B. das preuß. Gesetz über die Polizeiverwaltung v. 11. März 1850 vorschreibe, eine bestimmte Materie (Sorge für Leben und Gesundheit usf.) sei durch „ortspolizeiliche Vorschriften“ zu regeln, so begründe dies lediglich ein Recht, keine Pflicht der Behörden, eine Polizeiverordnung hierüber zu erlassen. „Alles was zu den Gegenständen der polizeilichen Vorschriften gehört, kann auch, mindestens solange Vorschriften solcher Art nicht ergangen sind, Gegenstand einer polizeilichen Verfügung sein.“ PrOVG. 27. Juni 1877 (Entsch. Bd. 2, 427, insbes. 432); vgl. auch PrOVG. 18. März 1886 (Entsch. Bd. 13, S. 390 und die dort zit. Judikatur). Zustimmend Thoma, Polizeibefehl, I 244. Hatschek, VerwR.⁵, S. 138 f. Davon abweichend OVG. Bd. 64, S. 466 und Drews, Preuß. Polizeirecht, 1927, S. 21. — Andererseits darf jedoch eine Einzelverfügung nicht in die Form einer Verordnung eingekleidet werden. Dies würde dann vorliegen, wenn eine Behörde auf Grund des geltenden Rechts nicht die Befugnis besäße, eine Verfügung (z. B. ein Bauverbot) zu erlassen, und diese Kompetenz aber nun empfinde durch eine allgemein gehaltene Verordnung, die aber nach Lage der Dinge nur auf diesen konkreten Einzelfall gemünzt wäre. In einem solchen Falle wären Verordnung und Verfügung ungültig. W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung, S. 357. Rechtsprechung des Badischen Verwaltungsgerichtshofs III, Nr. 333. Vgl. oben S. 70. Ist aber eine Verordnung, z. B. eine Polizeiverordnung, rechtsgültig erlassen, so kann eine einzelne darauf fußende Verfügung nicht mit der

gehung dieses Grundsatzes läuft es hinaus, wenn die verpflichtete Behörde sich auf den Erlaß einer Verordnung beschränkt, in der vorgeschrieben wird, was zu gelten habe, werde in jedem Fall durch Einzelverfügung bestimmt werden.¹² Aus diesem Grund hat z. B. die bayrische Polizeigesetzgebung im allgemeinen den vollziehenden Polizeiorganen die Ermächtigung zu Allgemeinbefehlen erteilt in dem Sinne, daß die Behörden durch eine allgemeingültige Verordnung feststellen müssen, was die Bürger zu tun und zu lassen haben, während z. B. in Preußen und Baden den Polizeibehörden eine Generalermächtigung zu polizeilichen Einzelbefehlen zur Verfügung gestellt ist.¹³ Vgl. darüber unten § 24.

2. Das Gesetz, und was ihm gleichsteht (Verordnung, autonome Satzung usf.), bindet Behörden und Bürger in derselben Weise. Es darf in keinem Punkte unvollzogen bleiben. Die Behörde kann daher ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung dem einzelnen Privaten rechtsgültig weder „Vorrechte“ zugestehen, die seine rechtlichen Befugnisse über das gemeine Maß hinaus erweitern¹⁴, noch

Begründung angefochten werden, in casu sei die Anwendung der Verordnung ungerechtfertigt, weil die Absicht der Verordnung in dem vorliegenden Falle auf andern Wege verwirklicht werden könne. PROVG. 8. Okt. 1910 (PrVBl. 32, 634).

¹² Die Gemeinde Schöneberg hat i. J. 1909 eine Gemeindesteuerordnung erlassen, worin die Bestimmung des Abstufungsverhältnisses, nach dem die einzelnen Grundstücksarten zur Grundsteuer herangezogen werden, jährlichen Gemeindebeschlüssen vorbehalten wird. Das PROVG. erklärte am 18. Juni 1912 die Steuerordnung für ungültig, weil die Festsetzung des Abstufungsverhältnisses nur in festen allgemeinen Normen geregelt werden dürfe (Entsch. Bd. 62, S. 311). — Das StGB. § 306, Ziff. 10 bedroht die Person mit Strafe, welche „die zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf den öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder Wasserstraßen erlassenen Polizeiverordnungen übertritt.“ Die Polizeidirektion München hat, gestützt auf die Delegation des bayrischen Polizeitrafgesetzbuchs Art. 2, Ziff. 8, eine ortspolizeiliche Verordnung erlassen, die sich auf die Anordnung beschränkt, jedermann sei verpflichtet, den zur Vermeidung von Verkehrsstörungen im einzelnen Falle getroffenen polizeilichen Anordnungen Folge zu leisten. Die Gerichte haben diese Bestimmung für gültig angesehen, in Mißachtung des im Texte entwickelten Rechtsgrundsatzes. R e g e r 18, 92 und die dort zitierten Urteile.

¹³ T h o m a , Polizeibefehl im Badischen Recht, I S. 252—253.

¹⁴ Ungültig ist ein Gemeindebeschluß, welcher von der Gemeindeeinkommensteuer die Personen befreit, die eine Kurtaxe in Höhe der „eventuellen Gemeinde-Einkommensteuer“ entrichten. PROVG. 15. April 1912 (Entsch. Bd. 62, S. 446).

ihm Sonderpflichten aufbürden. Wenn das Gesetz den Bürgern öffentliche Pflichten (öffentliche Abgaben, Wehrpflicht, polizeiliche Pflichten usw.) auferlegt, so haben die Behörden auf deren Erfüllung zu dringen. Ein Verzicht auf die Einforderung einer gemäß öffentlichem Rechte dem Staate geschuldeten Leistung käme einer Nichtanwendung des Gesetzes gleich.¹⁵ In einer anderen Lage befindet sich die Behörde, wenn sie auf dem Boden des Privatrechts in Pacht-, Miet-, Kaufverträgen dem Bürger als einfacher Gläubiger gegenübertritt. Die Geltendmachung eines privatrechtlichen Anspruchs ist ein Recht, keine Pflicht des Gläubigers, und daher können im allgemeinen auch die Organe des Staats und der Gemeinden dem Schuldner gegenüber rechtsgültig auf eine privatrechtliche Forderung verzichten.¹⁶

Es unterliegt keinem Zweifel, daß auch im Bereiche des öffentlichen Rechtes in besonderen Fällen der Verzicht auf einen der öffentlichen Verwaltung zustehenden Anspruch geboten sein kann. Man denke nur an das strafrechtliche Seitenstück: die Begnadigung. Eine solche Durchbrechung des Gesetzes ist jedoch nur auf Grund besonderer gesetzlicher Ermächtigung erlaubt und möglich.¹⁷ Sie kann der Verwaltungsbehörde die Macht verleihen: zur Begründung eines Privilegs; zur Gewährung einer Dispensation, d. h. zur Nichtanwendung des Gesetzes im einzelnen Fall oder in einer Mehrzahl gleichgearteter Fälle; zu einem gänzlichen oder teilweisen Verzicht auf eine fällige Leistung.¹⁸ So kann den Steuerbehörden die Kompetenz verliehen sein, aus Billigkeitsgründen bestimmten Personen ganz oder teilweise Befreiung von der Steuerpflicht zu gewähren oder auf verfallene Steuern zu verzichten (Steuererlaß) oder die

¹⁵ PrOVG. 9, 337. RVerf. Art. 134: „Alle Staatsbürger ohne Unterschied tragen im Verhältnis ihrer Mittel zu allen öffentlichen Lasten nach Maßgabe der Gesetze bei.“

¹⁶ Auch wenn die privatwirtschaftlichen Einnahmen im Etatgesetz aufgeführt sind, so wird diese Befugnis der Behörden nicht eingeschränkt. Denn der Etat enthält lediglich einen Wirtschaftsplan über mutmaßliche Einnahmen und Ausgaben. *L a b a n d*, ArchöfR. 7, 169 f. — Von der Frage, ob der Finanzbeamte verzichten *k o n n t e*, ist wohl zu scheiden die Frage, ob er auf eine Forderung verzichten *d u r f t e*. Verzichtet er, obwohl ihm dies nicht erlaubt ist, so wird er der öffentlichen Kasse gegenüber schadensersatzpflichtig.

¹⁷ Sächs. OVG. v. 11. Jan. 1902 (Jahrbücher I S. 355).

¹⁸ Ueber die verschiedenen Begriffe s. Näheres bei *G. Meyer-A n s c h ü t z*?, S. 762 f. und dort zitierte Literatur. Ueber Dispensation: Art. „Dispensation“ von *S t i e r - S o m l o* und von *G. E b e r s* IIWR. II 70.

Steuern zu stunden.¹⁹ In gleicher Weise räumen die meisten Baugesetze den Baupolizeibehörden die Befugnis ein, in Fällen, in denen eine undurchbrochene Anwendung baupolizeilicher Vorschriften (Bauabstand u. dgl.) zu Härten führen würde, dem Privaten Dispensation von den starren Rechtsregeln zu erteilen (Baudispens, Nachsichterteilung).²⁰ Hat aber der Gesetzgeber keine Erlaubnis zu der-

K o r m a n n , Rechtsgeschäftliche Staatsakte S. 120, macht mit Grund darauf aufmerksam, daß die Dispensation, nach ihren Rechtswirkungen beurteilt, kein einheitliches Institut ist. Die Dispensationen zerfallen in solche, welche ein Dürfen (eine Erlaubnis) und in solche, welche ein Können (eine Fähigkeit) gewähren.

¹⁹ Preuß. Ges. betr. den Staatshaushalt v. 11. Mai 1898 § 18: „Von der Einziehung dem Staate zustehender Einnahmen darf nur im einzelnen Fall und, abgesehen von der Unmöglichkeit der Einziehung, nur auf Grund einer durch gesetzliche oder durch königliche Bestimmung erteilten Ermächtigung abgesehen werden. Nur unter gleichen Voraussetzungen dürfen auch zur Staatskasse vereinnahmte Beträge zurückerstattet werden.“ PrOVG. 21. Dez. 1908. PrVBl. 31, 275; 34, 53, 774. Vgl. ferner RAO. § 108, wonach der Reichsfinanzminister für einzelne Fälle Steuern, „deren Einziehung nach Lage der Sache unbillig wäre, ganz oder teilweise erlassen kann“. Ferner kann der Reichsfinanzminister mit Zustimmung des Reichsrates „aus Billigkeitsgründen allgemeine Befreiungen oder Ermäßigungen von Steuern“ vorsehen. Nach RAO. § 105 können Zahlungen von Steuern gestundet werden, „wenn ihre Einziehung mit erheblichen Härten für den Steuerpflichtigen verbunden wäre“. Gemäß RAO. § 107 dürfen Steuern „niedergeschlagen werden, wenn feststeht, daß die Betreibung keinen Erfolg haben wird, oder wenn die Kosten der Betreibung außer Verhältnis zu dem Betrage stehen“. Ueber Steuerbefreiungen im Rahmen des Reichsrechts überhaupt: B e c k e r , RAO.⁵, § 1, Bem. 9. Vgl. ferner die Zusammenstellung bei S t i e r - S o m l o , HWR. II S. 71—72. Ein echtes Steuerprivileg hat das RG. ü. d. Deutsche Reichsbahngesellschaft v. 30. Aug. 1924 § 14 zugunsten der erwähnten Gesellschaft begründet (Befreiung von jeder neuen direkten Steuer des Reichs, der Länder, Gemeinden usw.). F r i t s c h , Deutsches Eisenbahnrecht, S. 370 f.

²⁰ Z. B. hat das Allgemeine Baugesetz für das Königreich Sachsen v. 1. Juli 1900 in § 6 ein ganz allgemeines Dispensationsrecht vorgesehen: „Ausnahmen von den Anforderungen dieses Gesetzes und der auf dessen Grund erlassenen Ausführungsverordnungen und Ortsgesetze kann im allgemeinen die Kreishauptmannschaft bewilligen...“ M o s e l , HWB. I¹³ S. 197. Im Gegensatz dazu läßt die Badische Landesbauordnung v. 1. Sept. 1907 § 4 Abweichungen nur zu, „soweit die Erteilung der Nachsicht unter bestimmten Voraussetzungen in der Landesbauordnung selbst für zulässig erklärt ist oder nach Maßgabe der besonderen Verhältnisse des Einzelfalles von dem Ministerium des Inneren gestattet wird“. F. J. R o t h , Badische Landesbauordnung, 2. Aufl., 1909, S. 23 ff. Ueber Preußen: B a l t z , Preuß. Baupolizeirecht, 5. Aufl. v. F. W. Fischer, 1926, S. 285 f. — Kein Bürger hat einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Dispensation. Ebenso selbstver-

artigen Durchbrechungen erteilt, so ist jede amtliche Zusicherung — mag sie in einem Vertrag oder in einer einseitigen Verfügung enthalten sein —, die eine Befreiung von einer gesetzlichen Pflicht gewährt, ein Rechtsbruch und daher ungültig. So sind alle jene Verträge, in denen die Steuerbehörden ohne gesetzliche Ermächtigung gegenwärtigen oder zukünftigen Steuerpflichtigen bestimmte Vorteile (Befreiung von Anliegerbeiträgen, Nichtbesteuerung bestimmter Vermögensbestandteile u. dgl.) versprechen, schon um ihres Inhalts willen nicht rechtswirksam.²¹

Die Verwaltungsbehörde ist nicht bloß an das vom übergeordneten Gesetzgeber erlassene, sondern auch an das selbstgeschaffene Recht, an ihre eigene Verordnung und ihre autonome Satzung, gebunden. Selbst wenn sich bei der Rechtsanwendung in einem bestimmten Fall ein Satz der Verordnung oder der Satzung als unbecquem erweisen sollte, so bleibt er maßgebend, bis die Behörde die Verordnung oder die Satzung auf dem vom Gesetze gewiesenen Wege allgemein abändert. Es besteht kein allgemeiner Rechtsgrundsatz, der es der Verwaltungsbehörde gestattet, von der Be-

ständiglich ist, daß bei Gewährung oder Versagung einer Dispensation fiskalischen Interessen kein Einfluß verstattet werden darf. K. Sächs. OVG. 17. April 1907 (Jahrbücher X S. 201).

²¹ Der typische Fall: Der Private X erklärt der Steuerbehörde der Stadt Y, er werde nach Y übersiedeln, wenn die Steuerbehörde ihm zusichere, daß er nur für ein Vermögen und Einkommen werde besteuert werden, dessen Höhe von vornherein genau festgelegt werden solle. Die Steuerbehörde läßt sich darauf ein und schließt mit dem Steuerpflichtigen einen Vertrag dieses Inhaltes ab; hinterher stellt sich heraus, daß der Vertrag zum Zwecke der Umgehung der Steuerpflicht geschlossen worden ist. Der Vertrag ist nichtig — übrigens möglicherweise schon aus formellen Gründen: wenn nämlich nach dem maßgebenden Landesrecht die Steuersumme des Pflichtigen durch einseitige Verfügung der Behörde festzusetzen ist. Bayr. VGH. 14. März 1906 (Samml. 27, 62). K. Sächs. OVG. 11. Febr. 1907, 11. Nov. 1907 (Jahrb. X S. 263; XI S. 332). Soergel, Jahrbuch der Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, I S. 446, Nr. 43, I. Vgl. auch RGerZ. 22. April 1913 (PrVbl. 34, 773). S. ferner PrOVG. 12, S. 129; 34, S. 36. DJZ. 31, 653. — Anders liegt der Fall, wenn eine Staats- oder Gemeindebehörde einem Privaten (Unternehmer einer Gasfabrik oder dgl.) als Entgelt für eine bestimmte Leistung (Gaslieferung usf.) eine Befreiung von den öffentlichen Abgaben verspricht. Hier liegt bei richtiger Auslegung des Vertrags keine Erteilung einer Dispensation vor, sondern das gültige privatrechtliche Versprechen auf Schadloshaltung bis zu einem bestimmten Geldbetrag. PrOVG. Bd. 33, S. 107; 38, S. 147. RGerZ. Bd. 46, S. 245. PrVbl. 33, 11 (Urt. d. Kammergerichts vom 29. Juni 1911). Vgl. auch unten § 11.

obachtung der von ihr erlassenen Rechtsvorschriften Nachsicht zu gewähren.²²

3. Den Grundsatz der Rechtsgleichheit hat die Behörde auch bei der Handhabung ihres freien Ermessens zu beobachten. Sie darf bei Gleichheit der tatsächlichen Verhältnisse und Gleichheit der Rechtslage einen Bürger oder eine Kategorie von Bürgern nicht anders behandeln, als alle übrigen.²³

III. Aus den dargelegten Grundsätzen folgt die Pflicht der Verwaltungsbehörden zum Handeln, so oft im Einzelfalle die gesetzlichen Voraussetzungen für ein behördliches Einschreiten vorhanden sind. Es gilt für die Verwaltung im allgemeinen das sog. *Legalitätsprinzip*. Aber es erleidet Ausnahmen.²⁴ Weil oberste Regel für die Verwaltung der Schutz des öffentlichen Interesses ist, so darf die vollziehende Behörde kraft rechtlicher Ermächtigung von einem Eingreifen dann absehen, wenn durch eine passive Haltung

²² PrOVG. 9, 332. *Walz*, Badisches Staatsrecht, S. 224. — Die einmal erteilte rechtsgültige Dispensation darf nicht willkürlich widerrufen werden. PrOVG. 29, 371.

²³ Rechtsprechung d. Badischen Verwaltungsgerichtshofs, III Nr. 339. PrOVG. 16. Mai 1909 (Entsch. Bd. 54, S. 262 f.): „Die Polizei darf nach ihrem Ermessen den Benutzern des Meeresstrandes Befehle über das Aufstellen der Strandkörbe erteilen. Uebt sie diese Befugnis aus, so darf sie nicht einem einzelnen Strandkorbbesitzer befehlen, den Strandkorb nach Gebrauch jeweiligen sofort wieder zu entfernen, während sie allen übrigen Strandkorbbesitzern örtlicher Uebung gemäß das Belassen der Strandkörbe am Meeresufer auch außerhalb der Gebrauchszeit gestattet. Das wäre Willkür, zu der die Polizei niemals berechtigt ist.“ — Auch bei der Aufstellung eines Ortsstatuts darf sich die Gemeindebehörde keine rechtsungleiche Behandlung der Gemeindeglieder zuschulden kommen lassen. Nach einer Entscheidung des PrOVG. v. 3. Nov. 1897 (Entsch. Bd. 32, S. 122) ist es unzulässig, „wenn bei einer einheitlichen, das ganze Stadtgebiet umfassenden Veranstaltung die Pflicht, zu deren Unterhaltung beizutragen, nicht den dadurch bevorzugten Besitzern aller im Stadtgebiet belegenen, sondern nur den in einzelnen Teilen derselben belegenen Grundstücken auferlegt wird.“ Eine Fundgrube bietet dem Juristen die staatsrechtliche Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts betreffend die Rekurse wegen Verletzung der Rechtsgleichheit begangen durch eine willkürliche Handhabung eines Gesetzes. *Fleiner*, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 287. In diesen Zusammenhang gehört auch das von *Leibholz* (VerwArch. 31, 231) mitgeteilte Urteil d. Schweiz. Bundesgerichts v. 18. Mai 1923 (Entsch. 49 I, 293): Willkürliches, ohne zureichende Gründe motiviertes Abweichen von der bisherigen Verwaltungspraxis.

²⁴ Vgl. hiezu *Drews*, Preuß. Polizeirecht, S. 35 f. *W. Jellinek*, VerwR., S. 39. *Bühler*, Lehrb. d. Steuerrechts, I S. 70 f.

dem öffentlichen Interesse mehr gedient ist, als durch eine aktive Tätigkeit.²⁵ Hier gewinnt das sog. Opportunitätsprinzip die Oberhand. Wie viel dieses freie Ermessen im Einzelfalle der Einsicht und dem Takt des Verwaltungsbeamten anheimstellt, braucht nur angedeutet zu werden.

§ 10. Inhalt der verwaltungsrechtlichen Verhältnisse im Allgemeinen.

I. Das Privatrecht überläßt es den Beteiligten, ihre Rechtsverhältnisse innerhalb eines großen Gebietes nach eigenem Ermessen ins Leben zu rufen und auszugestalten. Man denke nur an den Geltungsbereich der Vertragsfreiheit. Anders liegen die Dinge im Verwaltungsrecht. Hier handelt es sich um Rechtsverhältnisse, die in der Hauptsache durch das Gesetz von vornherein vorgezeichnet sind. Das Gesetz bestimmt, unter welchen Voraussetzungen die Verwaltungsbehörden von den Bürgern Leistungen — positive, wie negative — verlangen können und von welcher Art und welchem Umfang diese Leistungen sein müssen. In gleicher Weise stellt es fest, in welchen Fällen den Bürgern Rechtsansprüche gegen die öffentliche Verwaltung zustehen. Den Verhältnissen des öffentlichen Rechts geht die Elastizität ab, die die Obligationen des Privatrechts auszeichnet. Das ist vom Rechtsstaat so gewollt. Denn nur durch die strenge Bindung der Verwaltungsbehörde an das Gesetz ist Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit zu erreichen gewesen, auf die der Rechtsstaat hingearbeitet hat.

Trotzdem ist von Starrheit keine Rede. Denn soweit die Verwaltungsbehörde durch das Gesetz nicht gebunden worden ist, wird ihr „freies Ermessen“ (*pouvoir discrétionnaire*) wirksam.¹ Auf dieses

²⁵ Beispiele: Die Polizei braucht sich nicht wegen jeder Bagatelle ins Zeug zu legen. — Der Dienstvorgesetzte entscheidet, ob er gegen einen Untergebenen ein Disziplinarverfahren einleiten will. — Die Behörde kann von der Verfolgung einer Uebertretung absehen, „wenn die Schuld des Täters gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind, es sei denn, daß ein öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung besteht“. (StPO. § 153, i. d. Fassung v. 1924). „*Minima non curat praetor.*“ — Vgl. auch Jugendgerichtsgesetz v. 16. Febr. 1923, § 32 Abs. 2. Der Reichsminister der Finanzen kann, nach RAO. § 215, anordnen, daß die Festsetzung von Steuern zu unterbleiben hat, wenn der festzusetzende Betrag eine gewisse Grenze voraussichtlich nicht übersteigt u. a. m.

¹ Vgl. dazu F. Tezner, Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden, 1888. Stier-Somlo, Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, 1908 (Festgabe für Laband II 445 ff., insbes.

„Verwaltungsermessen“ stellt der Gesetzgeber ab, wenn er z. B. die Behörde anweist, bei Gefahr für die öffentliche Sicherheit die „erforderlichen Maßnahmen“ zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung zu treffen, oder wenn er sie zur Zwangsentziehung zugunsten eines „im öffentlichen Interesse“ zu errichtenden Unternehmens ermächtigt, oder wenn er sie beauftragt, die Erteilung einer Schankkonzession von dem Nachweis eines vorhandenen „Bedürfnisses“ abhängig zu machen.

Von Ermessen — oder was dasselbe sagt, von freiem Ermessen — spricht man in Gesetzgebung und Rechtswissenschaft dann, wenn vom objektiven Recht das Handeln eines Staatsorgans dessen eigener Bestimmung überlassen ist. Hier offenbart sich der Gegensatz von gesetzlicher Bindung und Freiheit, der auch für die Rechtsprechung Bedeutung besitzt. Doch soll in der folgenden Betrachtung lediglich das Ermessen der Verwaltungsbehörden erörtert werden. Der Gesetzgeber ist sich bewußt, daß in zahlreichen Lebensverhältnissen, die er regeln will, der von ihm angestrebte Erfolg (Schutz der öffentlichen Interessen) auf verschiedenen Wegen erreicht werden kann. Dann beschränkt er sich auf die Aufstellung des rechtlichen Rahmens und überläßt der Verwaltungsbehörde, ihn von Fall zu Fall auszufüllen. Das Motiv hierfür wurzelt nicht bloß

S. 498 ff.). Leopold Menzinger, Ermessen und Verwaltungsgerichtsbarkeit im bayer. Recht (Blätter für administrative Praxis, Bd. 56 (1908), S. 1 ff.). Rudolf v. Laun, Das Recht zum Gewerbebetriebe, 1908 (Wiener staatswissenschaftl. Studien). Rudolf v. Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910. Paul Oertmann, Die staatsbürgerliche Freiheit und das freie Ermessen der Behörden, 1912 (Vorträge der Gehe-Stiftung Bd. IV, Heft 2). Oertmann, „Freies und unfreies Ermessen“ in der DJZ. 17, 186. Walter Jelinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, S. 2 (Literaturangaben), 36, 89, 137, 157, 177, 188, 194 ff., 331 ff. R. v. Laun, Zum Problem des freien Ermessens, 1913 (Festschrift für Zitelmann). Ottmar Bühler, Die subj. öffentl. Rechte, 1914, S. 21 f., 162 f. F. Tezner, Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, 1924 (Wiener staatswissenschaftl. Studien n. F. Bd. VI). Herrnritt, VerwR., 1921, § 24. A. Merkl, Allg. VerwR., 1927, § 10. Ulrich Scheuner, Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte (VerwArch. 33 (1928), S. 68 f.). (Die Erörterungen meines Textes decken sich in den wesentlichen Punkten mit der Auffassung Herrnriffs, Merkls und Scheuners.) Z. T. abweichend: W. Jelinek, VerwR., S. 29 f. (Weitere Literatur daselbst S. 19—20.) — Eingehend hat sich die italienische Literatur mit dem Problem beschäftigt; es sei u. a. verwiesen auf den Aufsatz von Carlo Ferraris (Padova), Il potere discrezionale della pubblica amministrazione (Rivista di diritto pubblico, 1924, I 205).

in dem Bestreben, den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung zu tragen und gerecht zu werden wie es für das richterliche Ermessen zutrifft.² Darüber hinaus läßt sich der Gesetzgeber von der Erwägung leiten, daß für gewisse Anordnungen, die das öffentliche Interesse angehen, die Verwaltungsbehörde allein sachverständig ist. Die mit der Vollziehung des Rechtssatzes betraute Verwaltungsbehörde, die dem konkreten Lebensverhältnis nahesteht, hat darum auf Grund dieser ihrer Einsichten, ihrer wissenschaftlichen und verwaltungstechnischen Erfahrungen im Einzelfall auszusprechen, was Rechtens ist, d. h. was als gesetzliche Anordnung gilt.³ Sie soll aus der ihr vom Gesetzgeber zugebilligten Selbstbestimmung heraus unter den verschiedenen Möglichkeiten der Lösung diejenige als maßgebend bezeichnen, die der Absicht des Gesetzes in dem konkreten Fall am besten entspricht. In der gesetzlichen Anordnung sind stets die Anhaltspunkte dafür vorhanden, auf welche Momente bei der Handhabung des Ermessens abzustellen ist. Der Gesetzgeber rechnet damit, daß in allen diesen Fällen die zur Betätigung des freien Ermessens berufene Behörde unter den wandelbaren Anschauungen ihrer Zeit und ihres Ortes stehen wird. Indem daher der Gesetzgeber bei der Begründung und Auslegung öffentlicher Rechtsverhältnisse das freie Ermessen des vollziehenden Organs mitwirken läßt, fügt er in den Rahmen seiner

² Schweiz. Zivilgesetzbuch 1907, Art. 4: „Wo das Gesetz den Richter auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist, hat er seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen“. S. dazu der (Zürcher) Komm. I² von E g g e r. RAO. (1919) § 6: „Wo im Sinne des Gesetzes die Behörden die Entscheidung nach ihrem Ermessen zu treffen haben, hat sie nach Recht und Billigkeit zu erfolgen.“ S. dazu den Komm. v. B e c k e r. Ueber das sehr ausgedehnte freie Ermessen der Steuerverwaltung: B ü h l e r, Lehrb. des Steuerrechts I, 1927, S. 66 f.

³ Es wird nie gelingen, den Begriff des „öffentlichen Interesses“ in ein System zu bringen. Denn die Anforderungen des öffentlichen Interesses wechseln von Rechtsinstitut zu Rechtsinstitut. Man kann daher höchstens beschreiben, von welchem Begriff des öffentlichen Interesses die Expropriationsgesetzgebung, die Steuergesetzgebung usf. ausgeht. Julius N e u m a n n, Das öffentliche Interesse mit Bezug auf das Gebühren- und Steuerwesen, die Expropriation und die Scheidung von Privat- und öffentlichem Recht (Annalen des Deutschen Reiches, 1886, S. 357 ff.). L a y e r, Prinzipien des Enteignungsrechts, 1902, S. 176 und die dort zitierten Autoren (Staats- und völkerrechtl. Abhandlungen, hrsg. von Jellinek und Anschütz, Bd. III). W. J e l l i n e k, Gesetz, Gesetzesanwendung, S. 68 ff.

Rechtssätze ein bewegliches Element ein, das dieses Organ in den Stand setzt, die Gesetzesvorschrift so zu vollziehen, wie es den wechselnden Anforderungen des Lebens und des öffentlichen Interesses entspricht.

Das freie Ermessen bezieht sich regelmäßig nur auf die einzelnen Punkte, die ihm der Gesetzgeber in einer Rechtsvorschrift offen gelassen hat. Wenn das Gesetz die Zwangsentziehung nur erlaubt, falls das „öffentliche Interesse“ sie verlangt, oder die Erteilung einer Schankkonzession nur gestattet, wenn ein „Bedürfnis“ nachgewiesen ist (GewO. § 33),⁴ so liegt es der Verwaltungsbehörde bei der Vollziehung dieser Vorschriften ob, zu bestimmen, welcher Sinn und welche Tragweite dem „öffentlichen Interesse“, dem „Bedürfnisse“ zukommt. Ebenso haben die Verwaltungsbehörden in den Fällen, in denen das Gesetz ihnen das Ergreifen von „geeigneten Maßnahmen“ zur Bekämpfung einer polizeilichen Gefahr aufträgt, frei zu bestimmen, worin diese Maßnahmen bestehen müssen.⁵

Damit berührt sich nahe eine andere Erscheinung, die man häufig ebenfalls den „Ermessensfällen“ zuweist. Der Gesetzgeber nämlich kann für die Auslegung eines von ihm verwendeten Begriffs einen weiten Spielraum gelassen haben. So löst ein „Betriebsunfall“ für den versicherten Arbeiter bestimmte Forderungen gegen die Berufsgenossenschaft aus, und die in der Reichsverfassung vorgesehene „Enteignung“ verleiht dem Betroffenen einen Entschädigungsanspruch.⁶ Was ist ein „Betriebsunfall“, was ist eine „Enteignung“? Das Gesetz geht davon aus, daß hierauf eine objektive eindeutige Antwort gegeben werden kann und daß es Sache der mit der Gesetzes- (Verfassungs-) Vollziehung betrauten Organe (Gerichte, Verwaltungsbehörden) ist, sie an Hand aller in Betracht fallenden Umstände herauszufinden. Hier wird diesen Organen keine Entscheidung nach freiem Ermessen übertragen; die Lösung liegt im Gesetze selbst, sie ist durch eine richtige Gesetzesauslegung zu erkennen.

Die aufgezählten Beispiele zeigen, daß in den echten Ermessensfällen die vom Rechtssatze offengelassene Lösung von der Verwaltungsbehörde stets nur im praktisch gewordenen Einzelfall und

⁴ Olshausen, Begriff und Nachweis des Bedürfnisses im Sinne des § 33 der GewO. (PrVBl. 45, 466).

⁵ Viehseuchenges. von 1909, § 11 Abs. 2. — Ueber Werturteile: PrOVG. 8. Jan. 1920 (Reger 41, 9).

⁶ RVO. § 544; RVerf. 1919, Art. 153, Abs. 2.

für diesen gegeben wird,⁷ z. B. bei der Erledigung des Schankkonzessionsgesuchs des Herrn A, bei dem polizeilichen Verbot zur Abhaltung einer Versammlung wegen Seuchengefahr usf. Gemäß dem oben § 6 erwähnten Grundsatz der Subordination schließt das nicht aus, daß von der vorgesetzten Behörde generelle Weisungen erteilt werden können, wie die untergebenen Organe ihr freies Ermessen für ein konkretes Verhältnis (z. B. Bedürfnisnachweis) handhaben müssen.⁸ Damit wird auch die Selbstherrlichkeit der unteren Organe im Bereiche ihres freien Ermessens abgeschwächt. Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden spielt auch bei der Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit eine Rolle. Grundsätzlich können bei den Verwaltungsgerichten nur Rechtsverletzungen der Verwaltungsorgane gerügt werden; „Ermessensfragen“ sind der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entzogen.⁹

Die Normen des Gesetzes sind jedoch auch für das freie Ermessen unübersteigbar. Daher ist das Bedenken, wo der Raum für das freie Ermessen der Behörde beginnt und wo er endet, selbst wieder eine Rechts- und keine Ermessensfrage.¹⁰ Die Ermessensüberschreitung stellt eine Rechtswidrigkeit dar. Allein nicht bloß diese äußeren Grenzen hat die Behörde zu achten. Ihrem freien Ermessen

⁷ Wenn der Gesetzgeber der Verwaltungsbehörde in einer Materie Verordnungsgewalt überträgt (oben § 5), so räumt er ihr auch hier ein freies Ermessen ein. Es kann hier sogar ein schrankenloses sein. Vgl. z. B. das erste Ermächtigungsgesetz v. 13. Okt. 1923, § 1: „Die Reichsregierung wird ermächtigt, die Maßnahmen (gemeint waren in erster Linie Verordnungen) zu treffen, welche sie auf finanziellem, wirtschaftlichem und sozialem Gebiet für erforderlich und dringend erachtet. Dabei kann von den Grundrechten der Reichsverfassung abgewichen werden . . .“ S. ferner das zweite Ermächtigungsges. v. 8. Dez. 1923 (außer Kraft 15. Febr. 1924).

⁸ Landmann-Rohmer, Komm. z. GewO. I⁸, 1927, S. 401 f.

⁹ Dyrhoff, Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz⁸, 1925, S. 502 f. Im übrigen vgl. unten § 16. — Dem freien Ermessen gegenüber, das die Verwaltungsbehörde bei Erlaß einer Rechtsverordnung ausübt, besteht ein Prüfungsrecht aller Gerichte, in dem oben beschriebenen Sinn. Vgl. PrOVG. 5. Jan. 1920 (Reger 41, 153): eine polizeiliche Verordnung, welche Frauen von der Bedienung von Films ausschließt, ist wegen Ermessensüberschreitung ungültig.

¹⁰ Das Bedenken gewinnt eine besondere Bedeutung für die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Der Prüfung der Verwaltungsgerichte sind die „Ermessensfragen“ entzogen. Ob aber die Verwaltungsbehörde nach „freiem Ermessen“ handeln durfte, ist Rechtsfrage; sie gehört daher nicht zum unüberprüfbareren Ermessen. Vgl. darüber Fleiner, Einzelrecht und öffentliches Interesse, S. 6 ff. (Festgabe für Laband II [1908]). Insbesondere aber v. Laun, Freies Ermessen, S. 220 ff. S. auch unten § 16.

Fleiner, Institutionen. 8. Aufl.

sind auch innere Grenzen gesetzt: es ist ihr verboten, in ihrem freien Raum nach Willkür zu schalten; sie darf bei der Handhabung ihres Ermessens in jedem einzelnen Falle nur den Momenten Einfluß gewähren, die das Gesetz in einem Falle dieser Art berücksichtigt haben will. Ermessensmißbrauch steht rechtlich der Ermessensüberschreitung gleich.¹¹

Weil sich der eigene Wille der vollziehenden Organe an den festen Schranken der Rechtsordnung bricht, so versuchen die Ver-

¹¹ Beispiele: Die Polizei darf der Bewegungsfreiheit des Einzelnen Beschränkungen auferlegen. Sie darf dies aber nur zur Erreichung polizeilicher Zwecke tun und nicht zur Erlangung finanzieller Vorteile. Unzulässig ist es daher, wenn die Polizei einem Privaten die Aufstellung eines Strandkorbes an dem dem Gemeingebrach unterworfenen Meeresstrand verbietet, um ihn dadurch zur Entrichtung einer von der Gemeinde — zu Unrecht — erhobenen Benutzungsgebühr zu zwingen. PrOVG. 18. Mai 1909 (Entsch. Bd. 54, S. 262). Es ist das Verdienst der oben Anm. 1 zitierten Schrift von R. v. L a u n, Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910, die Bedeutung des Ermessensmißbrauchs genauer untersucht zu haben. Vgl. daselbst namentlich die Ausführungen auf den Seiten 175, 183, 203, 208, 216, 230, 265, 267. — Rechtswidrig ist ferner ein polizeiliches Verbot, das den Besitzer eines Kinematographen zur Einstellung der polizeilich genehmigten Vorstellungen an einem bestimmten Tage zwingt, um ihn zu verhindern, einem auf denselben Tag angesagten öffentlichen Konzert Konkurrenz zu machen. PrOVG. 1. Okt. 1909 (Entsch. Bd. 55, S. 459). — Ermessensmißbrauch liegt auch vor, wenn eine Behörde willkürlich und im offenen Widerspruch zu den tatsächlichen Verhältnissen eine Schankkonzession wegen mangelnden Bedürfnisses verweigert (GewO. § 33). — Andererseits liegt Ermessensüberschreitung in allen Fällen vor, in welchen die Behörde ihr freies Ermessen auf eine Seite eines Rechtsverhältnisses erstreckt, die durch eine feste Rechtsnorm geregelt ist: es besteht für die Polizei freies Ermessen bei der Wahl der Mittel zur Bekämpfung einer nächtlichen Ruhestörung, aber sie überschreitet ihr Ermessen, wenn sie eine ruhige Gebetsversammlung der Heilsarmee auflöst, um den demonstrierenden Pöbel zum Schweigen zu bringen. S. hierüber F l e i n e r, Staatsrechtl. Gesetze Württembergs, 1907, S. 496. D e r s e l b e, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 335. In der französischen Verwaltungsrechtsprechung erscheint der Begriff des „détournement de pouvoir“ als ein Spezialfall des „excès de pouvoir“. „Le détournement de pouvoir est le fait d'une autorité administrative qui, . . . tout en ne commettant aucune violation formelle de la loi use de son pouvoir pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été conféré . . .“ H a u r i o u, Précis de droit administratif ¹¹, 1927, p. 419. — Mit Hilfe der Begriffe Ermessensmißbrauch und Ermessensüberschreitung ist z. B. auch die preuß. Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Lage, zu prüfen, ob die Polizei im Einzelfall nur so weit gegangen ist, als „nötig“ war im Sinne des PrALR. II 17 § 10. F l e i n e r, Einzelrecht und öffentl. Interesse (S. 11 und 12. Festgabe f. Laband II). B ü h l e r, Subjekt. öffentl. Rechte, S. 174 f.

waltungsbehörden nicht selten, die Freiheit, die ihnen das öffentliche Recht versagt, durch eine *privatrechtliche* Regelung der Rechtsverhältnisse zu gewinnen. Diese Praxis entspringt dem Bestreben, den Bürger auf diesem Wege zu Leistungen zu verpflichten, die ihm in öffentlich-rechtlicher Form nicht können aufgebürdet werden. Notwendige Voraussetzung hierfür ist somit, daß die Behörden eine Handhabe besitzen, den Bürger zum Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages mit ihnen zu veranlassen. Dies trifft zu in Fällen, in denen der Bürger eine von ihm angestrebte Tätigkeit nur auf Grund einer behördlichen Erlaubnis oder Zustimmung ausüben darf, deren Erteilung ganz oder teilweise von dem Ermessen der Behörde abhängt (gewerbepolizeiliche oder baupolizeiliche Erlaubnis; Dispens von einem Bauverbot u. a. m.). Hier ist es daher der Behörde möglich, die Erlaubnis erst zu erteilen, nachdem sich der Bürger seinerseits zu privatrechtlichen Zusagen an die öffentliche Verwaltung verpflichtet hat (unentgeltliche Abtretung von Vorgartenareal, Sicherstellung von Anliegerbeiträgen usf.).¹² Die Zivilgerichte schützen im allgemeinen derartige Verträge.¹³ Allein zu Unrecht. Wenn der Gesetzgeber eine Materie dem öffentlichen Recht unterstellt, so schließt er damit für sie regelmäßig die Anwendung des Privatrechts aus.¹⁴ Die Behörde kann einen

¹² Vgl. z. B. RGerZ. 16. Dez. 1902 (Entsch. Bd. 53, S. 187): Um den Widerspruch des Magistrats gegen sein Konzessionsgesuch auszuschalten (GewO. § 33, Abs. 4), verpflichtet sich ein Wirt dem Magistrat gegenüber vertraglich, keine Gartenkonzerte zu veranstalten, wiewohl ihm dies nach der GewO. nicht hätte verwehrt werden können. — Weitere Beispiele bei Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 48. RGerZ. 21. Mai 1892 (Gruchots Beiträge 36, S. 1183). Fleiner, Einzelrecht und öffentliches Interesse, S. 29 ff. Thelemann, Die Servitut als privatrechtliches Mittel zur Unterstützung städte- und straßenbaulicher Bestrebungen im Einzelfalle (PrVBl. 34, 118). Baltz-Fischer, Preuß. Polizeirecht⁵, S. 288, 291.

¹³ RGerZ. Bd. 67, S. 291; Bd. 73, S. 19. J. Biermann, Die Zulässigkeit von Dienstbarkeiten zum Vorteile der Allgemeinheit (Festgabe, Otto Gierke dargebracht von Schülern, Freunden und Verehrern, 1911, S. 89). Diese Rechtsauffassung wird verteidigt von E. Kaufmann, Verwaltung, Verwaltungsrecht, S. 715 (WBStVR.³ III).

¹⁴ Hier gilt die alte Rechtsregel: *Quum quid una via prohibetur alicui, ad id alia non debet admitti* (De regulis iuris, in Sexto). — Eine Ausnahme: Der Staat greift regelmäßig zur Expropriation erst, nachdem er ein Grundstück nicht durch Abschluß eines privatrechtlichen Kaufvertrages hat an sich bringen können. Beide Wege, der privatrechtliche und der öffentlich-rechtliche, stehen von Anfang an offen. Dies beruht jedoch nicht auf einer Sondervorschrift der Expropriationsgesetzgebung, sondern auf dem in § 21

Rechtserfolg nicht auf privatrechtlichem Weg erreichen. Infolgedessen erzeugt ein auf diesem Gebiete zwischen Behörde und Untertan geschlossener Vertrag keine Rechtswirkungen. Wenn daher eine Gemeinde sich von einem Straßenanlieger Leistungen versprechen läßt, die am geltenden Baurecht keinen Rückhalt haben (unentgeltliche Abtretung einer Grundstücksparzelle; die Zusage, bestimmte Streifen nicht zu überbauen usw.), so wird dadurch weder ein privates, noch ein öffentliches Recht der Gemeinde begründet. Daher kann auch eine solche Verpflichtung nicht als Last des Anliegergrundstückes in das Grundbuch eingetragen werden; ¹⁵ es fehlt ihr ein materieller Rechtsgrund.

II. Für die Bestimmung der rechtlichen Natur eines Rechtsverhältnisses ist im allgemeinen unerheblich, was auf Grund dieses Rechtsverhältnisses geschuldet wird. Leistungen, die sich kraft öffentlichen Rechtes Staat und Bürger gegenseitig schulden, können auch Gegenstand eines privatrechtlichen Verhältnisses bilden: Geldzahlungen, Leistung von Diensten, Beschränkungen des Eigentums usw. Ueber den juristischen Charakter eines Rechtsverhältnisses entscheidet einzig, ob es im öffentlichen Recht oder im Privatrecht wurzelt. Das zeigt sich deutlich bei der Erfüllung öffentlicher Pflichten auf der Staat-, wie auf der Untertanenseite. Ob die für staatliche Zwecke gewonnenen Dienste von einem durch öffentlich-rechtliche Anstellung berufenen Beamten oder von einem privatrechtlich verpflichteten Arbeiter geleistet werden, ändert an der Natur der Dienstleistungen nichts. Ebenso stehen, wenn das öffentliche Recht den Bürger verpflichtet, dem Staate öffentliche Abgaben zu entrichten oder Sicherheit für Anliegerbeiträge zu leisten, für die Erfüllung dieser öffentlich-rechtlichen Pflichten allein die privatrechtlichen Formen der Eigentumsübertragung ¹⁶ und der Bestellung einer

darzustellenden Dualismus, demzufolge die Herrschaft des Staates über seine Sachen den Normen des Privatrechts untersteht und der Staat infolgedessen unabhängig von seiner öffentlich-rechtlichen Stellung Eigentum in den gewöhnlichen privatrechtlichen Formen erwerben kann.

¹⁵ RGerZ. 7. Juni 1902 und 11. Okt. 1905 (Entsch. Bd. 51, S. 418; Bd. 61, S. 338). Bad. Rechtspraxis, 1908, S. 72. DJZ. XVI 478 (unten). — Um derartigen Zusicherungen eine Existenz in öffentlich-rechtlicher Form zu verschaffen, haben deshalb Sachsen und Baden in ihren Baugesetzen solche freiwillig übernommenen Pflichten zu öffentlich-rechtlichen Lasten der Grundstücke ausgestaltet, die in das „Baulastenbuch“ eingetragen werden. W. Jellinek 187. Vgl. unten § 12.

¹⁶ Da für den Begriff des Vermögens einer Person aktiv und passiv allein

Sicherungshypothek zu Gebote. Vgl. auch oben S. 59. Nur die Ansprüche, mit denen der Bürger vom Staat die Vornahme herrschaftlicher Akte verlangt, weisen einen spezifisch öffentlich-rechtlichen Inhalt auf: Gewährung staatlichen Rechtsschutzes, Erlaß einer Verfügung u. a. m.

Welches auch der Gegenstand der Leistung sein mag, — es darf weder die Verwaltungsbehörde vom Bürger, noch der Bürger von der Verwaltungsbehörde anderes verlangen, als das Gesetz vorschreibt.¹⁷

§ 11. Subjekte der verwaltungsrechtlichen Verhältnisse.

I. Das Verwaltungsrecht regelt die Beziehungen zwischen dem Herrscher Staat (oder einer ihm gleichwertigen öffentlichen Korporation) und den gewaltunterworfenen Personen, den Untertanen, Bürgern, Privaten. Staat und Privater sind daher die Subjekte der verwaltungsrechtlichen Verhältnisse.¹ Durch die Ungleichheit der

der Geldwert der Rechte und nicht ihr Ursprung entscheidend ist, so werden im Konkurse dieser Person auch Forderungen zugelassen, die dem öffentlichen Rechte entspringen, z. B. öffentliche Abgaben. Konkursordnung § 1, § 61 Ziff. 2 und dazu der Kommentar von J ä g e r zu § 61, Anm. 16—20. v. T u h r, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, I S. 317. K o r m a n n, Rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 121. Becker, RAO,⁵ Bemerk. 7 vor § 98. Bühler, Lbch. d. Steuerrechts I S 491. S. unten § 27.

¹⁷ Beispiele: a) Die Expropriationssumme muß regelmäßig in Geld bestehen. Der Expropriat braucht sich keine andern Werte aufdrängen zu lassen. RGerZ. Bd. 41, S. 257. b) Das bayr. Gesetz ermächtigt die Gemeinden, den Hauseigentümern die Straßenreinigungspflicht aufzuerlegen. Ein Münchner Gemeindestatut von 1895 ordnete nun an, daß die Stadt die Straßenreinigung auszuführen, die Anlieger aber der Stadt an Stelle der Naturalleistung (Straßenreinigung) eine Gebühr zu entrichten hätten. Der bayr. VGH. hat dies am 18. Okt. 1899 als unzulässig erklärt (Samml. 21, S. 5). Vgl. ferner Entsch. des preuß. OVG. Bd. 54, S. 328. c) Der Gemeindebürger hat keinen Anspruch darauf, an Stelle des in Naturalien (Holz, Weide) bestehenden „Bürgernutzens“ einen Ersatz in Geld zu bekommen, und umgekehrt darf die Gemeinde ohne gesetzliche Ermächtigung dies auch nicht gewähren. Bayr. VGH. 23. Dez. 1896 (Sammlung 18, S. 125).

¹ Ueber den Begriff des Rechtsverhältnisses im weiteren Sinne. v. T u h r, Allg. Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, I S. 125. — Außer Betracht bleiben hier die Beziehungen zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung selbst (zwischen Staat und Gemeinden, zwischen Gemeinden und Gemeinden usw.); von ihnen ist oben (§§ 6 und 7) die Rede gewesen. Unberücksichtigt bleiben ferner die sog. öffentlich-rechtlichen Gesamtverhältnisse; vgl. darüber oben § 4.

beteiligten Personen und die Verschiedenwertigkeit der beiderseitigen Interessen unterscheiden sich diese Verhältnisse scharf von denen des Privatrechts. Andererseits aber erzeugen sie, wie die Obligationen des Privatrechts, *persönliche* Rechtsbeziehungen.

1. Dieser rein persönliche Charakter zeigt sich auf der *Staatsseite* darin, daß der Staat aus dem Rechtsverhältnis nicht ausscheidet, auch wenn er die Geltendmachung der einzelnen daraus entspringenden Ansprüche einem privaten Unternehmer übertragen hat². Daher verändert sich in solchen Fällen die Natur der von den Privaten dem Unternehmer geschuldeten Pflichten nicht: die Pflichten des Expropriaten sind dieselben, mag als Expropriant der Staat selbst oder aber eine mit dem Expropriationsrechte ausgestattete private Eisenbahngesellschaft auftreten;³ die von den Bürgern zu entrichtenden Steuern, Gebühren und Beiträge behalten den Charakter von öffentlich-rechtlichen Abgaben, auch wenn Staat oder Gemeinde ihre Erhebung an einen Privatmann verpachtet haben⁴ u. a. m.⁵

2. Ebenso deutlich wie auf der Staatsseite tritt der rein persönliche Charakter des Rechtsverhältnisses auf der *Untertanenseite* hervor⁶. Öffentliche Rechte und öffentliche Pflichten bleiben dauernd an der Person haften, für die sie begründet worden sind. Sie sind grundsätzlich unübertragbar und gehen mit ihrem Träger unter. Ein Wechsel in der Person kommt einer Aenderung des Rechtsverhältnisses gleich.⁷ Es findet im allgemeinen weder eine Gesamt-, noch eine Sondernachfolge in öffentliche Rechte und Pflicht-

² Der private Unternehmer wird in solchen Fällen mit einem Stück öffentlicher Gewalt beliehen, aber nur „quoad usum sed non quoad ius“; insofern weiche ich von *Jacobi*, Arbeitsrecht, S. 379 ab. Für diese Auffassung auch *Otto Mayer*, II³ S. 263.

³ *L a y e r*, Prinzipien des Enteignungsrechts, 1902, S. 227 ff. *O t t o F i s c h e r*, Expropriationsverträge, 1910, S. 7 ff.

⁴ Bayr. VGH. 18. Okt. 1899 und 27. Nov. 1903 (Sammlung 21, S. 5; 25, S. 25 und die dort zitierten Urteile). *K a m p t z* und *D e l i u s*, Rechtsprechung des Reichs- und Kammergerichts auf den Gebieten des öffentlichen Rechts, I S. 201.

⁵ Ueber die vom Reiche mit dem Betriebsrecht beliehene Deutsche Reichsbahngesellschaft s. oben § 8.

⁶ *J e l l i n e k*, System der subjekt. öffentl. Rechte, S. 343. *E d g a r L o e n i n g*, VerwArch 7, S. 62. *K o r m a n n*, Rechtsgeschäftliche Staatsakte, S. 138, 199 ff.

⁷ Vgl. dazu die Erörterungen von *v. T u h r*, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, I § 5.

ten statt⁸. Die Praxis ist reich an Beispielen: der Eisenbahnkonzessionär wird durch den Verkauf seines Unternehmens dem Staate gegenüber weder der Pflichten, noch der Rechte aus seiner Konzession ledig; der Inhaber einer „Gewerbekonzession“ vererbt seine Ansprüche aus der Konzession nicht auf seine Erben;⁹ der Straßenanlieger, der zur Entrichtung der Straßenbeiträge herangezogen worden ist, bleibt dem Staate gegenüber der Verpflichtete, auch nachdem er das Eigentum an dem Grundstück an einen Dritten übertragen hat;¹⁰ der Erwerber einer Liegenschaft haftet nicht für rückständige Straßenbeiträge seines Vorgängers u. a. m.¹¹ Es ver-

⁸ Rud. Bovensiepen, HWR. IV 714. W. Jellinek, VerwR. 185 f.

⁹ Nach § 46 der GewO. darf nach dem Tode eines Gewerbetreibenden das Gewerbe für Rechnung der Witwe während des Witwenstandes oder, wenn minderjährige Erben vorhanden sind, für deren Rechnung durch einen qualifizierten Stellvertreter betrieben werden. Darin liegt keine Rechtsnachfolge; denn der Witwe steht das Recht auch zu, wenn sie nicht Erbin ist. Der Gesetzgeber hat aus Billigkeitsrücksichten den genannten Personen ein selbständiges Recht auf Weiterbetrieb eines bestehenden Unternehmens (Schankwirtschaft, Krankenhaus usw.) verliehen. Schultzenstein, Persönliche gewerbliche Konzession und Erbrecht (VerwArch. 10, 113). Landmann-Rohmer, GewO. I⁸ S. 617. v. Seydel-Schecher, Gewerbepolizeirecht, 1910, S. 46. Durch Verkauf oder Verpachtung einer Gastwirtschaft geht die Schankkonzession nicht auf den Erwerber über (s. unten § 25). Welche privatrechtlichen Folgen dies für den Käufer oder Pächter hat, der die Konzession nicht erhält, erörtert das Oberlandesgericht Braunschweig in einem Urte. v. 13. Jan. 1910 (DJZ. 15, 1472). S. auch Kulisch, Oesterreich. Gewerberecht, I² S. 343 ff.

¹⁰ ProVG. 1. Juli 1912 (DJZ. 18, 415). Daher wirkt die von einem Baubewerber auf Grund einer örtlichen Bauordnung gestellte Kautions für die Entrichtung der Anliegerbeiträge im Zweifel bei einem Verkaufe des Grundstückes nicht auch zugunsten des Besitznachfolgers. Kgl. Sächs. OVG. 17. Jan. 1912 (Jahrbücher 18, 122).

¹¹ ProVG. 7. Dez. 1908 und 26. Jan. 1909 (Entsch. Bd. 53, S. 108; Bd. 54, S. 77). Germershausen, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, 3. Aufl., 1907, I S. 844—845. Jahrbücher für württemb. Rechtspflege, Bd. 15, S. 369. — Ein anderes Beispiel: Der Eigentümer hat sich i. J. 1896 gegenüber der Baupolizeibehörde „für sich und seine Besitznachfolger“ schriftlich verpflichtet, auf seinem Grundstück nur ein einziges Haus zu bauen. Der Besitznachfolger will, im Widerspruch zu dieser Erklärung, ein zweites Gebäude errichten. Die Baupolizei verweigert den Baukonsens unter Hinweis auf die von dem Vorgänger begründete Verpflichtung. Das Kgl. Sächs. OVG. hat mit Urte. v. 5. Juli 1905 diese Haltung der Baupolizei mißbilligt. Die Verpflichtung des Vorgängers ist nicht auf den Rechtsnachfolger übergegangen (Jahrbücher 8, S. 27; 9, S. 14). Zu beachten ist, daß seit dem Inkrafttreten

steht sich ferner von selbst, daß auch vertragliche Abreden zwischen Käufer und Verkäufer, denen zufolge der Erwerber des Grundstücks die dem Veräußerer obliegenden öffentlichen Lasten übernimmt, nur zivilrechtliche Wirkungen zwischen den Parteien erzeugen und auf das öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen dem Staat und dem Pflichtigen ohne Einfluß bleiben.¹²

Der Schein einer öffentlichen Rechtsnachfolge entsteht in den Fällen, in denen öffentliche Rechte und Pflichten mit Grundstücken „verbunden“ werden — wie der gemeine Sprachgebrauch sagt — mit der Wirkung, daß der jeweilige Eigentümer oder Besitzer gegenüber der öffentlichen Verwaltung berechtigt und verpflichtet wird. Allein hier handelt es sich um keine Rechtsnachfolge, sondern um eine mittelbare Bezeichnung des berechtigten oder verpflichteten Privaten; der Besitz eines bestimmten Grundstücks soll die Voraussetzung für die Entstehung einer öffentlichen Berechtigung oder Verpflichtung sein.¹³ Auf diese Weise wird nach zahlreichen deutschen Gesetzen z. B. die Person des Pflichtigen bei der Erhebung der Straßenanliegebeiträge, der Kanalisationsbeiträge usf. festgestellt.¹⁴

des Allgemeinen Baugesetzes für das Königreich Sachsen v. 1. Juli 1900 § 2 derartige Verpflichtungen als „öffentliche Lasten“ der betreffenden Grundstücke begründet werden können. S. unten § 11, S. 155. Vgl. ferner zu der im Text dargelegten Auffassung das Urteil des bayr. VGH. 5. Mai 1897 (Sammlung 18, S. 282).

¹² RGerZ. 6. April 1900 (Entsch. Bd. 46, S. 245). Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 31 ff., 48. K am p t z und D e l i u s, Rechtsprechung des RG.s und des KG.s auf den Gebieten des öffentl. Rechts, I S. 241, Nr. 15; 242, Nr. 19. G e r m e r s h a u s e n, Wegerecht und Wegeverwaltung, I S. 445. Preuß. Wassergesetz v. 7. April 1913, § 113.

¹³ Solohe im öffentlichen Recht wurzelnde Pflichten bilden regelmäßig eine der Kategorien der „öffentlichen Lasten“ eines Grundstückes. Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung v. 24. März 1897, § 10, Ziff. 3. S o e r g e l, V 493 (öffentlich-rechtliche Reallasten). Vgl. auch unten § 26.

¹⁴ Vgl. z. B. Bad. Ortsstraßengesetz v. 15. Okt. 1908, §§ 22—25 und dazu den Kommentar von Otto Flad (1909); Bad. Ausf.-Gesetz zum Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung § 3, Ziff. 6. Bad. VGH. 18. Dezember 1911 (Bad. VerwZft. 1912, S. 184). Für Preußen: PrOVG. 19. Nov. 1907 und 26. Jan. 1909 (Entsch. Bd. 51, S. 62; 54, S. 78 und die dort angeführten älteren Urteile). DJZ. 15, 206. — Ueber „Dinglichkeit“ der Kanalisationsbeiträge in Preußen siehe N ö l l - F r e u n d, Kommunalabgabengesetz⁸, 1919, zu § 9 und K o ß m a n n, PrVBl. 39, S. 364 und 375. S. ferner K. F r i e d r i c h s, Ueber öffentl. dingliche Rechte (PrVBl. 39 [1918], S. 297) und weitere Literatur bei W. J e l l i n e k 180, 201. Auch die Mitglied-

Dadurch werden diese Abgabepflichten nicht etwa „verdinglicht“,¹⁵ in dem Sinne, daß sie mit dem Grundstück vom Vorbesitzer auf den Nachfolger übergehen. Der neue Erwerber haftet — wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt — nur für die während seiner Besitzzeit fälligen und von ihm (durch sog. „Heranziehung“) eingeforderten Abgaben, nicht auch für die Rückstände seines Rechtsvorgängers; aber für diese seine Schuld hat er im Zweifel nicht bloß mit dem Grundstück, sondern mit seinem ganzen Vermögen aufzukommen.¹⁶ Daraus erhellt, daß mit dem Besitzantritte zwischen jedem neuen Besitzer und der öffentlichen Verwaltung das Rechtsverhältnis neu begründet wird.

Nahe verwandt mit den soeben besprochenen Fällen ist eine andere Erscheinung. Bei der Erteilung einer baupolizeilichen Bewilligung (Baukonsens), oder einer gewerbepolizeilichen Erlaubnis zur Errichtung einer Fabrikanlage, oder der Verleihung einer Konzession für Errichtung eines Stauwehrs usf. hat sich die Prüfung der Behörde nur auf die sachlichen Mittel des Unternehmens zu erstrecken. Der Gesuchsteller fällt deshalb lediglich als Eigentümer eines bestimmten Grundstücks oder Unternehmens in Betracht. Infolgedessen ist regelmäßig der von ihm erwirkte Verwaltungsakt nicht nur ihm persönlich zuerkannt, er gilt auch als den weiteren noch unbekanntenen Personen erteilt, die nach ihm — als privatrechtliche Sonder- oder Gesamtnachfolger — die privatrechtliche Verfügung über das Grundstück oder das Unternehmen erwerben werden.¹⁷ Träger der durch Gesetz und Verwaltungsakt begrün-

schaft in einem öffentlich-rechtlichen Verband und die damit verknüpften Rechte und Pflichten können durch den Besitz eines Grundstücks vermittelt werden. Oben §§ 6 und 7.

¹⁵ Mit dem Terminus „Dinglichkeit“ wird ein wahrer Mißbrauch getrieben. Unter „Dinglichkeit“ wird verschiedenerlei zusammengefaßt, insbesondere: 1. die pfandrechtliche Haftung eines Grundstücks für eine öffentliche Forderung (vgl. darüber *Endemann*, Bürgerl. Recht, II § 110; s. auch unten § 27); 2. die Vorschrift, daß der Besitz eines Grundstücks die Voraussetzung für eine Abgabepflicht bildet; 3. die durch den Besitz eines Grundstücks vermittelte Nachfolge in öffentliche Rechte und öffentliche Pflichten.

¹⁶ Ob das Grundstück für rückständige Beiträge pfandrechtlich haftet, ist eine Frage für sich. Vgl. darüber unten § 11.

¹⁷ *Otto Mayer*, I³ S. 246. *Walter Jellinek*, Gesetz, Gesetzesanwendung, S. 152. *DJZ.* 16, 224 (Urt. d. Kgl. Sächs. OVG. 11. Sept. 1909). Die Praxis spricht in solchen Fällen von „publizistischen Realrechten“. Nie-

deten öffentlichen Rechte und Pflichten ist m. a. W. der jeweilige Eigentümer oder Besitzer.

Dies alles darf jedoch nicht zu dem Schluß verleiten, die Rechtsnachfolge sei dem öffentlichen Rechte gänzlich unbekannt¹⁸. Verhältnisse des öffentlichen Rechts, deren unmittelbare Zweckbestimmung darin liegt, dem Privaten eine Geldforderung gegen den Staat zu verschaffen oder ihm eine Geldschuld zugunsten des Staates aufzuerlegen, gehören zum Vermögen einer Person. Denn entscheidend für den Begriff des Vermögens ist allein der Geldwert des Rechtes; belanglos dagegen ist der Ursprung des einzelnen Rechtes, d. h. der Umstand, ob es vom Privatrecht oder aber vom öffentlichen Recht begründet wurde.¹⁹ Als Vermögensbestandteil wird daher auch ein öffentliches Rechtsverhältnis der Rechtsnachfolge zugänglich.²⁰ In erster Linie der Gesamtrechtsnachfolge. Auf die Erben als solche gehen mit dem übrigen Vermögen die im öffentlichen Rechte wurzelnden Geldforderungen und Geldschulden des Erblassers über. Demgemäß haften z. B. die Erben für rückständige und hinterzogene Steuern,²¹ verfallene Anliegerbeiträge,²² Gebühren usw. des Erblassers, andererseits steht ihnen ein Anspruch auf Bezahlung des Beamten-

der, Württemb. Wassergesetz, 1902, S. 288. Gierke, Deutsches Privatrecht, I S. 264; II S. 605. Preuß. Wassergesetz v. 7. April 1913, § 46 Abs. 3: „Die Verleihung kann auf Antrag in der Weise erteilt werden, daß das Recht mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden wird.“ S. andererseits das Schweiz. Bundesges. ü. d. Nutzbarmachung der Wasserkräfte v. 22. Dez. 1916, Art. 42: „Die Verleihung kann nur mit Zustimmung der Verleihungsbehörde auf einen andern übertragen werden . . .“ — Ob der „Baukonsens“ ohne weiteres auch zugunsten der Besitznachfolger wirkt, ist bestritten. Ausdrücklich legt ihm diese Wirkung bei die Badische Landesbauordnung von 1907, § 125 (vgl. dazu Roth, Bad. Landesbauordnung³, 1925). In Preußen ist der Satz bestritten. P. Ackermann, Baukonsens nach preuß. Recht, 1910, S. 146. — GewO. § 25 läßt die einmal erteilte Genehmigung zu bestimmten Gewerbebetrieben (§§ 16 und 24) in Kraft „auch dann, wenn die Anlage an einen neuen Erwerber übergeht“. Landmann-Rohmer, GewO. I⁸ S. 290—291. W. Jellinek, 202 f.

¹⁸ Ueber Nachfolge in Recht und Rechtsverhältnis: v. Tuhr, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, I S. 219 ff.

¹⁹ v. Tuhr, Allg. Teil, I S. 317.

²⁰ Unger, Oesterreich. Privatrecht II, § 74. Regelsberger, Pandekten I, § 122.

²¹ RAO. § 87 und der Komm. von Becker.

²² PrOVG. 7. Dez. 1908 (Entsch. Bd. 53, S. 110).

gehalten,²³ des Krankengeldes²⁴ usw. zu, das ihr Erblasser im Augenblick des Todes verdient, aber noch nicht ausbezahlt erhalten hatte u. a. m. Aus den dargelegten Gründen ist aber weiter zu schließen, daß der Private öffentliche Rechte von Geldeswert (Gehaltsansprüche, öffentlich-rechtliche Entschädigungsforderungen usf.) auf einen andern übertragen und dadurch eine Sondernachfolge in diese Rechte begründen kann.²⁵ Allein hier schiebt die Gesetzgebung der freien Uebertragbarkeit häufig Riegel vor durch Vorschriften, welche bestimmte Ansprüche als „höchstpersönlich“ erklären und ihnen damit die Fähigkeit nehmen, von einem Subjekt auf ein anderes übertragen zu werden. Mit der Unübertragbarkeit wird aber regelmäßig die Unpfändbarkeit ausgesprochen. Durch Bestimmungen solcher Art sorgt der Gesetzgeber dafür, daß der unmittelbare finanzielle Zweck, um deswillen er diese Rechtsansprüche gewährt hat, erreicht wird. Man denke an die Uebertragbarkeits- und Pfändbarkeitsbeschränkungen, die den Ansprüchen auf Krankengeld, Unfallrente,²⁶ auf Beamtengehalt und Beamtenpension²⁷ anhaften. — Die Sondernachfolge in eine Pflicht ist dagegen auch im öffentlichen Recht ein seltener Fall. Sie tritt nur auf ausdrückliche gesetzliche Anordnung hin ein.²⁸ Ihr steht gleich die freiwillige Uebernahme einer öffentlichen Pflicht durch einen Privaten (s. unten § 12).

²³ Dagegen bildet der Anspruch auf den sog. Sterbegehalt, der den Hinterbliebenen des Beamten für noch drei Monate nach dem Todestag ausbezahlt wird, keinen Bestandteil des Nachlasses, sondern ein höchstpersönliches gesetzliches Recht bestimmter Familienangehöriger des Verstorbenen (Witwe, eheliche Kinder u. a. m.). Reichsbeamtengesetz v. 17. Mai 1907 § 7.

²⁴ Soergel, I S. 307, Nr. 30; II S. 413, Nr. 58.

²⁵ v. Tuhr, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, I S. 219. Josef, Abtretung öffentl.-rechtl. Forderungen (VerwArch. 30, 475).

²⁶ Vgl. z. B. RVO § 119.

²⁷ Reichsbeamtengesetz § 6 und dazu das Urteil des Reichsgerichts v. 30. Juni 1911 (DJZ. Bd. 16, 1274; Bd. 17, 157). — Auch der Anspruch der Reichstagsabgeordneten auf Aufwandsentschädigung ist nicht übertragbar. Reichsgesetz über die Entschädigung der Mitglieder des Reichstags v. 10. Juli 1920, § 6.

²⁸ So bestimmt vor allem das Allgemeine Baugesetz für das Königreich Sachsen v. 1. Juli 1900, § 2, daß Verpflichtungen, die von Grundstückseigentümern hinsichtlich ihrer Grundstücke in baupolizeilichen Angelegenheiten durch eine der Baupolizei- oder der Gemeindebehörde gegenüber abgegebene Erklärung übernommen werden, als öffentlich-rechtliche Lasten auf den Grundstücken haften und ohne weiteres auf den Nachfolger im Eigentume übergehen. Vgl. dazu den Kommentar zum Allg. Baugesetz, von Rumpelt, 4. Aufl., 1911, S. 85 ff. Zur Beurkundung baurechtlicher

Der Inhalt des Rechtsverhältnisses erleidet durch den Personenwechsel keine Aenderung; so behält die von den Erben des Beamten geforderte rückständige Besoldung die öffentlich-rechtliche Natur des Beamtengehältes bei; desgleichen bleibt die Forderung des Staates gegen die Erben auf Bezahlung der rückständigen und hinterzogenen Steuern ein steuerrechtlicher Anspruch u. a. m. Infolgedessen ist der Anspruch des Erben gegen den Staat in demselben Verfahren zur Geltung zu bringen, in dem der Beamte selbst sein Gehalt hätte einklagen müssen,²⁰ und auf der anderen Seite kann der

Verpflichtungen haben die Gemeinden, in denen ein Bedürfnis dazu vorliegt, ein öffentliches Oblastenbuch zu führen (§ 4 des zitierten Gesetzes). Die Praxis hatte schon vor Inkrafttreten des Allg. Baugesetzes derartigen Erklärungen des Grundeigentümers öffentlich-rechtliche Wirkung beigelegt; doch blieb ihre Wirkung auf die Person desjenigen beschränkt, der die Verpflichtung übernommen hatte. Jahrb. des Kgl. Sächs. OVG.s VIII S. 27; IX S. 14. — Das badische Ortsstraßengesetz v. 15. Okt. 1908 hat, einer Anregung von *Walz* folgend (Bad. VerwZ. Bd. 35 [1903], S. 246), das Institut weiter ausgebaut in § 27, Abs. 1: „Besondere, nicht schon aus den allgemeinen baupolizeilichen Vorschriften sich ergebende Verpflichtungen, welche hinsichtlich der Art der Ueberbauung oder hinsichtlich der Nichtbebauung von Grundstücken oder Grundstücksteilen sowie hinsichtlich der Art der Benutzung von Bauten oder Bauteilen auf Verlangen der Baupolizeibehörde gegenüber dieser Behörde von dem Eigentümer mit Rücksicht auf ein von ihm oder von einem andern Eigentümer eingereichtes Baugesuch übernommen werden, haften, wenn sie in dem Baulastenbuch eingetragen sind, als öffentlich-rechtliche Lasten (Baulasten) auf dem Grundstück und gehen als solche auf jeden späteren Erwerber des Grundstücks über.“ Vgl. dazu den Kommentar von *F l a d* (1909). — Noch weiter geht die Neue Bauordnung für Württemberg v. 28. Juli 1910, Art. 99. Sie führt ein Baulastenbuch ein, in das die gesetzlichen Verpflichtungen zur Leistung von Kanal-, Straßen- und anderen Kostenbeiträgen einzutragen sind; der Eintrag hat die Wirkung, daß die Verpflichtung als öffentlich-rechtliche Last auf dem Grundstück des Verpflichteten ruhen bleibt und auf die Nachfolger im Eigentum übergeht. Außerdem haftet jeder Eigentümer persönlich für die während der Dauer seines Eigentums fällig gewordenen Leistungen. „Die gleiche Wirkung kommt besonderen, nicht schon aus den allgemeinen baupolizeilichen Vorschriften sich ergebenden öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen zu, die hinsichtlich der Unterlassung der Ueberbauung oder hinsichtlich der Art der Ueberbauung eines Grundstücks oder eines bestimmten Teils desselben von dem Eigentümer der Baupolizei oder der Gemeindebehörde gegenüber übernommen werden, wenn sie in das Baulastenbuch eingetragen sind.“ *Otto H i r s c h*, Die Baulasten im Sinne des Art. 99 Abs. 3 der Württemb. Bauordnung, Heidelberg Dissertation 1912; auch erschienen i. d. Württ. Z. f. RPfl. und Verw. 5 (1912).

²⁰ RGerZ. v. 1. März 1886 (Entsch. Bd. 15, S. 274). *K a m p t z* und

Staat die schuldigen Steuern beim pflichtigen Erben in dem Verfahren einfordern, in dem die Eintreibung der öffentlich-rechtlichen Abgaben erfolgt.³⁰

Außerhalb des besprochenen Bereiches des Vermögensrechtes findet ein Nachfolge in öffentliche Rechtsverhältnisse nur auf Grund besonderer gesetzlicher Bestimmung statt.³¹

II. Die dargelegte Auffassung von dem Wesen der verwaltungsrechtlichen Verhältnisse wird noch nach anderen Richtungen wirksam.

1. Begründet das verwaltungsrechtliche Verhältnis ein rein persönliches Band zwischen bestimmten Rechtssubjekten, dem Staat und dem Bürger, so kann daraus ein Dritter keine Rechte für sich ableiten. So erfüllt der Fabrikant, der in seinen Fabrikräumen die von der Reichsgewerbeordnung (§ 120 a) geforderten Arbeiterschutzeinrichtungen anbringt oder eine Arbeitsordnung gemäß der Reichsgewerbeordnung § 134 a erläßt, ausschließlich eine öffentlich-rechtliche Pflicht gegenüber der öffentlichen Verwaltung,³² und das-

Delius, Rechtsprechung des Reichsgerichts auf den Gebieten des öffentlichen Rechts, I S. 25.

³⁰ Vgl. die Anweisung v. 28. Nov. 1899 zur Ausführung der preußischen Verordnung v. 15. Nov. 1899, betr. das Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen, Art. 2 ff. Kautz, Verwaltungszwangsverfahren⁶, 1922, S. 173 f.

³¹ So entwickelt sich aus dem privaten Rechte des Erfinders an seiner Erfindung (RVerf. Art. 158) der öffentlich-rechtliche Anspruch auf Erteilung des Patentes und das Recht aus dem erteilten Patent, sowohl nach dem Reichspatentgesetz v. 7. April 1891, wie nach dem v. 7. Dez. 1923. Der Anspruch und das Recht sind m. a. W. vererblich und übertragbar. Kohler, Handbuch des Deutschen Patentrechts, 1908, S. 410 ff., 426. Gierke, Deutsches Privatrecht, I S. 888. Häberlein, Bedeutung und Wesen des Patentanspruchs, 1913. Osterrieth, Patentrecht, 1924.

³² Nach unten, den Arbeitern gegenüber, stellt sich die Arbeitsordnung (GewO. § 134 a) als eine in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht erlassene, privatrechtliche Verfügung eines Privatmannes dar, die für die Arbeitsverträge generellen Vertragsinhalt schafft. Carl Koehne, Die Arbeitsordnungen im deutschen Gewerberecht, 1901. Jacobi, Arbeitsrecht, S. 317 f., 344 f. Kaskel, Arbeitsrecht³, 1928, S. 56 (z. T. abweichend von der Auffassung des Textes). Weitere Literatur bei Landmann-Rohmer, Gewerbeordnung, § 134 a. In gleicher Weise sind die nach § 134 b Ziff. 4 der GewO. vom Fabrikherrn in der Arbeitsordnung angedrohten Strafen als Vertragsstrafen zu betrachten. Der Fabrikherr besitzt dem Arbeiter gegenüber keine öffentlich-rechtliche Strafkompetenz. Landmann, Gewerbeordnung, II⁶ S. 503. Kaskel, Arbeitsrecht³, S. 148.

selbe tut der Hausbesitzer, der gemäß ortsstatutarischer Vorschrift das Trottoir reinigen und bei Winterglätte bestreuen läßt, oder die Eisenbahngesellschaft, die gemäß ihrer Eisenbahnkonzession für die Beleuchtung der Zufahrtsstraßen beim Stationsgebäude sorgt. Der Dritte jedoch (Arbeiter, Passant) besitzt gegen den Verpflichteten kein (im Rechtswege oder Verwaltungswege zur Geltung zu bringendes) Klagerecht, womit er den Säumigen direkt zur Erfüllung seiner Pflichten zwingen könnte. Zu einem solchen Schritte ist einzig der Staat oder die Gemeinde befugt, welcher der Pflichtige die aufgetragene Handlung schuldet. Dem Dritten ist nur die Möglichkeit gegeben, bei der zuständigen Behörde des Staates oder der Gemeinde Anzeige von der Pflichtwidrigkeit zu erstatten und die Behörde zum Einschreiten zu veranlassen,³³ sofern nicht ausnahmsweise auch ihm das Gesetz ein subjektives Recht auf die Leistung des Verpflichteten zugesprochen hat. Unberührt von alledem bleibt jedoch der Anspruch des Dritten, von dem Verpflichteten Ersatz für den Schaden zu verlangen, der ihm infolge der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung der erwähnten öffentlich-rechtlichen Pflicht erwachsen ist (Unfälle der Fabrikarbeiter infolge mangelhafter Schutzvorrichtungen,³⁴ Unfälle der Fußgänger infolge mangelhafter Trottoirreinigung oder Trottoirbestreuung u. dgl.).³⁵ Dieser Schadenersatzanspruch ist an Hand des Zivilrechts zu beurteilen.

³³ Bayr. VGH. v. 25. April 1902 (Sammlung 23, S. 209; vgl. auch 19, S. 4). PrOVG. 31. März 1910 (Entsch. Bd. 56, S. 351).

³⁴ So kann das Fehlen von Schutzvorrichtungen in einer Fabrik sich als Verstoß gegen ein „Schutzgesetz“ im Sinne von BGB. § 618 erscheinen und daher zugunsten des Arbeitnehmers zivilrechtliche Folgen auslösen. *J a c o b i*, Arbeitsrecht, S. 188 f. *K a s k e l*, Arbeitsrecht³, S. 258. Ferner nimmt die Rechtsprechung der sächsischen und der braunschweigischen Verwaltungsgerichte an, daß auch gewisse Vorschriften der Baugesetze (Bauordnungen) nicht bloß Verpflichtungen gegenüber dem Staat, sondern auch subjektive Rechte zugunsten der Nachbarn begründen. v. *G e h e*, Inwieweit lassen sich aus dem Baugesetz subjektive öffentliche Rechte ableiten? (Fischers Z. Bd. 39, S. 97). *B r a c h m a n n*, Welche Vorschriften d. sächs. Baurechts dienen dem Rechtsschutz Dritter? (ebenda Bd. 42, S. 213). *K. Sächs. OVG.* 9. Aug. 1911 (Jahrb. 17, 296). *M o r a w i t z*, Das subjektive öffentliche Recht und die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs in Braunschweig (Braunschw. Z. f. Rechtspflege Bd. 57 (1910), S. 2).

³⁵ Beispiel: Ist nach einem rechtsgültigen Ortsstatut der Hauseigentümer zur Reinigung und Bestreuung des Trottoirs verpflichtet, so haftet er dem Dritten, der auf dem nichtbestreuten Trottoir ausgleitet und das Bein bricht, auf Schadenersatz. Die, nicht unbestrittene, Praxis nimmt an, daß in einem solchen Fall der Hauseigentümer gegen ein „den Schutz eines andern be-

2. Aus der persönlichen Natur des Rechtsverhältnisses folgt jedoch noch nichts für die Beantwortung der Frage, ob die daraus entspringenden Rechte und Pflichten in eigener Person ausgeübt und erfüllt werden müssen.

Die persönliche Ausübung kann sich aus dem Wesen eines Rechtsverhältnisses von selbst ergeben. Man braucht nur an das Wahlrecht oder an die allgemeine Wehrpflicht zu erinnern. Andererseits steht fest, daß in den Fällen, in denen es dem Staate nicht auf die Individualität des Schuldners, sondern allein auf den Erfolg der Leistung ankommt, der Verpflichtete seine Pflicht durch dritte Personen (Gehilfen) kann erfüllen lassen. So genügt der Hausbesitzer seiner polizeilichen Pflicht, auch wenn er das Trottoir durch Angestellte reinigen und bestreuen läßt u. a. m. Dadurch tritt jedoch der Angestellte, der das Trottoir reinigt, der Behörde gegenüber nicht an die Stelle des Verpflichteten. Der Hausbesitzer bleibt öffentlich-rechtlich allein verpflichtet; er haftet der Behörde für jedes Versehen und jede Nachlässigkeit seiner Angestellten und kann sich nicht durch den Nachweis entlasten, daß er bei der Auswahl und Leitung des Angestellten alle erforderliche Sorgfalt aufgewendet habe.³⁶

zweckendes Gesetz“ verstoßen hat (BGB. § 823, Abs. 2). Vgl. darüber *Linckelmann* im Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 24, S. 244 (ferner auch Bd. 13, S. 78). *Soergel*, I S. 41, Nr. 26; II S. 21, Nr. 823. *Spruchsammlung 1912 der DJZ.* S. 229. S. darüber Näheres unten § 21.

³⁶ Der Geschäftsherr bleibt der Behörde gegenüber verantwortlich, auch wenn er nachweist, daß er seinen Angestellten befohlen hat, die ihm obliegenden öffentlichen Pflichten zu erfüllen. *PrOVG.* 28. Sept. 1910 (*PrVBl.* 32, 602). *Urt. d. Kammergerichts* 20. Juli 1910 (*Reg er* 31, 181). — Der Eigentümer kann die polizeiliche Pflicht zur Treppenbeleuchtung nicht durch Vertrag auf einen Mieter überwälzen; er bleibt der Behörde gegenüber haftbar: *KGer.* 24. März 1922: für Wasservergeudung haftet der Hauseigentümer, nicht der Mieter (*Jbch. KG.* 54, 430). Dagegen macht sich der Angestellte, der die Pflicht zur Trottoirreinigung vertraglich übernommen und diese Pflicht verletzt hat, dem Dritten gegenüber möglicherweise zivilrechtlich (BGB. 823, 831) und auch möglicherweise strafrechtlich verantwortlich. *Reg er*, 27, S. 462; 42, S. 370; *RGerZ.* 63, S. 308; 102, S. 269. — Hiervon abweichend erklärt das Preußische Kammergericht eine Polizeiverordnung könne die Pflicht zur Treppenbeleuchtung eines Miethauses nicht bloß dem Eigentümer, sondern neben ihm auch dem Hausverwalter auferlegen. *Urt. d. Kammergerichts* v. 15. März 1909 im *Jahrb. KG.* 37, C 4. Dagegen ist eine Polizeiverordnung ungültig, welche an Stelle des Hauseigentümers ausschließlich den Hausverwalter für die Erfüllung der Eigentümerpflichten (Streupflicht usf.) strafrechtlich für verantwortlich erklärt. *Kammergericht* 21. Dez. 1911 (*Soergel* V 40).

Eine Stellvertretung mit öffentlich-rechtlicher Wirkung liegt dagegen vor, wenn sie vom Gesetz für ein bestimmtes öffentlich-rechtliches Verhältnis ausdrücklich zugelassen worden ist, oder wenn sie sich als notwendiger Ausfluß einer gesetzlichen Vertretung darstellt, vermöge deren der Vertreter in allen vermögensrechtlichen Beziehungen an Stelle des Vertretenen rechtswirksam zu handeln hat. Beispiele bilden einerseits die Vorschrift der Reichsgewerbeordnung § 45, derzufolge die Befugnisse zum stehenden Gewerbebetriebe durch Stellvertreter ausgeübt werden können,³⁷ andererseits die gesetzliche Stellvertretung des Vormundes für den Mündel, des Ehemanns für die Ehefrau,³⁸ des Konkursverwalters für den Gemeinschuldner usf. Soweit die Behörde das Stellvertretungsverhältnis anzuerkennen hat, sind von ihr die Handlungen, die der Vertreter ihr gegenüber vornimmt, dem Vertretenen zuzurechnen: Erfüllung der gewerbepolizeilichen Anzeigepflicht, der Trottoirreinigungspflicht u. a. m. Da der Behörde gegenüber der Stellvertreter die dem Vertretenen auferlegten öffentlich-rechtlichen Pflichten zu erfüllen hat, so können bei Verletzung dieser Pflichten die zur Ueberwindung des widerspenstigen Willens angedrohten Zwangsmaßregeln und die Strafen allein gegen den Vertreter gerichtet werden. Die Exekutivstrafe zur Erzwingung des Gehorsams und die Polizeistrafe treffen daher den Vertreter und dessen Vermögen, nicht etwa den Vertretenen.³⁹ Aber die moderne Steuergesetzgebung des Reichs

³⁷ Vgl. GewO. §§ 45—47. Landmann-Rohmer, GewO., I^o S. 609 f.

³⁸ Vgl. auch BGB. §§ 1385, 1388. Schultzenstein, Die Tragung öffentlicher Lasten durch den Ehemann und den Inhaber der elterlichen Gewalt nach dem BGB. (Arch. f. Bürgerl. Recht Bd. 29, S. 168 ff.; Bd. 33, S. 187 ff.; Bd. 38, S. 265). Saran im PrVBl. 34, 775. Josef, Daselbst 45, 147. RGerZ. 10. Juni 1909 (JW. 1909, 415). VerwArch. 30, 479.

³⁹ Dies wird sehr gut ausgeführt in einem Urteil des preuß. Kammergerichts v. 2. Mai 1901 (Jahrb. KG. 22, C 5): Ein Hauseigentümer ist in Konkurs gefallen. Nach Konkursausbruch läßt er die Straße vor seinem Haus nicht mehr reinigen. Die Behörde geht mit Ungehorsamstrafe gegen ihn vor. Das Kammergericht erklärt dies für unzulässig: Wenn durch Normen des öffentlichen Rechts dem Eigentümer eine Pflicht auferlegt ist, so trifft ihn diese nur, wenn er die rechtliche Möglichkeit hat, sein Eigentumsrecht auszuüben. Diese Möglichkeit hat nicht der Konkursit, sondern nur der Konkursverwalter. Er hat für die Reinigung zu sorgen, und an ihn hat sich daher die Behörde zu wenden. — Eine Bestätigung der im Text entwickelten Auffassung enthält auch die GewO. § 151: der Vertreter haftet und trägt die Folgen; das polizeiwidrige Verhalten des Stellvertreters wird dem Geschäfts-

hat sich dieser Auffassung nicht angeschlossen; sie läßt für Zwangsgeldstrafen und Sicherheitsgelder neben dem Vertreter auch den Vertretenen haften.⁴⁰

3. Können auch juristische Personen Subjekte öffentlicher Rechte und Pflichten sein? Schon ein flüchtiger Blick in die Praxis zeigt uns, daß die Frage zu bejahen ist.⁴¹ Das Flaggenrecht kann auch von einer juristischen Person für ihre Kauffahrteischiffe in Anspruch genommen werden⁴², die Einkommen- und Gewerbesteuerpflicht, die Pflichten, die dem Arbeitgeber nach der Arbeiterversicherungs-gesetzgebung obliegen, die polizeilichen Pflichten (Anmeldungspflichten, Straßenreinigungspflicht usf.) — sie treffen juristische Personen

herrn (Gewerbetreibenden) nur dann zugerechnet, wenn es mit Vorwissen des verfügungsberechtigten Vertretenen begangen worden ist. Im wesentlichen im Sinne des Textes: *Josef*, Vertretung bei polizeiwidrigem Handeln (PrVbl. 46, 395) und die Urteile DJZ. 1908, 141. PrOVG. 28, 391; 43, 383; 70, 327. Ebenso RVO. § 534. Von abweichenden juristischen Anschauungen geht aus *Schultzenstein*, *Polizeiwidriges Handeln und Vertretung* (VerwArch. 14, S. 1 ff.). Er vertritt die Ansicht, der Vertretene sei allein der Beteiligte. Daher sei z. B. die Exekutivstrafe gegen den Mündel, nicht gegen den Vormund auszusprechen und zu vollstrecken. Das führt m. E. zu einer großen Ungerechtigkeit. Denn dem Mündel fehlt die rechtliche Möglichkeit, zu handeln (die Steuer zu zahlen usf.). Trotzdem soll das Vermögen des Mündels die Folgen für eine Handlung (Nichtbezahlung der Steuern) tragen, die allein dem Vormund obliegt. Die Exekutivstrafe soll (vgl. unten § 14) den widerstrebenden Willen brechen. Wie kann sie dies Ziel erreichen, wenn sie gar nicht die Person trifft, auf deren Willen eingewirkt werden soll?

⁴⁰ RAO. § 84: „... Für Zwangsgeldstrafen und Sicherheitsgelder, die gegen sie (die Vertreter) erkannt, und für Kosten von Zwangsmitteln, die gegen sie festgesetzt worden, haften neben ihnen die von ihnen vertretenen Personen.“ Vgl. §§ 83, 85. *Becker*, RAO.⁵, Bem. 1—4 zu § 84. Die Haftung des Vertretenen ist sodann bei der näheren Regelung der einzelnen steuerrechtlichen Verhältnisse teils als gesamtschuldnerische, teils als Ausfallhaftung ausgestaltet. Das Nähere bei *Bühler*, *Lehrbuch des Steuerrechts*, I S. 138 f. *Bühler* erblickt das Motiv für diese Regelung in der Befürchtung, daß bei unbeschränkter Ausnützung der Stellvertretung die steuerrechtlichen Zwecke gefährdet werden könnten. — Ueber die gesamtschuldnerische Haftung der Ehefrau für Steuern des Ehemannes (RAO. § 95 Abs. 2): *Friesecke*, JW. 1926, 1655.

⁴¹ Vgl. auch *Blüher*, *Zur Rechtsfähigkeit der juristischen Personen* (DJZ. 16, 1408). *Kulisch*, *Oesterreich. Gewerberecht*, I² S. 333.

⁴² Reichsgesetz betr. das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe v. 22. Juni 1899, § 2. Vgl. ferner RVerf. Art. 3 und die beiden Verordnungen ü. d. deutschen Flaggen v. 11. April 1921 und 5. Mai 1926.

in gleicher Weise wie natürliche.⁴³ Es sei ferner erinnert an die Uebertragung öffentlicher Verwaltungsaufgaben auf Korporationen des öffentlichen Rechts (oben §§ 6 und 7). Die Grenze, von der an öffentliche Rechte und Pflichten juristischen Personen unzugänglich sind, wird von der Natur selbst gesetzt: alle Rechtsverhältnisse, die an eine physische Individualität anknüpfen, bleiben juristischen Personen versagt. Daher ist z. B. die Aktiengesellschaft an sich nicht pflichtig, Kirchensteuern zu entrichten, die von den Angehörigen eines bestimmten religiösen Bekenntnisses erhoben werden.⁴⁴ Aus demselben Grund kann eine juristische Person die polizeiliche Erlaubnis zum Betrieb solcher Gewerbe nicht erlangen, bei denen vom Gesetze gewisse persönliche Eigenschaften des Konzessionsinhabers gefordert werden (guter Leumund, Befähigungsnachweis u. dgl.).⁴⁵ Ist aber eine juristische Person fähig, unmittelbar Trägerin öffentlicher Rechte und Pflichten zu sein, so erscheinen die Handlungen ihrer Organe als Handlungen der juristischen Person selbst.⁴⁶ Allein

⁴³ Ueber die Steuerpflicht jurist. Personen: B ü h l e r, Lehrb. des Steuerrechts, I S. 157 f.

⁴⁴ Aber die RVerf. Art. 137 Abs. 6 hat dem Landesrechte trotz der reichsrechtlichen Gewährleistung der Bekenntnisfreiheit Art. 135, freie Hand gelassen, auch juristische Personen heranzuziehen. Vgl. die Kommentare von A n s c h ü t z⁸ S. 367 und von G i e s e, Art. 137, Note 10. Eine Heranziehung juristischer Personen zu Kirchensteuern ordnen demgemäß u. a. an das württ. Gesetz ü. d. Kirchen v. 3. März 1924, § 29 und das bayr. Religionsgesellschaftl. Steuergesetz v. 1. Aug. 1923, Art. 8. G i e s e, Jahrböf. R. 13, S. 260, 277, 307. S c h w a r z l o s e, HWStW.⁴ V, 686. Für das frühere Recht: F. G i e s e, Deutsches Kirchensteuerrecht, 1910 (Kirchenrechtl. Abhandlungen v. S t u t z, 69—71). — Für die Schweiz: F l e i n e r, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 331.

⁴⁵ Vgl. die in der RGewO. §§ 29, 30, 30 a, 31, 32 usf. bezeichneten Gewerbe. Daß eine juristische Person das Gewerbe des Stellenvermittlers, das bestimmte persönliche Eigenschaften voraussetzt (Stellenvermittlergesetz v. 2. Juni 1910, § 2), nicht ausüben kann, wird von der herrschenden Ansicht zugegeben (R e g e r 33, 324). — Die alte Streitfrage, ob juristische Personen die Erlaubnis zum Wirtschaftsbetrieb erhalten können (L a n d m a n n, GewO., I⁶ S. 63, 319, 488), ist durch das Reichs-Notgesetz v. 24. Febr. 1923 zugunsten der „Konzessionsfähigkeit“ der juristischen Personen entschieden worden. Das Notgesetz hat § 33 der GewO. abgeändert. Seither hat sich die Prüfung der Zuverlässigkeit auf die Personen zu richten, die den Vorstand der Gesellschaft u. dgl. bilden. L a n d m a n n - R o h m e r, I⁶ S. 374, 405.

⁴⁶ O t t o H a n s G i e r k e, Ueber politische Rechte juristischer Personen in den preuß. Landgemeinden (Festschrift Otto Gierke dargebracht, 1911, S. 1035).

auch hier zeigt es sich, daß der Wille des Organs nichts anderes ist, als der Wille desjenigen physischen Menschen, den Gesetz oder Körperschaftssatzung in die Organstellung berufen hat. Wenn daher die juristische Person eine öffentliche Pflicht gegenüber dem Staate verletzt, so hat dies die physische Person verschuldet, der als Organ die Erfüllung der Pflicht obgelegen hat. Staatlicher Zwang und staatliche Strafe können sich daher nur gegen diese physische Person richten.⁴⁷ Die neuere Steuergesetzgebung des Reichs läßt jedoch für Zwangsgeldstrafen und Sicherungsgelder neben demjenigen, der als Organ der juristischen Person tätig ist („gesetzlicher Vertreter“) die juristische Person, als „Vertretene“, mithaften.⁴⁸

⁴⁷ Deshalb sind die Ordnungsstrafen (Exekutivstrafen), durch die von juristischen Personen die Erfüllung von Anmeldepflichten (Handelsregister usw.) erzwungen wird, gegen die Vorsteher persönlich anzudrohen und einzutreiben. Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17. Mai 1898, § 33. RVO. §§ 536, 912 u. a. m. Anderer Ansicht z. B. B ü h r e r in der DJZ. 16, 1411. Sächs. OVG. 24. Mai 1911 (Jahrbücher 17, 193: die Exekutivstrafe zur Abstellung der Rauchbelästigung ist nicht gegen den Direktor der Aktiengesellschaft anzudrohen, sondern gegen die Gesellschaft selbst). S c h u l t z e n s t e i n, Polizeiwidriges Handeln und Vertretung (VerwArch. 14, 1 f.). DJZ. 32, 1277. G o e d e c k e, PrVBl. 47, 24. — Was für Zwangsmittel gilt, gilt auch für die Auferlegung von Strafen. Die Frage („Deliktsfähigkeit der Personenverbände“) ist, wie bekannt, sehr bestritten. Vgl. Judikatur und Literatur bei J a m e s G o l d s c h m i d t, Die Deliktsobligationen des Verwaltungsrechts, 1905, S. 24. Ueber die vom Texte abweichende Meinung siehe insbesondere G i e r k e, Deutsches Privatrecht, I S. 528 ff. (und die dort zitierte Literatur). v. L i s z t - S c h m i d t, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl. (1927), S. 153. E. H a f t e r hat seine frühere Ansicht (Die Delikts und Straffähigkeit der Personenverbände, 1903) aufgegeben: Lehrb. d. schweiz. Strafrechts, I (1926) S. 63 f. — Keinen Beweis gegen die im Texte entwickelte Auffassung schafft die Vorschrift des BGB.s § 31, die den Verein haften läßt für den Schaden, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter einem Dritten durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadenersatz verpflichtende Handlung zufügt. Diese Regelung entspricht den für das Zivilrecht maßgebenden Verhältnissen. Denn sobald das Gesetz die juristische Person als solche vermögensfähig macht, ist es nur folgerichtig, daß ihr Vermögen unmittelbar einzustehen hat für die Handlungen ihrer Organe, die zu einer Vermögensausgleichung verpflichten. Dazu gehört die Pflicht zum Schadenersatz. Bei ihr kommt es lediglich auf einen unpersönlichen Erfolg, die Vermögensausgleichung, an. Dieser Erfolg läßt sich durch Zwangsvollstreckung in das Vermögen unmittelbar herbeiführen. Vgl. auch W. B u r c k h a r d t, Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 421 f.

⁴⁸ RAO. § 84. Da das Gesetz das Organ dem Stellvertreter gleichstellt,

§ 12. Oeffentliche Pflichten und öffentliche Rechte.

Die öffentlichen Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Bürger zeichnen sich aus durch die Ungleichheit der beteiligten Subjekte. Die Herrschergewalt verleiht der öffentlichen Behörde die Fähigkeit, den Bürgern einseitig Leistungen aufzuerlegen. Der alte deutsche Sprachgebrauch bezeichnet den Bürger (Privaten) im Hinblick auf dieses Unterworfensein als Untertan. Ob die von ihm geforderten Leistungen in positiven Handlungen (Leistung von Diensten, Sachwerten) oder in einem Unterlassen (Bauverbot) oder in einem Dulden (Zwangsentziehung) bestehen, macht keinen Unterschied. Die einzelnen von der Behörde gegen den Bürger erhobenen Ansprüche gründen sich somit nicht auf subjektive staatliche Rechte,¹ sondern sie sind Ausflüsse der staatlichen Kompetenz. Anders verhält es sich auf der Seite des Bürgers. Von einem allgemeinen Forderungsrechte gegenüber der öffentlichen Gewalt ist hier keine Rede. Die Gesetzgebung hat genau bestimmt, auf welche einzelne positive Leistungen oder Unterlassungen der Bürger Anspruch besitzt. Damit ist gesagt, daß sich auch von dieser Seite her öffentliche Rechtsverhältnisse zwischen Bürger und Herrscher entwickeln.² Aus diesen Erörterungen folgt, daß sowohl öffentliche Verwaltung wie Bürger Träger von öffentlichen Ansprüchen und Rechtspflichten sein können, die in letzter Linie ihren Ursprung in dem erwähnten e i n e n großen Gewaltverhältnis haben. Das juristisch Eigenartige liegt in der rechtlichen Bindung des Herrschers Staat gegenüber dem Untertan. Der rechtsstaatliche Sprachgebrauch hat dies festgehalten. Er betrachtet das ganze Verhältnis vom Standpunkt des Bürgers aus und verwendet demgemäß die Ausdrücke „öffentliche Rechte“ und „öffentliche Pflichten“ zur Bezeichnung der Ansprüche und Pflichten der Untertanen gegenüber der Staatsgewalt.

gelten die oben Anm. 47 für die Stellvertretung erwähnten Besonderheiten. S. auch VerwArch. 31, S. 262 und 264.

¹ Wie in der Periode der landesherrlichen Hoheitsrechte. Vgl. oben § 3. Vgl. auch L. M i c h o u d, *La personnalité et les droits subjectifs de l'Etat dans la doctrine française contemporaine* (Festschrift Otto Gierke dargebracht, 1911, S. 493).

² Willenserklärungen mit rechtlicher Wirkung kann auch auf dem Boden des öffentlichen Rechts nur die geschäftsfähige Person abgeben. W. S c h ö n - b o r n, *Altersstufen und Geschäftsfähigkeit im öffentlichen Recht* (ArchöfFR. 24, 126). K o r m a n n in den *Annalen d. Deutschen Reichs*, 1911, S. 910. *Rechtsgeschäftl. Staatsakte*, S. 285 f. W. J e l l i n e k, *Fehlerhafter Staatsakt*, S. 87. VerwR. 157.

I. Die öffentlichen Pflichten in dem soeben erwähnten Sinne beruhen entweder auf der allgemeinen Gehorsamspflicht der Bürger oder auf besonderen Rechtstiteln.

1. Die allgemeinen Bürger-(Untertanen-)pflichten (Steuerpflicht, polizeiliche Pflichten, Wehrpflicht) hat jeder Bürger zu erfüllen, an den sich der Befehl des Gesetzes richtet.³ Die den Bürgern gewährleisteten Rechte entbinden nicht von der Erfüllung der allgemeinen Bürgerpflichten.⁴

2. Es gibt jedoch zahlreiche öffentliche Pflichten, die nicht diesem allgemeinen, sondern einem besonderen Gewaltverhältnis entspringen.⁵ In ein besonderes Gewaltverhältnis begibt sich z. B. der Bürger, der Beamter wird oder in eine öffentliche Anstalt (Schule, Heer, Zuchthaus) eintritt oder unter eine besondere Steueraufsicht gerät. Dienstgewalt,⁶ Anstaltsgewalt,⁷ Ueberwachungsgewalt⁸ sind

³ RVerf. Art. 132—134.

⁴ S. z. B. RVerf. Art. 135, Satz 3 Der Vorbehalt in RVerf. 118 Abs. 1, demzufolge das Recht der freien Meinungsäußerung nur gilt „innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze“, bringt diese Auffassung zum Ausdruck: Was die allgemeinen Gesetze für alle anordnen, genießt den Vorrang auch vor dem einzelnen Grundrecht des Bürgers. Im Resultat stimme ich mit *Rothensbücher* und mit *Smeind* überein (Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer 1927; Veröffentlichungen Heft 4, S. 20, 52). S. ferner *Häntschel*, ArchöfR. n. F. 10 (1926), S. 228 f. Derselbe Gedanke in der Schweiz. Bundesverfassung von 1874, Art. 49 Abs. 5: „Die Glaubensansichten entbinden nicht von der Erfüllung der bürgerlichen Pflichten.“ *Flainer*, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 334. Für das deutsche Recht ein Anwendungsfall in dem Urteil des Bayr. OLG. 12. Juli 1920: Adventisten dürfen ihre Kinder Samstags nicht, unter Berufung auf die Glaubensfreiheit, von der Schule fernhalten; die allgemeine Schulpflicht geht vor. *Regere* 42, 342.

⁵ *Laband*, Staatsrecht, I⁵ S. 433. *Otto Mayer*, I³ 101, 351; II³ 193, 285. *Thoma*, Polizeibefehl im bad. Recht, I S. 18—21. *Paul Kahn*, Das besondere Gewaltverhältnis im öffentlichen Recht, Heidelberger Diss. 1912. *H. Nawiascky*, Forderungs- und Gewaltverhältnis, 1913 (Festschrift f. Zitelmann). Derselbe, Bayr. Verfassungsrecht, 1923, S. 437 f.

⁶ Nicht bloß die Dienstgewalt über die Beamten fällt in Betracht. Auch die militärische *Kommandogewalt* ist eine besondere Dienstgewalt. RVerf. Art. 47. Reichswehrges. v. 23. März 1921, §§ 8 f.

⁷ Vgl. auch das besondere Gewaltverhältnis, in das die Leistungsempfänger in der Krankenversicherung und der Unfallversicherung treten. RVO. 347, 848 a und 851. *Jacobi*, Arbeitsrecht 441.

⁸ *Otto Mayer*, I³ 351. RAO. § 193. Die Inhaber von Betrieben und Unternehmen, die gewissen indirekten Steuern (Biersteuer, Spielkartensteuer, Versicherungssteuer) unterliegen, werden zur Sicherung der Steuern einer besonderen finanzrechtlichen Ueberwachung unterworfen, welche besondere

die Hauptbeispiele der besonderen Gewaltverhältnisse. Für das „besondere Gewaltverhältnis“ ist es unerheblich, ob es mit oder ohne Zustimmung des Bürgers zustande kommt; man denke einerseits an das Beamtenverhältnis, andererseits an den Eintritt in die Volksschule oder das Zuchthaus. Gleichgültig ist ferner, zu welchem Zwecke das besondere Gewaltverhältnis begründet wird: ob der Eintretende verpflichtet werden soll, für den Staat tätig zu werden (Beamter) oder aber eine staatliche Tätigkeit (Erziehung, Strafe, Ueberwachung) an sich selbst vollziehen zu lassen. Keinen Unterschied macht es endlich aus, ob durch die Uebernahme der gesteigerten Pflichten des besonderen Gewaltverhältnisses die Einräumung besonderer Vorteile erkaufte werden soll,⁹ oder ob es auf die Begründung eines reinen Pflichtverhältnisses abgesehen ist.¹⁰ Durch den Eintritt in ein besonderes Gewaltverhältnis wird der Bürger ein arbeitendes oder zu bearbeitendes Glied des staatlichen Verwaltungsapparates. Als solchem sind ihm **b e s o n d e r e**, über die allgemeinen Untertanenpflichten hinausgehende Pflichten zugewiesen. Die Gehorsamspflicht des Bürgers wird gesteigert. Sie erstreckt sich auf alle Befehle, die dem Eingetretenen im Interesse des in dem Gewaltverhältnis verkörperten Verwaltungszweckes (Erziehung, Strafe, Ueberwachung usf.) von der vorgesetzten Behörde erteilt werden. Fundament und Grenzmauern jedes besonderen Gewaltverhältnisses stam-

Pflichten nach sich zieht. *Becker*, RAO.⁸, Bem. 1 vor § 193. *Bühler*, Steuerrecht, I S. 376. Dagegen beruht das Verhältnis der Steuerbehörde zum Pflichtigen auf dem **a l l g e m e i n e n** Gewaltverhältnis. S. hierüber unten § 27, *Bühler*, Steuerrecht, I S. 85 f.

⁹ Auf Grund RStGB. § 361 Ziff. 6 trat die „eingeschriebene Kontrollbirne“ in ein besonderes polizeiliches Gewaltverhältnis ein und sicherte sich dafür Straffreiheit wegen gewerbsmäßiger Unzucht. *Frank*, Komm.¹⁷ (1926), S. 780. *Bitter*, HWB. I², S. 816 und II², S. 555. Das Reichsgesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten v. 18. Febr. 1927, § 16, Ziff. III, hat die erwähnte Vorschrift des StGB. aufgehoben und das System der „Reglementierung der Unzucht“ beseitigt. *Elster*, HWR. II 832.

¹⁰ Ein interessantes Beispiel bilden im Rahmen des schweiz. Milizsystems die freiwilligen Schießvereine, in denen die Wehrpflichtigen ihrer militärischen Pflicht genügen können, jährlich an vorschrittsgemäß abzuhaltenden Schießübungen (außer Dienst) teilzunehmen. Diese Schießvereine treten unter besondere staatliche Aufsicht und erhalten Bundesubventionen. *Fléiner*, Bundesstaatsrecht, S. 629. Ueber die deutschen, heute ihrer alten Stellung entkleideten, Kriegervereine vor dem Weltkrieg: *Zimmer*, Art. „Kriegervereine“ WBStVR. II² 674.

men vom Gesetzgeber her. Die Ausfüllung des freien Raumes aber, d. h. die Erteilung der ungezählten Einzelanweisungen, die zur Erreichung des besonderen Zweckes erforderlich sind, ist dem pflichtgemäßen Ermessen der Behörde überlassen, welche der Anstalt oder dem Verwaltungszweig vorsteht. Die besondere Befehlsgewalt dieser Behörde ist aber nichts anderes, als die öffentliche Gewalt selbst, die sich für die Erreichung dieses besonderen Verwaltungszweckes besondere Zwangsmittel (Disziplinar Mittel u. dgl.) ausgebildet hat. Wie oben (§ 4) näher ist dargelegt worden, bilden neben Einzelverfügungen Anstaltsverordnungen, Verwaltungsregulative usf. die Formen, in welche die erwähnten allgemeinen Dienstbefehle eingekleidet werden.¹¹ — Der besondere öffentliche Zweck, dem jedes besondere Gewaltverhältnis dient, zieht für den Eintretenden von selbst gewisse Beschränkungen seiner persönlichen und seiner staatsbürgerlichen Rechte nach sich. Der Einzelne muß sich diese Verengerungen seiner Freiheitssphäre gefallen lassen. Aber sie dürfen nie über das Maß dessen hinausgehen, was die im öffentlichen Gewaltverhältnis verkörperte Aufgabe verlangt. Wo die Grenze liegt, ist von Fall zu Fall zu bestimmen.¹²

¹¹ Otto Mayer, I² S. 351, weist dies insbes. nach für die sog. Finanzregulative. Ueber die Anstaltsverordnungen: Thoma, Polizeibefehl im Badischen Recht, I S. 347 ff. Otto Mayer, Staatsrecht des Königreichs Sachsen, S. 185—186.

¹² Im einzelnen Fall kann die Beantwortung der Frage Schwierigkeiten bereiten, wo dieses besondere Gewaltverhältnis aufhört und der Bereich beginnt, in dem der Einzelne der Behörde lediglich als einfacher Bürger gegenübersteht und in dem er sich daher ebenso frei bewegen darf, wie die übrigen Bürger. Das wird wichtig z. B. im Beamtenverhältnis. Anerkannt ist, daß Dienstbefehle, die das Privatleben betreffen (z. B. der Befehl, an einem bestimmten Tag die Kirche zu besuchen oder eine bestimmte Zeitung zu halten oder nicht zu halten), unverbindlich sind. Andererseits aber ist das Privatleben des Beamten für den Staat nicht bedeutungslos. Vgl. z. B. Reichsbeamtengesetz § 10: Der Reichsbeamte hat „durch sein Verhalten in und außer dem Amte der Achtung, die sein Beruf erfordert, sich würdig zu zeigen.“ Wieweit unterliegen Handlungen des Privatlebens, außeramtliche Akte, der Kontrolle der vorgesetzten Dienstbehörde? Wieweit darf diese den Beamten für solches außeramtliches Verhalten Anweisungen und Befehle erteilen und ihn zur Rechenschaft ziehen? Das läßt sich nur von Fall zu Fall beurteilen. Als Regel muß gelten, daß die Handhabung der Dienstgewalt nie zu einer völligen Lähmung bürgerlicher oder staatsbürgerlicher Rechte des Beamten führen darf. G. Meyer-Anschütz⁷, S. 593 f. (dort die ältere Literatur). Die Einführung der Republik hat die Beschränkungen gemildert (z. B. RVerf. 130 Abs. 2), sie aber nicht aufgehoben. Vgl. Thoma, Fest-

3. Kann der Einzelne öffentliche Pflichten auch freiwillig übernehmen? Man beruft sich, um die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens darzutun, auf das Beamtenverhältnis, das von Gesetzes wegen regelmäßig nur mit Zustimmung des Betroffenen begründet werden kann.¹³ Das beweist jedoch nur, daß zu den gesetzlichen Voraussetzungen eines vom Gesetze fest geordneten Rechtsverhältnisses die Einwilligung des Betroffenen gehört. Damit ist aber die ganz andere Frage noch nicht beantwortet, ob der Bürger durch eine der Verwaltungsbehörde gegenüber abgegebene Willenserklärung neue öffentliche Pflichten begründen kann, die weder zu den allgemeinen Untertanenpflichten gehören, noch aus einem der gesetzlich vorgesehenen besonderen Gewaltverhältnisse entspringen.

Bei der Entscheidung dieser Frage ist davon auszugehen, daß Pflichten, die der Einzelne außerhalb der Sphäre des öffentlichen Rechts freiwillig übernimmt, im allgemeinen keine öffentlich-rechtlichen Wirkungen erzeugen. Der Gasthofbesitzer, der sich aus geschäftlichen Gründen dazu verpflichtet, eine Subvention zu zahlen, wenn der Staat eine neue Bahnlinie baut; der Rittergutsbesitzer, der der armen Dorfgemeinde versprochen hat, das Brennholz für die Heizung der Schulzimmer zu liefern — sie haben privatrechtliche Verpflichtungen übernommen. Anders dagegen gestaltet sich die Rechtslage, wenn in einem konkreten, von Gesetzes wegen dem öffentlichen Recht unterstellten Verhältnis die Grenze zuungunsten des Bürgers verschoben werden soll. Man denke an das Verhältnis des Baulustigen oder des Gewerbetreibenden zur Polizeibehörde oder an das des Steuerzahlers zur Steuerbehörde. Was in diesem Bereiche geschieht, untersteht dem öffentlichen Recht. Daher kann allein hier von freiwillig übernommenen öffentlichen Pflichten die Rede sein. Werden aber solche vom geltenden Verwaltungsrechte anerkannt?

Nach der bekannten Formel des Rechtsstaats bedürfen Eingriffe

gabe f. d. PrOVG., S. 203 f. W. J e l l i n e k , VerwR. 470. — Kommunistische Beamte: PrOVG. 77, S. 495; 78, S. 446 und 453. — Kein Streikrecht der Beamten: PrOVG. 78, S. 452; RGerZ. 89, S. 13; 111, S. 112; Bd. 113, S. 200. R o ß , Die Pflichten der Beamten im Spruche der Dienststrafgerichte (Jur. Rundschau, III 10, 33). — Ueber Beschränkungen der Angehörigen der Reichswehr: RVerf. Art. 133 Abs. 2, Reichswehrgesetz von 1921, §§ 36, 37 und dazu der Komm. von S e m l e r , 1922. L a s s a r , Reichseigene Verwaltung, S. 90 f.

¹³ O t t o M a y e r , I S. 98; II S. 235. Weitere Literatur und Judikatur bei W. J e l l i n e k , S. 116.

in Freiheit und Eigentum der Bürger der gesetzlichen Grundlage. Die Vorschrift ist zum Schutze der Freiheit der Staatsbürger erlassen worden. Diese Freiheit aber wäre verletzt, wenn dem Bürger unter allen Umständen versagt bliebe, über sie im Verkehr mit dem Staate nach eigenem Willen zu verfügen.¹⁴ Es gibt Fälle, in denen der Bürger mit Bezug auf ein konkretes öffentliches Rechtsverhältnis, an dem er als Pflichtsubjekt beteiligt ist, eine über die gesetzlichen Pflichten hinausgehende besondere Pflicht freiwillig übernehmen kann und dadurch der Verwaltungsbehörde die Kompetenz verschafft zu einem das gesetzliche Maß übersteigenden Eingriff. Diese Freiheit des Bürgers vermag sich jedoch nicht unbeschränkt zu betätigen. Die fehlende gesetzliche Ermächtigung der Verwaltungsbehörde zu einem Verwaltungsakt kann nicht ganz allgemein ersetzt werden durch die freiwillige Unterwerfung des Bürgers oder dessen vertragliche Zustimmung. Die freiwillige Uebernahme öffentlicher Pflichten hat ein enges Geltungsgebiet. Sie ist nur zulässig entweder dort, wo der Gesetzgeber ihre Voraussetzungen ausdrücklich geregelt hat oder aber, unabhängig davon, dort, wo es sich um eine *p o l i z e i l i c h e* Einschränkung der Freiheit oder des Eigentums des Einzelnen handelt. In diesem letzteren Falle kann der Bürger bei Anlaß der polizeilichen Regelung eines konkreten Rechtsverhältnisses, insbesondere bei der Stellung des Gesuchs um Erteilung einer Polizeierlaubnis (s. unten § 25), eine das gesetzliche Maß übersteigende *p o l i z e i l i c h e* Einschränkung seiner Freiheit freiwillig übernehmen, um damit nach einer anderen Richtung freie Bahn für die Ausgestaltung dieses Rechtsverhältnisses in seinem Sinne zu schaffen. Man wende nicht ein, von einer solchen Ermächtigung dürfe die Verwaltungsbehörde, abgesehen von den gesetzlich geregelten Fällen, keinen Gebrauch machen, denn sie habe sich allein nach den Normen des Gesetzes zu richten; der Wille des Untertans vermöge keine neue rechtsgültige Kompetenz für die Behörde zu begründen.¹⁵ Denn gerade hier zeigt es sich, daß für die Verwaltungsbehörden die Verwirklichung des Rechts nicht Selbstzweck ihrer Tätigkeit bedeutet. Das Gesetz richtet ihnen im Interesse des Bür-

¹⁴ Otto Mayer, I³ S. 98. Laband, Staatsrecht, II⁵ S. 195. Jellinek, System der subjektiven öffentl. Rechte, S. 340. Fleiner, Einzelrecht und öffentliches Interesse, S. 20. Rumpelt, Sächs. Baugesetz⁴, S. 85 ff.

¹⁵ Urt. des ProVG. v. 21. Febr. 1893 (Entsch. Bd. 24, S. 369). F. J. Roth, Bad. Landesbauordnung, 2. Aufl., 1909, S. 7.

gers Schranken auf an dem Wege zu einem vom Rechtszwecke verschiedenen Ziele — Schranken, die jedoch der Bürger in bestimmten Fällen beseitigen kann. Tut er dies, so ermächtigt er die öffentliche Verwaltung, in seine Freiheitssphäre einzugreifen.¹⁶

Die ganze Erscheinung wird in das richtige Licht gerückt, wenn man die Umstände beachtet, unter denen sich der erwähnte Rechtsvorgang abspielt. Z. B.: Der Wirt sucht um die Erlaubnis nach, eine Wirtschaft während dreier Monate betreiben zu dürfen, da er weiß, daß ein Gesuch auf Errichtung einer neuen ständigen Wirtschaft wegen mangelnden Bedürfnisses würde abgelehnt werden; die Behörde entspricht dem Antrag und gewährt eine Schankkonzession auf drei Monate, trotzdem ihr das Gesetz (GewO. § 40) — im Interesse des Bürgers — verbietet, Konzessionen auf Zeit zu erteilen.¹⁷ Aehnlich verhält es sich bei der Uebernahme einer Verpflichtung, ein Grundstück nicht oder nur teilweise zu überbauen¹⁸ u. a. m. Der Bürger übernimmt in solchen Fällen eine Mehrleistung über das gesetzliche Maß hinaus; er tut dies regelmäßig, um dadurch ein Hindernis zu beseitigen, das der Erteilung einer Polizeierlaubnis, einer Dispensation, einer Konzession u. dgl. im Weg gestanden

¹⁶ Eine solche Willenserklärung wirkt konstitutiv; es liegt kein Vertrag mit der Behörde vor. **Otto Hirsch**, Baulasten, S. 45. — Gegen die im Text verteidigte Ansicht vgl. **PrOVG. v. 12. März 1884** (Entsch. Bd. 10, S. 288): Der erste Richter hatte die Schankkonzession verweigert, weil ein Bedürfnis nicht vorhanden sei. Einem Eventualantrag des Klägers entsprechend hatte der Berufungsrichter erkannt, es sei dem Kläger die erbetene Schankkonzession unter der Bedingung zu erteilen, daß er nicht weibliche Bedienung im Schanklokale halte. Auf Revision der Polizeiverwaltung hob das OVG. als Revisionsinstanz das Urteil auf: das Gesetz kenne keine derartige Verpflichtung und der Kläger könne nicht auf ein gesetzliches Recht verzichten. (Dem OVG. stimmt zu: **Kormann**, Rechtsgeschäftliche Staatsakte, 1910, S. 354.) Darüber, wie es sich mit dem Verzicht verhält, vgl. unten am Schluß dieses § 12.

¹⁷ **Landmann-Rohmer**, GewO. I⁸, S. 526. **Landmann-Rohmer** und das **PrOVG.** (Entsch. Bd. 52, S. 374) haben sich gegen die im Text vertretene Auffassung ausgesprochen. Die herrschende Meinung (**Anschütz**, **Thoma** u. a.) lehnt die freiwillige Uebernahme öffentlicher Pflichten ab. **PrOVG. 16. Okt. 1911** (Entsch. Bd. 61, S. 345): im Einverständnis mit dem Gesuchsteller hatte der Magistrat die Schankkonzession erteilt, „solange die Räume zum Betrieb einer Herberge benutzt werden“; das OVG. erklärte diese Schankkonzession für ungültig.

¹⁸ **Walz** in der **Bad. VerwZtschr.** Bd. 35 (1903), S. 246. Ueber die Baulastbücher s. oben S. 155 und **Mosel**, **HWB.** II¹⁸, S. 203, Art. „Oblastenbuch“.

hat. Aber es brauchen keine derartigen „Hintergedanken“ mitzuwirken.¹⁹

Sobald sich aber der Bürger von dem festen Boden des Gesetzes entfernt, so entsteht für ihn die Gefahr, daß er sich unter dem Drucke der äußeren Umstände zu einer Ueberspannung seiner Versprechungen bereit finden läßt.²⁰ Hier gewährt die Rechtsordnung Schutz. Der Satz, daß ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist (BGB. § 138), gilt auch im öffentlichen Recht.²¹ Der Verfügung der Behörde, die sich auf eine derartige Zustimmung des Bürgers stützt, ist häufig noch auf einem andern Wege beizukommen. Durch die Einwilligung des Betroffenen wird für die Behörde niemals die Kompetenz begründet, eine rechtlich verbotene Leistung zu fordern oder eine gesetzlich vorgeschriebene Handlung zu untersagen oder ihr freies Ermessen zu überschreiten oder zu mißbrauchen dadurch, daß sie bei der Besorgung einer Verwaltungsaufgabe andere Ziele verfolgt und andere Mittel zur Anwendung bringt, als das Gesetz sie vorsieht. Geht die Behörde nach der einen oder andern Richtung über ihre Zuständigkeit hinaus, so ist ihre Verfügung ungültig (s. §§ 10 u. 13).²²

Ueber die Form, in der der Bürger die erwähnten öffentlichen Pflichten freiwillig übernimmt, wird in § 13 die Rede sein.

Jede freiwillig übernommene Pflicht bindet den allein, der sie sich aufgebürdet hat. Eine Nachfolge in eine solche Pflicht findet

¹⁹ Der schweiz. Bundesbeschluß betr. die eidgen. Kriegssteuer v. 22. Dez. 1915 (Deckung der Mobilisationskosten) kam der Opferfreudigkeit der Bürger durch die Vorschrift (Art. 4 und 31) entgegen, wonach nichtsteuerpflichtige Personen freiwillig die Steuerpflicht übernehmen konnten und Steuerpflichtige durch die sog. Pauschalerklärung einen Betrag anbieten konnten, der den gesetzlich geschuldeten Betrag überstieg. *Fleiner*, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 673—674.

²⁰ Eine solche Gefahr besteht bei der Handhabung der Dispensationsgewalt beim ortstatutarischen „Bauverbot“ des Preuß. Fluchtliniengesetzes v. 2. Juli 1875, § 12. *Baltz-Fischer*, Preuß. Baupolizeirecht ⁵, S. 154 f., 365, 684. Vgl. darüber *Fleiner*, ArchöfFR. 23, 524. RGerZ. 67, S. 291. *Pahlke*, Das Wesen der Baugenehmigung und des Baudispenses (Verw-Arch. 32, 37).

²¹ Die Neue Bauordnung f. Württemberg von 1910 schreibt vor (§ 99 Abs. 3), die Rechtsgültigkeit von Erklärungen, in welchen der Eigentümer freiwillig Baulasten übernimmt, seien nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zu beurteilen.

²² *Kormann*, Rechtsgeschäftliche Staatsakte, S. 158. *Fleiner*, Einzelrecht und öffentliches Interesse, S. 28. ProVG. 4, S. 364 und 375.

nur auf Grund einer besonderen gesetzlichen Vorschrift statt. Vgl. darüber oben § 11.

II. Im täglichen Leben wird jeder Anspruch, den der Einzelne gegen den Staat zu erheben befugt ist, als subjektives Recht dieser Person bezeichnet. So spricht man von einem Recht auf Benutzung der öffentlichen Straße oder einer öffentlichen Anstalt, von einem Recht auf Armenunterstützung und auf Rückforderung zuviel bezahlter Steuern, von einem Recht auf Erteilung einer Polizeierlaubnis usw. Die nähere Betrachtung zeigt jedoch, daß dieser Sprachgebrauch verschiedene Dinge zusammenwirft. Nicht jeder Vorteil, der dem Einzelnen dem objektiven Rechte gemäß zufließt, bildet den Inhalt einer subjektiven Berechtigung.

1. Zwei verschiedene Wege stehen dem Gesetzgeber zur Wahl, der den Bürgern staatliche Leistungen will zukommen lassen: ²³ entweder kann er die Verwirklichung seiner Anordnungen ausschließlich in die Hand der Behörden legen und den einzelnen Bürger auf den *a l l g e m e i n e n* Anspruch gegenüber den Behörden beschränken, daß sie die zu seinen Gunsten erlassenen Gesetze vollziehen (Gesetzvollziehungsanspruch, Interessenbefriedigungsanspruch); oder aber ein bestimmtes Gesetz kann jedem einzelnen Bürger konkrete, genau abgegrenzte Ansprüche auf die einzelnen im Gesetz ihm zugedachten Leistungen zubilligen, so daß der damit Bedachte bei der Geltendmachung der einzelnen Ansprüche der zur Gesetzesvollziehung verpflichteten Behörde gegenübertritt wie der Gläubiger dem Schuldner. Im ersten Fall enthalten die Gesetzesvorschriften Normen bloß objektiven Rechtes; ihr Adressat ist die Behörde, und dem Bürger kommt der materielle Erfolg der einzelnen Rechtsvorschrift als eine Reflexwirkung der Gesetzesvollziehung zu; man spricht hier ungenau von „Reflexrechten“.²⁴ Im zweiten Fall dagegen besitzt der Bürger subjektive öffentliche Rechte auf bestimmte staatliche Leistungen.²⁵

²³ v. Tuhr, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, I S. 53 ff. Kormann, Grundzüge eines allg. Teils (Annalen d. Deutschen Reichs 1911, S. 913 ff.).

²⁴ Jhering, in den Jahrbüchern für Dogmatik des heutigen gemeinen Rechts, X S. 245. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 67. Ueber die Stufenleiter der Individualisierung vom „Interesse“ bis zum „subjektiven Recht“: Merkel, Juristische Enzyklopädie, §§ 150—159. Dietrich Schindler, Werden der Rechte (Festgabe f. Fleiner, 1927, S. 400).

²⁵ Es hat zu keiner Zeit an einer prinzipiellen Opposition gegen den Begriff der subjektiven öffentlichen Rechte gefehlt. So erblickt Rudolf

Die beiden Formen sind jedoch nicht Gesetzgebungsprinzipien, die sich ausschließen. Der Gesetzgeber entscheidet frei darüber, ob er die Leistungspflicht der öffentlichen Verwaltung lediglich durch Erteilung von objektiven Rechtsbefehlen an die Behörden oder durch Zuerkennung von subjektiven Rechten an die Bürger begründen will. Daraus erhellt, daß dieselbe Forderung des Bürgers gegen die öffentliche Verwaltung in dem einen Staate als subjektives öffentliches Recht ausgestaltet sein kann, während sie in einem andern Staat nur der Reflex objektiven Rechtes ist, und ebenso ist es möglich, daß in einem und demselben Staat sich ein Gesetzvollziehungsanspruch infolge des Wechsels der Anschauungen in ein subjektives Recht umwandelt.²⁶

Es hält nicht leicht, das bloß objektive Recht von den Normen zu unterscheiden, welche subjektive Rechte begründen. Man hat, um einen festen Punkt zu gewinnen, das ausschlaggebende Merkmal in dem größern Rechtsschutz erblicken wollen, mit dem das subjektive Recht ausgestattet sei, im Gegensatz zu der bloß durch den allgemeinen Gesetzvollziehungsanspruch beschirmten Forderung des Bürgers.²⁷ Allein ohne Grund.²⁸ Beschwerde und Schadenersatzklage gegen den schuldigen Beamten (unten §§ 15 und 17) stehen dem Bürger zu Gebote, mag es sich um Verletzung eines subjektiven Rechtes oder um Verletzung bloß objektiven Rechtes handeln. Denn gerade an diesem Punkte zeigt sich deutlich der Unterschied zwischen einer Vorschrift der Dienstinstruktion, die den Beamten nur nach innen bindet, und einer Norm des objektiven Rechtes, deren Vollziehung eine dem Beamten „einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht“ (BGB. § 839) darstellt. Ueberdies hat nicht selten der

Gneist, Der Rechtsstaat², 1879, S. 209, im Verwaltungsrecht lediglich einen Inbegriff von Normativbestimmungen für die Ausübung der obrigkeitlichen Gewalt, abgeleitet vom Staate und existent durch und in dem Staate. Mit dieser Auffassung berührt sich Laband, Staatsrecht, I⁶S. 331; III⁵ S. 207, der in den öffentl.-rechtl. Normen grundsätzlich bloße Vorschriften objektiven Rechts erblickt. Ueber andre Opponenten: Lutz Richter, ArchöfR. n. F. 8, 72 f.

²⁶ So verteidigt Wolfgang Hein, Der Wohnungsanspruch (PrVBl. 44, 269), die — m. E. zu weitgehende — Auffassung, daß das Reichswohnungsmangelges. v. 26. Juli 1923 nicht bloß Anweisungen an die Gemeinden zur Beschaffung von Wohnräumen enthalte, sondern heute jedem Bürger ein subj.-öffentl. Recht auf Zuteilung von Wohnraum gebe.

²⁷ Jellinek, System der subjektiven öffentl. Rechte, S. 101.

²⁸ Vgl. dazu die eindringenden Erörterungen von Laband im ArchöfR. 19, 614.

Gesetzgeber auch einen verwaltungsgerichtlichen Schutz im bloßen Interesse der Aufrechterhaltung der objektiven Rechtsordnung („dans l'intérêt de la loi“) ausgebildet (unten § 16) und hat damit die Grenzlinie vollends verwischt. Die Entscheidung über den Charakter der einzelnen Gesetzesvorschrift hängt endlich auch nicht davon ab, ob die Behörde einen gesetzlichen Anspruch von sich aus zu befriedigen hat oder ob sie einen Antrag des Bürgers abwarten muß.²⁹

Die Unterscheidung zwischen subjektiven Rechten und Reflexwirkungen objektiven Rechts ist eine rechtsstaatliche Erfindung. Wir verlangen vom Rechtsstaate in erster Linie, daß er jedem Bürger die gleichen Ansprüche gegen die öffentliche Verwaltung verleihe. Am sichersten wird dieser Forderung dadurch genügt, daß das Gesetz von vornherein jedem Bürger seinen Anspruch auf eine staatliche Leistung unmittelbar in die Hand gibt. Durch diese Art der Verbindung von Anspruch und Person entsteht ein subjektives Recht. Es ist richtig, daß die rechtliche Behandlung der Bürger beim Empfang der staatlichen Leistungen auch durch die Aufstellung von Normen bloß objektiven Rechts erzielt werden kann.³⁰ Durch die Erhöhung eines Anspruchs zum subjektiven Recht empfängt er jedoch eine wesentliche Verstärkung. Denn für den Bürger macht es einen Unterschied aus, ob das ihm zugedachte Stück Brot ihm vom Gesetzgeber bereitgelegt worden ist, oder ob er es sich von der Verwaltungsbehörde vom Laib muß zuschneiden lassen. Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit hat der Anerkennung subjektiver öffentlicher Rechte Vorschub geleistet. Denn nach den meisten Verwaltungsgerichtsgesetzen ist Voraussetzung für die Anrufung der Verwaltungsgerichte, daß der Bürger in einem subjektiven Rechte

²⁹ Heute noch ist die Armenfürsorge (V. ü. d. Fürsorgepflicht v. 15. Febr. 1924, §§ 1, 7 f.) grundsätzlich aus dem Gedanken heraus entwickelt, daß die Verwaltung für den Einzelnen von Amts wegen tätig zu werden hat; vgl. namentlich auch die Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentl. Fürsorge v. 4. Dez. 1924, § 2 (Baath, V. ü. d. Fürsorgepflicht⁵, 1927, S. 58 f.). Dem Fürsorgeberechtigten steht nur die Beschwerde innerhalb des Instanzenzugs der Verwaltung zu. — Andererseits leitet das RGerZ. 106, S. 167 aus den Worten des Reichsgesetzes v. 21. Mai 1920, wonach an versetzte Beamte eine Entschädigung „gewährt werden darf“, einen Rechtsanspruch der Beamten ab. Vgl. dazu L. Richter, ArchöfR. n. F. 8, 83.

³⁰ Die Vorschriften eines Gesetzes über die Sonntagsruhe sind von den Verwaltungsbehörden zu vollziehen (objektives Recht), sie begründen keine subjektiven Rechte zugunsten bestimmter Personen (Ladengehilfen usw.): Württ. VGH. 24. Juni 1925 (Fischers Zft. 60, 218.)

verletzt worden ist.³¹ Alle diese Momente haben die Tendenz zur Anerkennung subjektiver Rechte gestärkt. Was hat aber das subjektive Recht vor dem allgemeinen Gesetzvollziehungsanspruch voraus?

Durch das subjektive Recht wird der vom Gesetze gewollte Erfolg in individualistischer Form herbeigeführt. Das Einzelinteresse gibt den Ausschlag. Jeder besitzt denselben Anspruch auf dieselbe staatliche Leistung; Inhalt und Umfang ist für jeden Bürger gleich. Darum kann der Gesetzgeber subjektive Rechte in allen den Fällen nicht begründen, in denen er der mit der Gesetzesvollziehung betrauten Behörde freie Hand lassen muß, die Ansprüche der Bürger den wechselnden Bedürfnissen des Verkehrs, der finanziellen Leistungsfähigkeit einer Verwaltungseinrichtung u. a. m. anzupassen; denn hier muß die Behörde die Möglichkeit behalten, die den Einzelnen zugesicherten Vorteile zu mindern, zu entziehen oder sie nur einem beschränkten Personenkreise zukommen zu lassen,³² ohne dabei auf *jura quaesita* zu stoßen. Aus diesem Grund sind z. B. die Ansprüche der Einzelnen auf Benützung der öffentlichen Straßen, der öffentlichen Anstalten (Krankenhäuser, Museen, Bibliotheken),³³ der Anspruch auf Armenunterstützung, die Ansprüche auf den „Bürger Nutzen“³⁴ u. a. m. nach den meisten Gesetzen nicht zu Indivi-

³¹ Das Bestreben, in möglichst weiten Gebieten Rechtsschutz zu gewähren, hat z. B. die Praxis des Sächs. OVG. veranlaßt, sogar dem allgemeinen Anspruch der Nachbarn des Bauenden auf Einhaltung bestimmter Bauvorschriften den Charakter eines subjektiven Rechts zuzuerkennen (Jahrbücher des Sächs. OVG. 9, 216; 17, 296) s. Anm. 37. — Dieselbe Tendenz in der Praxis des PrOVG. weist *J e b e n s*, Verwaltungsrechtliche Aufsätze, S. 284 ff., nach. *F r i e d r i c h s*, Verwaltungsrechtspflege, I S. 282 f. Ueber die Stellung des württ. VGH. s. die Urteile in der württ. Zft. f. RPfl. 19, S. 13 und 27. — Die französische Praxis zieht, im Interesse des Bürgers, von vornherein den Rahmen weiter. Sie verlangt bei dem *recours pour excès de pouvoir* (Klage an das Oberverwaltungsgericht, *Conseil d'Etat*) lediglich „un intérêt direct, personnel et légitime du réclamant“ (*H a u r i o u*¹¹, *Précis de droit administratif*, p. 402) und setzt so das Verwaltungsgericht in die Lage, frei zu prüfen, ob der angefochtene Verwaltungsakt unter Ermessensmißbrauch oder Ermessensüberschreitung zustande gekommen ist. Z. B.: In einer Gemeinde werden die Telegramme auf Anweisung der zuständigen Behörde nicht mehr dem A, Eigentümer eines bösen Hundes, übergeben. Der *Conseil d'Etat* kassiert. Vgl. *D u g u i t*, *Transformations du droit public*, 1925, p. 65 suiv.

³² *F l e i n e r*, Einzelrecht und öffentliches Interesse, S. 37 ff.

³³ Vgl. unten § 19.

³⁴ Selbstverständlich kann der Gesetzgeber auch hier bürgerliche Sondernutzungsrechte als Individualrechte begründen. So Badische GemO. 5. Okt.

dualrechten ausgestaltet worden. Der Einzelne besitzt gegen die öffentliche Verwaltung lediglich den allgemeinen Anspruch, daß das Gesetz vollzogen werde. Selbstverständlich bleibt auch hier die Behörde bei der Handhabung ihres freien Ermessens den oben § 9 dargelegten rechtsstaatlichen Grundlagen unterworfen.

Und das Ergebnis: subjektives Recht und Reflex objektiven Rechts unterscheiden sich durch kein äußeres Merkmal. Darin liegt die formale Schwäche des Gegensatzes. In welcher der beiden Gestalten dem Bürger die Befriedigung eines konkreten Interesses zugesichert ist, muß auf Grund sorgfältiger Gesetzesauslegung für jedes Institut besonders festgestellt werden. Wo daher in den weitem Erörterungen dieses Buches von „öffentlichen Ansprüchen“ schlechthin die Rede ist, sind darunter sowohl die Ansprüche verstanden, die durch den allgemeinen Gesetzvollziehungsanspruch gedeckt werden, wie jene, welche in subjektiven öffentlichen Rechten feste Gestalt gewonnen haben.³⁵

2. Wo subjektive öffentliche Rechte³⁶ anerkannt sind, erscheint als Berechtigter der einzelne Bürger, als Verpflichteter der Träger der öffentlichen Gewalt. Der Träger der öffentlichen Gewalt als solcher ist dem Untertan zu einer bestimmten Leistung recht-

1921, §§ 85 f. („von dem Bürgergenuß“). Vgl. über die verschiedenen Ausgestaltungen *Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, S. 198 ff. und *Deutsches Privatrecht* Bd. I, S. 606 ff.

³⁵ Vgl. über den Begriff des Anspruchs im Privatrecht: v. *Tuhr*, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, I S. 240 ff.

³⁶ *C. F. Gerber*, Ueber öffentliche Rechte, 1852. *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905; *Allgemeine Staatslehre* ³, S. 416 ff. *Santi Romano*, La teoria dei Diritti pubblici subiettivi (*Orlando*, Primo trattato completo di Diritto amministrativo italiano, I, 1900). *Otto Mayer*, I³ § 10. v. *Stengel*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die öffentlichen Rechte (*VerwArch.* 3, 177). *Anderssen*, Das subjektive Recht (*Grünhuts Zft. f. d. Privat- und öffentl. Recht* Bd. 38, S. 603). *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911, S. 567 ff. und *Allg. Staatslehre*, S. 152 f. v. *Stengel-Giese*, Art. „Öffentliche Rechte und Pflichten“ im *WBStVerwR.* III³ 4. *Ottmar Bühler*, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1913. *Derselbe*, Zur Theorie des subj. öffentl. Rechts (*Festgabe f. Fleiner*, 1927, S. 26 f.). *Lutz Richter*, Das subj. öffentl. Recht (*ArchöfR.* n. F. 8 (1925), S. 1 f. *Friedrichs*, *Allg. Teil*, S. 252. *A. Merkl*, § 9. *Herrnritt*, § 6. *W. Jellinek*, S. 180 (*Literatur*), 191 f. *W. Burckhardt*, Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 69 f. *Hofacker*, Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen, 1926. *Hauriou*, Principes de Droit public, 1910, p. 540.

lich verpflichtet. Er hat m. a. W. die öffentliche Gewalt nach bestimmten Richtungen zugunsten des Bürgers auszuüben.³⁷ Als ein umfassendes subjektives Recht läßt sich daher auch der allgemeine Gesetzvollziehungsanspruch charakterisieren. Im eigentlichen Sinne sprechen wir jedoch von subjektiven Rechten nur in den Fällen, in denen das Gesetz an die Stelle dieses **a l l g e m e i n e n** Anspruchs eine Forderung auf eine genau abgegrenzte Leistung hat treten lassen. Ueberblickt man in Gesetzgebung und Praxis alle hier in Betracht fallenden Erscheinungen, so gewinnt man folgendes Bild:³⁸

Der Bürger besitzt ein Recht darauf, daß die öffentliche Verwaltung ihm bestimmte positive Leistungen gewähre. Hauptbeispiele: Die Ansprüche auf Bezüge und Zuwendungen finanzieller Art (Beamtengehalt, Pension, Krankengeld usw.); der Anspruch auf Erteilung des sog. Patentschutzes usw.; der allgemeine Rechtsschutzanspruch, der den Bürger mit der Befugnis ausstattet, die öffentliche Gerichtsgewalt zu seinen Gunsten in Bewegung zu setzen usw.³⁹

Die zweite Kategorie öffentlicher Rechte bilden die Ansprüche der Bürger auf Teilnahme an der Staatsgewalt. Man bezeichnet sie als „politische Rechte“: das Wahlrecht; das Recht, als Geschworener oder Schöffe tätig zu sein usw.

Die dritte Kategorie stellen die sog. individuellen Freiheitsrechte dar, d. h. Ansprüche der Bürger auf eine staatsgewaltfreie Sphäre: Glaubens- und Gewissensfreiheit, Gewerbefreiheit, Preßfreiheit, Vereinsfreiheit, Eigentumsfreiheit usw. Sie sind in den modernen Verfassungen der Kern der „Grundrechte“ der Bürger. Den Gegenstand der Gewährleistung bildet die verfassungsmäßige Zusage, der Staat dürfe diese Rechte und Rechtsgüter des Individuums nicht be-

³⁷ Mit Hilfe dieses Satzes rechtfertigt das Sächsische Oberverwaltungsgericht die Auffassung, daß ein Baugesetz auch subjektive öffentliche Rechte zugunsten der Nachbarn eines Baubewerbers begründen könne: es verleiht dem Berechtigten „dergestalt eine rechtliche Macht über die öffentliche Gewalt, daß er letztere behufs Schutzes seiner Interessen zum Einschreiten zwingen darf.“ Entscheidung v. 14. Okt. 1908 (Jahrbücher 13, S. 4 ff., insbes. S. 10). Vgl. auch oben Anm. 31.

³⁸ Ein abweichendes Einteilungsprinzip stellt K o r m a n n, Grundzüge, S. 915 ff. auf (Annalen des Deutschen Reichs, 1911).

³⁹ W a c h, Zivilprozeßrecht, I S. 19. J e l l i n e k, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 124. H e l l w i g, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, S. 291 ff. R o s e n b e r g, Lehrb. d. Deutschen Zivilprozeßrechts, 1927, S. 255 f.

schränken. Sie sind historisch hervorgegangen aus dem Versuch, die absolute Staatsgewalt mit Hilfe der Ideen des Naturrechts und der Aufklärung zu beschränken. Der moderne Verfassungsstaat hat diese „Grundrechte“ sodann organisch in das neue Verfassungsrecht hinübergeleitet. Diese Zusammenhänge sollen hier nicht weiter verfolgt werden.⁴⁰ Für das Verwaltungsrecht ist von Bedeutung, daß kein Freiheitsrecht unbeschränkt gewährleistet ist.⁴¹ Neben den Freiheitsrechten stehen andere Rechtsgüter, die der Staat in gleicher Weise zu schützen hat: die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sittlichkeit usf. Daran findet jedes Individualrecht seine Grenze. Jeder Bürger muß sich die Beschränkungen gefallen lassen, welche die Rücksicht auf diese anderen Rechtsgüter gebietet. Aber im Sinne des Rechtsstaates dürfen diese Beschränkungen nur auf Grund genereller Regeln des Gesetzes erfolgen.⁴²

Man verkennt jedoch die staatsrechtliche Bedeutung aller öffentlichen Individualrechte, wenn man glaubt, sie ausschließlich in dem individuellen Interesse der Bürger verankern zu können. Die verfassungsmäßigen Individualrechte stellen nicht bloß subjektive Rechte der Einzelnen dar. Ihr Inhalt bildet gleichzeitig einen Bestandteil der öffentlichen Rechtsordnung des Landes, ein Stück seiner Staatsauffassung.⁴³

Aus dieser Anschauung heraus ist die Beurteilung der Frage möglich, ob und wie weit ein Verzicht auf öffentliche Rechte

⁴⁰ Es sei verwiesen auf G. Meyer-Anschütz⁷, S. 953 f. und die dort zitierte Literatur. Stier-Somlo, Art. „Freiheitsrechte“ HWR. II 506; „Grund- und Freiheitsrechte“ im einzelnen, HWR III 50. Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 161 f. Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 158 f. (und dazu die Kritik von Rothenbücher, PrVBl. 49 (1928), S. 554).

⁴¹ Thoma, Grundrechte und Polizeigewalt (Festgabe f. d. PrOVG. 1925, S. 183 f.).

⁴² Das Recht der freien Meinungsäußerung ist gemäß RVerf. Art. 118 jedem Deutschen gewährleistet „innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze“. Allgemeine Gesetze sind diejenigen, die dem Schutze eines von der freien Meinungsäußerung unabhängigen Rechtsgutes dienen. Rothenbücher in dem Bericht f. d. Deutsche Staatsrechtslehrertagung von 1927 (München), Veröffentlichungen S. 20. Im Ergebnis übereinstimmend Smend, S. 51 f. Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 167. Vgl. auch Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, 334.

⁴³ Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 280. Rothenbücher, Recht der freien Meinungsäußerung, S. 11 (Veröffentl. d. Staatsrechtslehrertagung, Heft 4).

zulässig ist.⁴⁴ So sehr auch die einzelne Leistung das individuelle Interesse der einzelnen Bürger befriedigen mag, so bleibt sie doch stets ein Teilstück eines Gesamterfolges. Dieser Gesamterfolg aber wird vom Gesetze im Gemeininteresse angestrebt. Man mache sich nur klar, welche höheren Ziele der Gesetzgeber erreichen will, z. B. mit der Arbeiterversicherung oder der Gewährung von Beamtengehalt und -pension oder der Anerkennung der Gewerbefreiheit. Daraus folgt, daß grundsätzlich ein Verzicht auf ein öffentliches Recht unwirksam ist.⁴⁵ Wohl aber kann der Berechtigte von der Ausübung seines Rechts im einzelnen Falle absehen, sofern sein Recht nicht die Kehrseite einer Pflicht ist,⁴⁶ oder das Gesetz ausdrücklich auch diese Form des Verzichts ausgeschlossen hat.⁴⁷

⁴⁴ Radnitzky, *Parteiwillkür im öffentl. Recht*, 1888. Schönborn, *Studien zur Lehre vom Verzicht im öffentl. Recht*, 1908. L. Raggi, *Contributo alla dottrina delle rinuncie nel diritto pubblico*, 1914. Wassermann, *Der Verzicht auf subjekt. öffentl. Rechte* (ArchöfR. 28 [1912], S. 261). Presutti, *Istituz. di diritto amm.* I², p. 138. Jèze, *Principes de droit adm.* 14 suiv. W. Jellinek, 181 (Literatur), 205. — Ueber den Verzicht auf eine gewerbepolizeiliche Erlaubnis: Landmann-Rohmer, *GewO.* I², S. 633. Wach, *Hbch. d. Deutsch. Zivilprozeßrechts*, I S. 96. Rosenberg, *Lehrb. d. Deutsch. Zivilprozeßrechts*, S. 420.

⁴⁵ Daher ist ein allgemeiner Verzicht auf das Recht auf Gehalt, Pension, Armen- und Krankenunterstützung, Unfallentschädigung u. dgl. unwirksam. Kormann, *Rechtsgeschäftliche Staatsakte*, S. 311. Sächs. OVG. 10. Sept. 1906 (Jahrbücher Bd. 9, S. 249 und Wachler und Naundorff, *Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts* Bd. II, S. 54, Nr. 6). Für die Arbeiterversicherung: Reger 29, 555. Soergel, *Jahrbuch der Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht*, I S. 389, Nr. 141. RVO. § 139. — Gesetz und Gewohnheitsrecht können jedoch für bestimmte Fälle den Verzicht als zulässig erklären.

⁴⁶ So ist das Wählen eine staatliche Funktion (Bildung eines Staatsorgans). Das „Wahlrecht“ ist daher in erster Linie eine Wahlpflicht. Als subjektives Recht erscheint das Wählen nur darum, weil es dem Wahlberechtigten die Möglichkeit verschafft, durch die Erfüllung der Wahlpflicht einen Einfluß auf die Staatsgewalt auszuüben; dadurch wird der Wahlberechtigte vor den übrigen Staatsgenossen ausgezeichnet. Triepel, *Wahlrecht und Wahlpflicht*, 1900. Jellinek, *Allg. Staatslehre*, 3. Aufl., S. 422. Esmein, *Éléments de Droit constitutionnel*, 7 éd. (Néard), I p. 366. Spira, *Die Wahlpflicht*, 1909. Stier-Somlo, I 546. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 254. Daß gegen die Verletzung der Stimmpflicht keine Strafe angedroht ist, wie in Deutschland, ändert an dem Charakter der Wahlpflicht nichts. Fleiner, *Schweiz. Bundesstaatsrecht*, 304 f.

⁴⁷ Vgl. z. B. Reichsgesetz betr. die Entschädigung der Mitglieder des Reichstags v. 10. Juli 1920, § 6: „Ein Verzicht auf die Aufwandsentschädigung ist unzulässig. Der Anspruch auf freie Eisenbahnfahrt und auf Aufwands-

§ 13. Anspruchbegründende und pflichtbegründende Staatsakte.

I. Das Gesetz kann unmittelbar an einen bestimmten Tatbestand rechtliche Wirkungen anschließen. Auf diese Weise können auch öffentliche Ansprüche und öffentliche Pflichten **unmittelbar auf Grund des Gesetzes** entstehen, so daß zwischen Gesetz und Untertan nicht erst noch die Verwaltungsbehörde treten muß, um festzustellen, was der Einzelne dem Gesetze gemäß zu fordern hat oder was er schuldet. So hat der Hausbesitzer das Trottoir sofort nach Inkrafttreten des maßgebenden Ortsstatuts zu reinigen, er darf nicht warten, bis eine besondere Aufforderung an ihn ergeht; und umgekehrt erwirbt der Reichstagsabgeordnete das Recht auf die bestimmte Quote der Aufwandsentschädigung mit dem Eintritt in den Reichstag.

Von dieser Art sind auch die finanziellen Rückerstattungspflichten des öffentlichen Rechts. Wir denken vor allem an den Rückforderungsanspruch (*condictio indebiti*) und an die Geschäftsführung ohne Auftrag (*negotiorum gestio*). Es sind keine dem Privatrecht eigentümliche Institute.¹ Der Bürger, welcher dem Staat mehr geleistet, als er geschuldet hat, ist zur **öffentlich-rechtlichen Rückforderung** berechtigt.² Die Rückerstattungs-

entschädigung ist nicht übertragbar.“ Ebenso Preußische Verfassung vom 30. Nov. 1920, Art. 28, 41. — Die Möglichkeit zum Verzicht hört auf, sobald die Willenserklärung des Privaten über die Privatsphäre hinaus auf Einrichtungen des Staates wirkt, die der Gesetzgeber durch zwingende Rechtsvorschriften geordnet hat. Ein anschauliches Beispiel bildet das Recht der religiösen Kindererziehung. Vgl. RG. ü. d. religiöse Kindererziehung v. 15. Juli 1921 (JahrböfR. 13, 265), § 1: „Ueber die religiöse Erziehung eines Kindes bestimmt die freie Einigung der Eltern . . . Die Einigung ist jederzeit wider- ruflich und wird durch den Tod eines Ehegatten gelöst.“ § 4: „Verträge über die religiöse Erziehung eines Kindes sind ohne bürgerliche Wirkung.“ Für das schweiz. Recht: **Fleiner**, Schweiz. Bundesstaatsrecht, 331. Ueber die Stellung der katholischen Kirche: **Mario Singer**, Die gemischten Ehen nach dem Rechte der katholischen Kirche, 1927 (Zürch. Beiträge z. RWiss.. n. F., Heft 6).

¹ **Tezner**, Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht (ArchöfR. 9, S. 325 ff., 489 ff.). v. **Gehe**, Zur Frage der Anwendung der sog. Privatrechtstitel im öffentlichen Recht (Fischers Zft. Bd. 34, S. 269). **Manigk**, Art. „Rechtshandlungen“ HWR. IV 664 f. Vgl. auch oben § 4.

² **Glässing**, Das Recht der Rückforderung im Gebiet des deutschen öffentlichen Rechts (Hirths Annalen des Deutschen Reichs 1896). v. **Gehe**, in Fischers Zft. Bd. 34, S. 159 („Der Bereicherungsanspruch im öffentl. Recht“). **Göz**, Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, S. 162. **Morawitz**,

pflicht des Staates ist die notwendige Folge jeder Entscheidung oder Verfügung, welche feststellt, daß der Staat in einem bestimmten Falle seine Kompetenz zur Abgabenerhebung überschritten hat.³ Aehnlich verhält es sich mit der sog. öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag. Sie kommt vor zwischen Verbänden, welche öffentliche Verwaltung führen. Der Verband, der an Stelle eines andren Verbandes ein vom Gesetz diesem übertragenes Verwaltungsgeschäft besorgt, ist befugt, von dem verpflichteten Verbands Ersatz seiner Auslagen zu fordern. Der Ersatzanspruch folgt auch hier aus der Tatsache, daß der Geschäftsführer Verwaltungsangelegenheiten erledigt hat, zu deren Besorgung er nicht verpflichtet gewesen ist.⁴ Der Ausspruch ist nach öffentlichem Recht zu beurteilen.

Kondition publizist. Leistungen (Braunsch. Zft. f. RPl. 56, 1905, S. 2 f., 40 f.). Umgekehrt kann die Verwaltungsbehörde, welche einem Beamten zuviel Reisekosten ersetzt oder andere im öffentlichen Recht wurzelnde Beträge über das gesetzliche Maß hinaus gezahlt hat, das zuviel Geleistete mit der öffentlich-rechtlichen *condictio* zurückverlangen. K o r m a n n im PrVBl. 33, 778.

³ Gerhard Lassar, Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht, 1921. Eingehend ist der Erstattungsanspruch geregelt in der RAO. §§ 127 f.; gemäß § 227 ist der Rechtsweg für die Rückforderung ausgeschlossen. O. Bühler, Lehrbuch des Steuerrechts, I S. 236 f. W. Jellinek, 232. — Für den Bereich des Landesrechts s. EG. z. BGB. Art. 104; das EG hat „die landesgesetzlichen Vorschriften über den Anspruch auf Rückerstattung mit Unrecht erhobener öffentlicher Abgaben oder Kosten eines Verfahrens“ unberührt gelassen und dadurch der Landesgesetzgebung freie Hand gewährt zur öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Instituts. Vgl. dazu Niedner, Einführungsgesetz zum BGB., Erläuterung zu Artikel 104. — Ein Rückforderungsanspruch kann zustehen sowohl einer Korporation des öffentlichen Rechts gegen eine andre (z. B. Gemeinde gegen Staat), wie einem Privaten gegen eine öffentlich-rechtliche Korporation und umgekehrt. Jahrbücher des Sächs. OVG. 9, S. 236; 10, S. 58. RVO. §§ 1531 f. Der Dritte, der außerhalb des öffentlichen Rechtsverhältnisses steht, kann eine Bereicherungsklage nur nach den Grundsätzen des Zivilrechts anstrengen. Beispiele: Der Arzt, der einen armen Kranken freiwillig behandelt und vom Armenverband sein Honorar beansprucht (Jahrbücher des Sächs. OVG. 12, S. 310); der Bauunternehmer, der seinen Arbeiter aus eigener Initiative in eine Augenklinik verbringt und von der Ortskrankenkasse Ersatz verlangt. R e g e r 21, S. 166. Ueber den Ersatzanspruch des unterstützenden Fürsorgeverbandes gegen alimentationspflichtige Verwandte des Unterstützten vgl. V. ü. d. Fürsorgepflicht von 1924, §§ 21—23 und dazu die Erläuterungen von B a a t h.

⁴ W. Jellinek 233 bestreitet, daß eine nach öffentlichem

II. Die meisten öffentlich-rechtlichen Ansprüche und öffentlichen Pflichten empfangen jedoch ihre feste Gestalt erst durch eine Willenserklärung der Verwaltungsbehörde. Zwischen das Gesetz und den Untertan ist eine Verfügung der Verwaltungsbehörde eingeschoben. Anspruch und Pflicht beruhen dann nicht direkt auf dem Gesetz, sondern auf diesem Verwaltungsakt.⁵ Die Gründe, die den Gesetzgeber veranlassen, in dieser Weise eine Mitwirkung der Verwaltungsbehörde vorzuschreiben, können von der verschiedensten Art sein: es kann z. B. die Feststellung darüber, ob in einem bestimmten Fall die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Anspruch oder eine Pflicht des Bürgers vorhanden sind, von einer dem Ermessen der Verwaltungsbehörde anheimgegebenen Würdigung äußerer Tatumstände abhängen (man denke an die einzelnen polizeilichen Pflichten oder an den Anspruch auf Erteilung einer Polizeierlaubnis oder einer Wasserwerkkonzession u. a. m.); oder es kann

Recht zu beurteilende Geschäftsführung ohne Auftrag vorkomme. Richtig ist, daß der Ersatzanspruch des Fürsorgeverbandes, der vorläufig einem Hilfsbedürftigen Fürsorge gewährt und die Kosten von dem endgültig verpflichteten Fürsorgeverband zurückverlangt (V. ü. d. Fürsorgepflicht von 1924, § 14), auf Gesetz beruht. Wohl aber kommt eine echte negotiorum gestio öffentlichen Rechts im Fürsorgeverkehr zwischen schweiz. Kantonen vor. **Fleiner**, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 119. Vgl. auch **Meier**, ArchöffR. n. F. 11, 253.

⁵ **Otto Mayer**, I³, § 9. **Walter Jellinek**, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, 1908 und **Karl Kormann**, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1910. **Kormann**, Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts (Annalen des Deutschen Reichs 1912, S. 39 ff.). **Laband**, Staatsrecht, II⁵ S. 188 ff. **Thoma**, Der Polizeibefehl im Badischen Recht, I S. 59 ff. **Georg Meyer-Dochow**, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts⁴, § 11. **W. Jellinek**, Gesetz, Gesetzesanwendung, 1913, S. 201 f. **Tezner**, System der obrigkeitlichen Verwaltungsakte (Oesterr. ZtöffR. I 1914). **Schoen**, Enzykl. IV, S. 257 f. **Herrnritt**, S. 269 f. **Merkel**, S. 174 f. **W. Apelt**, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 1920, S. 74 f. **P. Andersen**, Ungültige Verwaltungsakte (aus dem Dänischen übersetzt von **Walther Pappenheim**), 1927. **O. Bühler**, Lehrb. d. Steuerrechts, I S. 323 f. **W. Jellinek**, S. 237 f. (mit eingehenden Literaturangaben). **Donato Donati**, Atto complesso, autorizzazione, approvazione (Archivio giuridico 71, p. 3). **Santi Romano**, Principii di diritto amministrativo italiano³, 1912, p. 51. **Presutti**, Istituzioni di diritto amm. italiano I², p. 152. **Silvio Trentin**, L'atto amministrativo, 1915. **Arnaldo de Valles**, La validità degli atti amministrativi, 1917. **Raggi**, Sull'atto amministrativo (Rivista di dir. pubbl. 9 [1917], p. 184). **Hauriou**, Précis de droit administratif, 11^e éd., p. 354. **Jèze**, Principes, 392. **Duguit**, Transformations, p. 152.

der Umfang einer finanziellen Leistungspflicht durch die Schätzung eines Vermögensobjektes bedingt sein.⁶ Eine Tätigkeit der Behörde ist aber weiter erforderlich in den Fällen, in denen eine unmittelbar vom Gesetz auferlegte Pflicht von einem Bürger nicht erfüllt worden ist. Hier hat die Behörde einzuschreiten, um das Gesetz zu vollziehen.⁷

1. Das vorzüglichste Mittel, dessen sich die Behörde zu den angegebenen Zwecken bedient, ist das einseitige Rechtsgeschäft des öffentlichen Rechtes, die **V e r f ü g u n g**.

Die Verfügung gehört zu den **V e r w a l t u n g s a k t e n i. w.** S.⁸ Unter einem Verwaltungsakt versteht man die Handlung einer **V e r w a l t u n g s b e h ö r d e**, im Gegensatz zu einem Akte der Justiz (gerichtliches Urteil usf.) oder der Gesetzgebung. Der Ausdruck „Verwaltungsakt“ umfaßt daher tatsächliche Handlungen, wie Handlungen juristischer (privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher) Natur. In einem engeren Sinn dagegen ist als Verwaltungsakt nur die mit obrigkeitlicher Autorität vorgenommene, auf einen rechtlichen Erfolg abzielende Handlung einer Verwaltungsbehörde

⁶ Ein anschauliches Beispiel liefern die Normen über die Steuererhebung. Der Erhebung der direkten Steuer (vgl. unten § 27) muß ein Verfahren vorausgehen, in dem der Umfang der Steuerpflicht des Pflichtigen festgesetzt wird. Sein Ergebnis ist die sog. Veranlagung; sie wird von der Behörde durch eine Verfügung festgestellt, welche dem einzelnen Pflichtigen zugestellt werden muß. Die Pflicht zur Bezahlung der indirekten Steuer dagegen schließt im allgemeinen unmittelbar an die **g e s e t z l i c h e** Steuerauflage an. Bei der Einziehung indirekter Steuern, die nach festen Sätzen erhoben werden (Hundesteuer usf.), bedarf es daher in der Regel keiner individuellen Feststellung des Umfangs der Steuerpflicht mehr. Eine Aufforderung zur Zahlung hat hier lediglich die Bedeutung einer Mahnung. PrOVG. Bd. 30, S. 104.

⁷ Der Hausbesitzer hat die Straße nicht gereinigt; infolgedessen ergeht an ihn eine Polizeiverfügung, die ihn zur Erfüllung seiner Reinigungspflicht auffordert.

⁸ Vgl. zum folgenden **K o r m a n n**, Rechtsgeschäftliche Staatsakte, S. 58 ff. Die RAO. v. 13. Dez. 1919 hat in ihren §§ 73—78 allgemeine Grundsätze über die Verfügungen in Reichssteuersachen aufgestellt, die sich an die in Wissenschaft und Praxis entwickelten Grundsätze über die Verwaltungsakte (Otto Mayer) anlehnen. **B e c k e r**, RAO.⁵ (1926), S. 154 f. **H e n s e l**, Steuerrecht², 1927, § 29 („Der Steuerverwaltungsakt und seine rechtliche Wirksamkeit“). **O. B ü h l e r**, Steuerrecht, I S. 324 f. In gleicher Weise gibt die Landesverwaltungsordnung für Thüringen v. 10. Juni 1926 eingehende und klare Regeln über die Verfügungen; auch sie schließen sich im allgemeinen an die bewährten Grundsätze der staatlichen Verwaltungspraxis an. Das Gesetz ist abgedruckt in der Sammlung von **R e u ß**, Thüring. VerwaltR., 1927, S. 40—81.

zu verstehen.⁹ Derartige Akte¹⁰ aber sind nicht bloß die noch näher zu besprechenden Gestaltungs- und Vollziehungsverfügungen, sondern auch die von den Verwaltungsbehörden zu treffenden Entscheidungen, die amtliche Feststellungen über Rechtsverhältnisse, Statusfragen usf. enthalten,¹¹ ferner die Rechtssprüche (Urteile), zu deren Fällung die Verwaltungsbehörde vom Gesetz berufen ist (oben § 2)¹² und endlich die amtlichen Mitteilungen und amtlichen Beurkundungen.¹³ Von den Entscheidungen, sowie den Mitteilungen

⁹ W. A p e l t , Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 1920, S. 70, 73, 95, 115, 123, 127 usf., bezeichnet, im Widerspruch zu der im Texte entwickelten Auffassung, auch die einseitigen Rechtsgeschäfte von Privaten, denen öffentlich-rechtliche Wirkung zukommt (Verzicht auf eine Schankerlaubnis oder eine Eisenbahnkonzession, Zustimmung zur Begründung einer öffentlichen Dienstpflicht usf.), als öffentlich-rechtliche nichtobrigkeitliche Rechtsgeschäfte.

¹⁰ Ueber den Inhalt der Verfügungen im allgemeinen: K o r m a n n , Rechtsgeschäftliche Staatsakte, S. 49 ff. W a l t e r J e l l i n e k , Gesetz, Gesetzesanwendung, S. 200 ff. A. M e r k l , 174 f. W e y r , Zur Lehre v. d. konstitutiven und deklaratorischen Akten (Oesterr. Zft. öff.R. III [1918], S. 490 f.

¹¹ Z. B. Defektenfeststellung nach Reichsbeamtenengesetz von 1907, §§ 134 ff. Entscheidung über die Gültigkeit einer Wahl, über die politische Stimmberechtigung eines Bürgers, Enteignungsverfügungen usf. B e r n a t z i k , Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1886, S. 8 ff. (über den Begriff der „Entscheidung“). — S a u e r l ä n d e r , Vom Wesen des Rechts (Leipz. Zft. f. deutsches Recht 1920, 315): „Die Handlungen können von zweierlei Art sein. Entweder sind sie auf Verwirklichung gerichtet (Handlungen i. e. S.) oder auf Erkenntnis des Wirklichen (Erkenntnisse).“ Auf diese Unterscheidung (Willensakte, Gestaltungsakte einerseits und Erkenntnisakte, Urteile andererseits) baut R o b e r t C o e s t e r , Die Rechtskraft der Staatsakte, 1927, sein System der obrigkeitlichen Staatsakte und seine Rechtskraftlehre auf; über die „Entscheidungen“ S. 20 f.

¹² Soweit den Verwaltungsbehörden Entscheidungsbefugnisse übertragen sind, kommt ihnen in der Form der Verfügungen erlassenen Entscheidungen (s. oben S. 17) und Urteilen materielle Rechtskraft zu. B e r n a t z i k , Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, S. 129 ff. K o r m a n n , Rechtsgeschäftliche Staatsakte, S. 65 ff. Jahrb. d. Sächs. OVG. 7, S. 102. Vgl. darüber oben § 2. Das spricht die Verfassung Württembergs v. 25. Sept. 1919 in § 40 aus. „Soweit die Behörden und Beamten Rechtsstreitigkeiten entscheiden, sind sie nur dem Gesetz unterworfen.“

¹³ Mögen sich die Beurkundungen auf die Feststellung von Tatsachen beziehen oder auf die Bescheinigung, daß ein Rechtsverhältnis gewisser Art besteht oder daß eine Behörde eine bestimmte Zuständigkeit besitzt u. dgl. Gleichgültig ist, ob es sich dabei um Eintragungen in öffentliche Bücher (Geburts-, Sterberegister usf.) handelt oder um selbständige Urkunden. Vgl.

und Beurkundungen der Verwaltungsbehörden ist jedoch in diesem Zusammenhang nicht weiter zu reden. Uns interessieren hier allein die obrigkeitlichen Verfügungen rechtsgeschäftlicher Natur, d. h. die Verfügungen, die auf Begründung, Abänderung oder Aufhebung eines öffentlichen Rechtsverhältnisses zwischen der öffentlichen Verwaltung und dem Untertan abzielen.¹⁴ Jede Verfügung enthält eine obrigkeitliche Willenserklärung einer Behörde, wie das Gesetz und die Verordnung. Aber während Gesetz und Verordnung Rechtsregeln aufstellen, begründet die Verfügung ein Rechtsverhältnis.

Den Verfügungen kommt entweder die Aufgabe zu, die allgemeinen Untertanenpflichten gegenüber Ungehorsamen zur Geltung zu bringen oder aber die Aufgabe, die gesetzlichen Anordnungen, zu deren Vollziehung von Haus aus eine Mitwirkung der Behörde erforderlich ist, in bestimmte individuell abgegrenzte öffentliche

über Mitteilungen und Beurkundungen: K o r m a n n, Rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 22, 124 ff., 129 ff. Der juristische Wert der amtlichen Beurkundung liegt in ihrer erhöhten Glaubwürdigkeit. Aber andererseits wirkt sie nur sofern und nur soweit sie richtig ist; sie ist reines Beweismittel. Darum erwachsen Beschlüsse der Amtsgerichte über Berichtigungen der Personenstandsregister (FGG. §§ 69 f.) nicht in materielle Rechtskraft. Urteil des preuß. Kammergerichts v. 8. März 1906 (R e g e r 27, 154; 32, 339).

¹⁴ O t t o M a y e r, I³ S. 93 ff., bezeichnet diese Verfügungen der Verwaltungsbehörden als Verwaltungsakte, Nach Mayer ist ein Verwaltungsakt „ein der Verwaltung zugehöriger, obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Untertan im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll“. Der Mayer'schen Terminologie und Auffassung folgt das Sächs. Oberverwaltungsgericht. — Den Gegensatz von Verwaltungsakt und Urteil charakterisiert D u g u i t, *Traité de Droit const.* I², p. 194: „L'acte administratif est la création d'une situation de droit“, p. 263: „Juger c'est constater soit l'existence d'une règle de droit, soit l'existence d'une situation de droit.“ — Ein neues Anwendungsgebiet für den Verwaltungsakt (Verfügung) hat das neue deutsche Arbeitsrecht geschaffen. So enthält die Verbindlichkeitserklärung eines von einer Partei nicht angenommenen Schiedsspruchs im Schlichtungsverfahren betr. Abschluß einer Gesamtvereinbarung (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung) zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern (V. ü. d. Schlichtungswesen v. 30. Okt. 1923) eine obrigkeitliche Verfügung des Schlichters; das Vertragsverhältnis entsteht durch den staatlichen Hoheitsakt. J a c o b i, Arbeitsrecht, S. 413 f. S t i e r - S o m l o, Art. „Schlichtungswesen“ HWR. V 337. N i p p e r d e y, Beiträge zum Tarifrecht, S. 102 f., bezeichnet die Verbindlichkeitserklärung des Schiedsspruchs als einen „öffentlich-rechtlichen konstitutiven Verwaltungsakt mit privatrechtlicher Wirkung“. Vgl. auch JW. 1926, 815. Abweichend: K a s k e l, Arbeitsrecht², 1928, S. 368 f. — Vgl. ferner A r n d t, Kartellrechtliche Verwaltungsakte (ArchöfR. n. F. 11, 192).

Pflichten oder Ansprüche der Bürger gegen Staat oder Gemeinde auszuprägen.¹⁵ Nach ihrer Zweckbestimmung sind daher die Verfügungen zu scheiden in **Vollziehungsverfügungen** und **Gestaltungsverfügungen**.¹⁶ In den Gestaltungsverfügungen kommt der ganze Reichtum der schöpferischen Tätigkeit der Verwaltungsbehörden zum Ausdruck.¹⁷ Diese Verfügungen nach ihrem Inhalte gliedern, hieße, das ganze weite Gebiet der Verwaltung durchwandern. Von ihnen sind den vorhin erwähnten Beurkundungen nahe verwandt diejenigen Verfügungen, welche konkrete Tatsachen und Verhältnisse mit rechtsverbindlicher Wirkung feststellen (Steuerveranlagung, Planfeststellung und Plangenehmigung u. a. m.), während auf der anderen Seite gegen die Vollziehungsverfügungen hin das Gebiet abgesteckt wird durch die Befehle, welche Einzelnen konkrete öffentliche Verpflichtungen auferlegen (Ausweisung eines Ausländers, Auflösung einer Versammlung u. dgl.). Innerhalb dieses weiten Bereiches sind von besonderer praktischer Bedeutung die konstitutiven Verfügungen, durch welche Einzelnen bestimmte Rechte verliehen (Eisenbahnkonzessionen, Sondernutzungsrechte usf.) oder Erlaubnisse erteilt werden (Polizeierlaubnis u. dgl.). Im Gegensatz zu Gesetz und Verordnung ordnet die Verfügung stets den praktisch gewordenen Einzelfall oder eine Summe konkreter Einzelfälle.¹⁸ Sie ist an eine bestimmte Einzelperson oder an die unbe-

¹⁵ Darum muß jede Verfügung genau bestimmen, was Rechtens ist zwischen der Verwaltung und dem Untertan, was die Behörde vom Bürger verlangt usf. Eine polizeiliche Verfügung, die dem Bürger lediglich befiehlt, „den polizeigemäßen Zustand herzustellen“, oder „ordnungsmäßig die Straße zu regulieren“, oder „Vorkehrungen zu treffen, daß die Nachbarn nicht in ihrer Ruhe gestört werden“, ist ungültig; ebenso eine Verfügung des Inhalts, „es ist Ihre Sache, geeignete weitere Maßnahmen zur völligen Beseitigung des bezeichneten polizeilichen Mißstandes zu ergreifen“ u. a. m. PrOVG. 28, 389; PrVBl. 32, 383; 34, 208. Jahrbuch d. Verwaltungsrechts V 2, S. 339. KammerG. 10. Juli 1927 (PrVBl. 49, 138): Unwirksamkeit wegen unklarer Bezeichnung des Reinigungspflichtigen. W. Jellinek, Gesetz und Gesetzesanwendung, S. 227. VerwR. 413. Andersen, Ungültige Verwaltungsakte, S. 366 f.

¹⁶ Der vorgeschlagene Ausdruck „Gestaltungsverfügung“ lehnt sich sprachlich (aber nicht sachlich) an den von Seckel geprägten Terminus „Gestaltungsrecht“ an (Seckel in der Festgabe der Berliner Jurist. Gesellschaft für Koch, 1903).

¹⁷ Eine eingehende Gliederung und Besprechung der einzelnen Arten bei K o r m a n n, Rechtsgeschäftliche Staatsakte, S. 58 ff.

¹⁸ PrOVG. Bd. 49, S. 369.

schränkte Zahl der Einzelnen gerichtet, die an dem von der Verfügung betroffenen Tatbestande beteiligt sind.¹⁹

Als publizistisches Rechtsgeschäft bietet die Verfügung auch Raum für **N e b e n b e s t i m m u n g e n**: Bedingung, Auflage, Befristung.²⁰ Von einer Bedingung sprechen wir dann, wenn über den gesetzlichen Inhalt hinaus der Verfügung ein weiteres Erfordernis beigefügt ist, demzufolge die Verfügung von der Erfüllung dieses Erfordernisses an erst wirken oder nicht mehr wirken soll (aufschiebende —, suspensive Bedingung; auflösende —, resolutive Bedingung).²¹ Im Gegensatz dazu bezweckt die Auflage, die Erfüllung bestimmter Pflichten bei der Ausübung einer Tätigkeit vorzuschreiben. Sie berührt den Bestand des Rechtsgeschäftes nicht; sie enthält eine selbständige, mit dem in der Verfügung verkörperten Rechtsgeschäft äußerlich verbundene Anordnung.²² Die Befristung endlich fügt der Verfügung eine zeitliche Beschränkung bei.²³ Die

¹⁹ So ist nach dem Reichsvereinsgesetz v. 19. April 1908, §§ 13, 14, die Verfügung des Polizeibeamten, der eine Versammlung auflöst, an alle Teilnehmer der Versammlung gerichtet. Ebenso ermächtigt das Gesetz betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten v. 30. Juni 1900, §§ 14, 15, die Behörden, zur Bekämpfung von Seuchen allgemeine Verfügungen zu erlassen, die sich an ganze Personenklassen richten.

²⁰ K o r m a n n, Rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 135 ff., 150, 165 ff. A n d e r s e n, Ungültige Verwaltungsakte, S. 339 f. K a r l S u l s e r, Bedingung und Auflage; ein Beitrag z. allg. Teil des Verwaltungsrechts, 1919 (Zürcher Beiträge z. RWiss., Heft 76).

²¹ Echte aufschiebende Bedingungen sind in Verfügungen des öffentlichen Rechts nichts Regelmäßiges. Auf einen schönen Fall macht K o r m a n n, Rechtsgeschäftliche Staatsakte, S. 143, aufmerksam: Die Kriegsbeorderung enthielt den bedingten Befehl an den Militärflichtigen, sich am Mobilmachungstag bei einem bestimmten Regiment zu melden. — Auflösende Bedingung: Dem Bauherrn ist in der Bauerlaubnis die Bedingung auferlegt worden, bis Ende des Jahres die Kanalleitung auf seine Kosten herzustellen; er kommt dem nicht nach und damit ist die Bauerlaubnis ipso jure hinfällig geworden. PrOVG. 27. April 1911 (Entsch. Bd. 59, S. 277).

²² Die meisten den Polizeierlaubnissen beigefügten „Bedingungen“ sind in Wahrheit Auflagen: Die gewerbepolizeiliche Bewilligung wird erteilt unter der „Bedingung“, daß der Fabrikherr noch bestimmte Schutzvorrichtungen u. dgl. anbringt; der Baukonsens wird erteilt unter der „Bedingung“, daß der Bauherr die Kamäne anders anlegt usf. N e b i n g e r, Die polizeilichen Auflagen (Württ. Zft. f. RPfl. 19, S. 81).

²³ Beispiele: Die Privatschule darf vom 1. Oktober ab betrieben werden; die Schankkonzession wird erteilt für die Dauer des Bahnbaues usw. Ueber die sog. „Verheirathungsklausel“ bei der Anstellung von Lehrerinnen („Anstellung bis zur Verheirathung“): F r i e b e im PrVBl. 45, S. 162 und 185

erwähnten Nebenbestimmungen spielen eine besondere Rolle bei der Erteilung der Polizeierlaubnis (siehe unten § 25) und bei der Verleihung von Sonderrechten (siehe unten §§ 20, 23). Hier kann insbesondere im einzelnen Falle zweifelhaft werden, ob eine von der Behörde unter dem Namen einer „Bedingung“, z. B. Baubedingung, beigefügte Klausel eine echte aufschiebende Bedingung oder eine Auflage enthält. Die Unterscheidung ist von großer praktischer Bedeutung. Die echte aufschiebende Bedingung hält das Geschäft in der Schwebe; wird sie vom Pflichtigen nicht erfüllt, so gilt die Erlaubnis nicht als erteilt. Die Nichterfüllung der Auflage dagegen erschüttert den Bestand des trotzdem ins Werk gesetzten Unternehmens nicht. Sie gibt lediglich der Behörde den Anlaß, mit Zwang und Strafe gegen den Pflichtigen vorzugehen, um ihn zur Erfüllung der Auflage anzuhalten.²⁴ Ob einer Verfügung eine Nebenbestimmung beigefügt werden darf, hängt davon ab, ob und wieviel bei der Ausgestaltung ihres Inhalts der Behörde ein freies Ermessen zusteht. Sind Voraussetzung und Inhalt der Verfügung vom Gesetz nach allen Seiten fest und scharf umschrieben, so ist kein Raum für Nebenbestimmungen.²⁵ Ist dagegen für das freie Ermessen der Behörde ein gewisser Spielraum vorhanden, so dürfen in der Form von Nebenbestimmungen alle jene — und nur jene — Anforderungen beigefügt werden, welche dazu dienen, das für Verfügungen dieser Art maßgebende öffentliche Interesse zur Geltung zu bringen.²⁶ Ob daher einer Verfügung Nebenbestimmungen überhaupt zugefügt werden dürfen und in welchem Umfange dies als zulässig erscheint, ist für jedes einzelne Institut besonders zu prüfen²⁷ und dabei ist

Gemäß RVerf. Art. 109 Abs. 2; 128 Abs. 2 nunmehr unzulässig, PrVBl. 43, S. 105. RGerZ. 102, S. 146.

²⁴ Ueber den Unterschied von Bedingung und Auflage: ProVG. 27. April 1911 (Entsch. Bd. 59, S. 277). Wittmack, Wie sind die Beteiligten für die Nichtbefolgung von „Baubedingungen“ verantwortlich zu machen? (Fischers Zft. Bd. 41, 277). Korman, Rechtsgeschäftliche Staatsakte, S. 139 ff.

²⁵ Das trifft z. B. zu bei der Verleihung der Staatsangehörigkeit an einen Ausländer; bei der Entlassung aus der Staatsangehörigkeit auf Antrag usw.; sog. „Actus legitimi“.

²⁶ Anforderungen feuerpolizeilicher Natur bei der Erteilung einer Schank-erlaubnis u. a. m.

²⁷ Z. B. dürfen nach GewO. § 40 die gewerbepolizeilichen Genehmigungen und Approbationen nicht auf Zeit erteilt werden. Unzulässig ist es ferner, einer gewerbepolizeilichen Erlaubnis Bedingungen oder Auflagen beizufügen, die entweder nicht Rücksichten der Gewerbepolizei entstammen oder Momente

jeweilen besonders zu untersuchen, ob die Beifügung einer unzulässigen Nebenbestimmung (Bedingung oder Befristung) die ganze Verfügung ungültig macht oder nur die Streichung der unzulässigen Klausel nach sich zieht.

a) Jede Verfügung ist nur rechtsbeständig, wenn sie in einem gültigen Rechtssatz verankert und vom zuständigen Organ innerhalb seiner Kompetenz erlassen worden ist.²⁸ Auch ihr Inhalt muß mit dem Gesetze im Einklang stehen und zweckmäßig sein. Gleichgültig ist, ob das Gesetz der Behörde den Inhalt der Verfügung genau vorgezeichnet, oder ob es ihr Spielraum für ein weitgehendes freies Ermessen gelassen hat.²⁹ Die Verfügung muß nach allen diesen Richtungen einen Rückhalt am Gesetze besitzen und kann daher

zu Geltung bringen, die dem Gesetz fremd sind. Bayr. Oberstes L. Ger. in Strafs. 26. März 1912: die Anordnung einer Schankkonzession, daß der Wirt entlang der Front des Hauses ein Trottoir anlegen müsse, ist unzulässig (Reger 33, 27). Kgl. Sächs. OVG. 17. März 1911: Unzulässig ist die Bedingung in einer Schankkonzession, daß die Wirtin ihren — „einwandfreien“ — Mann weder vor noch nach der Verheiratung in ihrem Schankbetrieb beschäftigen dürfe (Jahrbücher Bd. 17, 37). Vgl. zur ganzen Lehre: Landmann-Rohmer, GewO. I⁸, S. 405 f. Baltz-Fischer, Preuß. Baupolizeirecht⁵, S. 232 f.

²⁸ Ueber Staatsakte von Nichtbeamten und gesetzwidrig besetzten Kollegien: Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte, 290 f. Andersen, Ungültige Verwaltungsakte, S. 380 f. W. Jellinek, 263 f. Nach strengen Rechtsgrundsätzen ist der Akt eines Nicht-Beamten wie der eines gesetzwidrig zusammengesetzten Organs nichtig. Denn singulärer Natur ist die Vorschrift des BGB. § 1319, wonach es beim Mann, vor dem die Eheschließung vor sich geht, genügt, daß er „ohne Standesbeamter zu sein, das Amt eines Standesbeamten öffentlich ausübt, es sei denn, daß die Verlobten den Mangel der amtlichen Befugnis bei der Eheschließung kennen“. Aber mit Recht macht Hippel, Fehlerhafte Staatsakte, S. 66 f., darauf aufmerksam, daß man rein teleologisch, aus praktischen Rücksichten, in den erwähnten Fällen geneigt ist, bloße Vernichtbarkeit (Anfechtbarkeit) des fehlerhaften Aktes anzunehmen und der Aufhebung Wirkungen nur ex nunc, pro futuro zuzuschreiben. Das französische Recht und die italienische Rechtswissenschaft stellen bei der Behandlung der Akte von „fonctionnaires de fait“ ganz auf praktische Erwägungen ab. Alfredo Agostinelli, Il possesso e il funzionario di fatto, 1925 (und dazu die Kritik von G. Borghi, Rivista di diritto pubblico, 1926, I 139).

²⁹ Vgl. z. B. die bekannte allgemeine Ermächtigung an die Adresse der preußischen Polizeibehörden im Allgemeinen Preußischen Landrecht II, Titel 17, § 10: „Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung, und für Abwendung der dem Publiko oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizei.“ D r e w s , Preuß. Polizeirecht, S. 6 f., 55 f.

vom betroffenen Bürger wegen Gesetzeswidrigkeit und wegen Unzweckmäßigkeit angefochten werden.³⁰

Die Gesetze schreiben im Einzelnen vor, in welcher Form die verschiedenen Arten der Verfügungen zu erlassen sind: ob Schriftlichkeit erforderlich ist oder ob mündliche Mitteilung genügt. Es kann sogar die Gesetzesform vorgeschrieben sein; dadurch soll der Volksvertretung die Zustimmung zu der betreffenden Verfügung vorbehalten werden.³¹ Die Regel bildet die Schriftlichkeit; der Grundsatz entspricht dem Wesen des obrigkeitlichen Aktes und den Anforderungen der Rechtssicherheit.³² Aber eine allgemeine Regel der Schriftlichkeit besteht für den Verwaltungsakt nicht wie für das gerichtliche Urteil. Soweit daher weder durch Gesetz, noch

³⁰ Die Frage, ob eine Verfügung rechtlich unbegründet oder bloß unzulässig ist, wird von großer Bedeutung für die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Im allgemeinen erstreckt sich die Aufgabe der Verwaltungsgerichte lediglich darauf, rechtswidrige Verfügungen aufzuheben. Die Abänderung einer unzulässigen Verfügung ist dagegen ausschließlich Sache der höheren Verwaltungsbehörde (vgl. unten § 15).

³¹ Erteilung einer Eisenbahnkonzession in Gesetzesform: RVerf. Art. 94 Abs. 2. Ueber den gegenwärtigen Rechtszustand: Reichsbahnges. von 1924 § 10 und Fritsch, Deutsches Eisenbahnrecht, S. 63 f. — Ueber die Verwendung der Form des Gesetzes und des allgemein verbindlichen Bundesbeschlusses für Verwaltungsakte in der Schweiz: Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 390 f. H. Seeger, Zur Lehre vom formellen und materiellen Gesetz im schweiz. Bundesstaatsrecht (Zft. f. schweiz. Recht, n. F. 45 [1926], S. 1 f.).

³² Daraus ergibt sich die grundsätzliche Unzulässigkeit von stillschweigenden Willenserklärungen. Denn diese passen an sich schon zum obrigkeitlichen Akt wie die Faust aufs Auge. A p e l t, Verwaltungsrechtl. Vertrag, 33, 36. Ueberdies geht den stillschweigenden Willenserklärungen nicht jenes gesetzliche Verfahren voraus, das eine Gewähr für die Richtigkeit des Willensentschlusses der Behörde bildet. Sächs. OVG. 9. Jan. 1909 (DJZ. XV 89). Anderer Meinung: K o r m a n n, Rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 175 und die von K. zitierte herrschende Ansicht in der Judikatur. Diese hat es sogar fertig gebracht, von „stillschweigenden Beamtenernennungen“ zu reden. Vgl. zu der ganzen Streitfrage: P r e u ß, Städt. Amtsrecht in Preußen, S. 387 ff. Vgl. auch S i l v i o T r e n t i n, La manifestazione di volontà della pubblica amministrazione, 1914. — Die bayrische Regierung hat im Jahre 1890 den Altkatholiken gegenüber behauptet, es sei möglich, einen des Plazets bedürftigen Akt des Papstes nicht bloß ausdrücklich, sondern auch „tatsächlich“ zu plazetieren, nämlich durch konkludente Handlungen (Arch. f. kath. Kirchenrecht Bd. 64, S. 446). Aber es ist zuzugeben, daß ausnahmsweise in dem Stillschweigen der Behörde zu einem faktischen Zustand eine stillschweigende Genehmigung liegen kann, z. B. die schweigende Zustimmung zur Widmung eines Weges für den Gemeingebrauch u. a. m. W. J e l l i n e k, S. 262—263.

durch Geschäftsgebrauch etwas Besonderes bestimmt ist, darf sich die verfügende Behörde jeder für die konkrete Anordnung geeigneten Form bedienen.³³ Ebenso ist eine Mitteilung der Gründe, von denen sich die Behörde bei ihrer Verfügung hat leiten lassen, unerlässlich nur in den Fällen, in denen Gesetz und Geschäftsgebrauch dies vorsehen.³⁴

Jede Verfügung ist dem Betroffenen kundzumachen.³⁵ In welcher Form diese **K u n d m a c h u n g** (Eröffnung) zu erfolgen hat, hängt von der Natur der Verfügung ab. So sind individuell abgestufte Befehle der öffentlichen Verwaltung jedem Pflichtigen besonders — und zwar in der Regel durch Zustellung eines Schriftsatzes³⁶ — mitzuteilen, während bei den an eine unbegrenzte Personenzahl gerichteten Verfügungen öffentliche Bekanntmachung auszureichen pflegt.³⁷ Die Verfügung bedarf als einseitiges Rechtsgeschäft der Annahme des Bürgers nicht, an den sie sich richtet. Sie besitzt ihren Rückhalt allein am Gesetz. Sie ist empfangs-, aber nicht annahmebedürftig. Den Charakter des einseitigen Rechtsgeschäfts büßen auch die Verfügungen nicht ein, die begriffsmäßig oder gemäß gesetzlicher Vorschrift nur auf Antrag des Privaten erlassen werden dürfen; es sei z. B. an die Erteilung einer Polizeierlaubnis erinnert.

³³ Das gilt ganz besonders für die an die Allgemeinheit, das Publikum, gerichteten Verfügungen: Tafel mit Aufschrift: „Das Baden an dieser Stelle ist polizeilich verboten“, „Straße polizeilich gesperrt“, „Rechts fahren“, u. dgl. Hieher gehören die durch die Beamten der Straßenpolizei erlassenen Verfügungen durch Armaufheben: Haltgebot, Anweisung der Fahrrichtung usw. **D r e w s**, Preuß. Polizeirecht, S. 62.

³⁴ Ueber den Begründungszwang bei polizeilichen Verfügungen, welche den Bürger individuell belasten usf. **PrOVG.** 58, 407. **W. Jellinek**, Gesetz, Gesetzesanwendung, S. 233 f.

³⁵ **K o r m a n n**, Die Zustellung von Verwaltungsakten an den falschen Adressaten (**VerwArch.** 19, 166 f.).

³⁶ Doch kommt auch öffentliches Auflegen einer „Hebeliste“ vor. **RAO.** § 73. Es sei ferner erinnert an die öffentlich auszulegenden Wählerlisten, welche die Wahlberechtigten (für die Reichstagswahlen) aufführen. **Reichswahlgesetz** v. 6. März 1924, §§ 11—13.

³⁷ Sehr lehrreich ist in dieser Beziehung das Urteil des **PrOVG.** v. 28. Nov. 1896 über die Erhebung der Hundesteuer (**Entsch.** Bd. 30, S. 110). — Als Zustellungsform kann auch die mündliche Eröffnung genügen; dies trifft z. B. bei der Auflösung einer öffentlichen Versammlung zu (**Reichsvereinsgesetz** § 14). Ausnahmsweise ist auch Kundmachung durch konkludente Handlungen zulässig (Straßensperrung usw.). Ueber die Frage der Empfangs-

Der Schein eines zweiseitigen Rechtsgeschäftes entsteht dagegen in allen den Fällen, in denen von Gesetzes wegen die Gültigkeit einer von der Behörde erlassenen Verfügung von der vorgängigen oder nachfolgenden Einwilligung des Betroffenen abhängig ist.³⁸ So kann im allgemeinen das Beamtenverhältnis nur begründet werden mit Einwilligung des Betroffenen; die Einbürgerung des Ausländers und die Entlassung aus der Staatsangehörigkeit sind regelmäßig abhängig von dem Antrag des Bürgers, und der Eisenbahnkonzessionär erklärt seine Zustimmung zu dem in der Eisenbahnkonzession festgesetzten Rückkaufsrecht durch vorbehaltlose Annahme der Konzessionsurkunde. Liegt in solchen Fällen nicht Willenseinigung zwischen Staat und Bürger, also Vertrag, vor? Eine weitverbreitete Meinung bejaht die Frage; sie erblickt in den aufgezählten Beispielen öffentlich-rechtliche Verträge.³⁹ Sie hat ihre Auffassung insbesondere an der Lehre von der Begründung des Beamtenverhältnisses entwickelt. Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigespflichtet werden.⁴⁰ Die Anstellung des Beamten wie die Einbürgerung des Ausländers kommt durch eine einseitige Verfügung der Behörde zustande, aber durch eine *V e r f ü g u n g*, die von der Behörde nur erlassen werden darf mit *Z u s t i m m u n g* *d e s b e t r o f f e n e n B ü r g e r s*. Die Zustimmung des Bürgers — die auch in seinem Antrag enthalten sein kann — bildet mit andern Worten eine gesetzliche Voraussetzung (*condicio iuris*) für die Rechtsgültigkeit der Verfügung. Die Einseitigkeit des ganzen rechtlichen Vorgangs wird in helles Licht gerückt, so oft die Staatsangehörigkeit dem Ausländer ohne Rücksicht auf seine Einwilligung infolge Anstellung verliehen oder ein Privater gemäß

bedürftigkeit der Verfügungen: *K o r m a n n*, Rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 184 ff.

³⁸ Ist die Rechtsgültigkeit der Verfügung abhängig von der Zustimmung einer Privatperson, so gewinnt die Frage nach der Geschäftsfähigkeit dieser Person Bedeutung auch für das Verwaltungsrecht. Vgl. darüber *M e i e r*, ArchöffR. n. F. 11, 267 und unten S. 207. (Ungültigkeit wegen Willensmängeln).

³⁹ *L a b a n d*, Staatsrecht, I⁵ S. 446 ff. und ArchöffR. 18, S. 72.

⁴⁰ Die in den folgenden Ausführungen des Textes vertretene Auffassung deckt sich im wesentlichen mit derjenigen von *O t t o M a y e r*, *A n s c h ü t z* u. a. m. Die Ansichten der Schriftsteller stellt zusammen: *G e o r g M e y e r - A n s c h ü t z*, S. 248, 575 f. Gegen sie wird vom Standpunkt der „Rechtslogik“ aus Widerspruch erhoben von *K e l s e n*, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft (ArchöffR. 31, S. 225 f.).

gesetzlichen Amtszwanges genötigt wird, Beamter zu werden. Und doch unterscheidet sich dieser Vorgang weder in der äußeren Form, noch in seiner juristischen Natur und seinen Rechtsfolgen von den oben besprochenen Erscheinungen.⁴¹ Der Vertrag setzt Gleichordnung der Parteien voraus. Raum für den Vertrag ist infolgedessen nur dort, wo für die Herbeiführung eines bestimmten Rechtserfolges von Gesetzes wegen der Wille einer jeden der beiden Parteien von gleichem juristischem Wert ist. Dies trifft jedoch in den genannten Erscheinungen nicht zu. Bei der Begründung des Beamtenverhältnisses, der Einbürgerung des Ausländers, dem Eisenbahnrückkauf usw. bleibt der Staatswille der überragende Wille. Der Staat (oder die Gemeinde) allein hat die Macht, einen Beamten zu ernennen, einen Ausländer in den Staatsverband aufzunehmen usf. Das tritt schon in der äußeren Form dieser Rechtsgeschäfte in die Erscheinung: in der einseitigen Ernennung des Beamten durch das Staatsoberhaupt, der einseitigen Verleihung der Staatsangehörigkeit durch die Verwaltungsbehörde, der einseitigen Anordnung und Durchführung des konzessionsmäßigen Eisenbahnrückkaufs.⁴² Trotzdem bei den besprochenen Gestaltungen die Zustimmung des Privaten wesentlicher Bestandteil des Geschäfts ist, deren Fehlen den ganzen Akt ungültig macht, bleibt dieser eine einseitige Verfügung.⁴³ Es verhält sich damit nicht anders als mit den oben S. 192 erwähnten Verfügungen, die auf Unterwerfung des Betroffenen hin ergehen.

Diesen Erwägungen hat sich eine neue Theorie vom zweiseitigen

⁴¹ Vgl. dazu insbesondere: Hugo Preuß, Das städtische Amtsrecht in Preußen, 1902, S. 77 ff.

⁴² Einen interessanten Beleg liefert das schweizerische Bundesgesetz v. 15. Okt. 1897, betr. die Erwerbung und den Betrieb von Eisenbahnen für Rechnung des Bundes (Eisenbahnrückkaufgesetz). Es hat die Bundesbehörde ermächtigt, die Hauptbahnen, welche Aktiengesellschaften gehören, für den Bund zu erwerben, und zwar entweder auf dem Weg des konzessionsmäßigen Rückkaufs oder auf dem Weg des freihändigen Kaufs durch privatrechtlichen Vertrag. Der schweizerische Bundesgesetzgeber hat somit scharf zwischen den zwei im Text erwähnten Rechtsformen unterschieden. Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 469 f.

⁴³ Kormann, Rechtsgeschäftliche Staatsakte, S. 94. Die Zustimmung des betroffenen Untertans beruht auf einem einseitigen Rechtsgeschäft. Otto Hirsch, Baulasten, S. 45 ff. S. auch oben S. 155. Gegen diese juristische Konstruktion wendet sich mit besonderer Energie der Hauptvertreter der Vertragstheorie, Laband, im ArchöffR. 18, S. 73 ff.; Staatsrecht I⁵ S. 447 (daselbst S. 447 Anm. 1 und S. 448 Anm. 3 ein Verzeichnis der Anhänger und Gegner der Vertragstheorie).

Verwaltungsakt nicht verschlossen. Sie sucht ein Element der Vertragslehre mit dem Begriffe der öffentlich-rechtlichen Verfügung zu verbinden. Der zweiseitige Verwaltungsakt, so behauptet Walter Jellinek,⁴⁴ besteht aus zwei ungleichen Stücken: einer privaten Willenserklärung des Einzelnen und der öffentlich-rechtlichen Willenserklärung des Staates. Fehle die private Willenserklärung, so sei der ganze Verwaltungsakt unwirksam. Das Ergebnis ist richtig (s. unten S. 204), aber es wird auf einem falschen Wege erreicht. Um der vom Gesetze geforderten Mitwirkung des Privaten willen wird die Einheitlichkeit der Verfügung zerrissen. Es wird verkannt, daß dem unbestreitbaren praktischen Bedürfnis, welchem die Theorie vom zweiseitigen Verwaltungsakt dienen will, durch einen sinngemäßen Ausbau der Lehre von der Ungültigkeit der Verwaltungsakte genügt werden kann — einer Lehre, die den Rahmen der Verfügung als eines einseitigen Rechtsgeschäftes nicht sprengt, sondern erweitert (s. unten S. 204).

b) Die Verfügungen der Verwaltungsbehörden enthalten herrschaftliche, obrigkeitliche Anordnungen, die für konkrete Einzelfälle ergehen, wie die Gerichtsurteile. Es entsteht daher die Frage, ob ihnen dieselbe Verbindlichkeit zukommt, wie den Gerichtsurteilen.⁴⁵

⁴⁴ Walter Jellinek, Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung (in Festgabe f. d. PrOVG., 1925, S. 84 f.); VerwR. S. 242. Jellineks Lehre stimmen u. a. zu Hans Peters im Hbch. von Hue de Grais³⁴, 1927, S. 8. Wolrad Schwertfeger, Die Theorie der Beamtenanstellung unter besonderer Berücksichtigung der Lehre vom zweiseitigen Verwaltungsakt, Göttinger Diss. 1927. Vgl. auch B. Beyer, Die Bedeutung der Zustimmung eines Beteiligten zu Verwaltungsakten (VerwArch. 32, 226). — Der Begriff des „zweiseitigen Verwaltungsakts“ deckt sich im großen und ganzen mit dem „acte bilatéral“ des französ. Verwaltungsrechts. Jèze, Principes, p. 40.

⁴⁵ Otto Mayer, I³ S. 162 f. und „Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen“ (ArchöffR. 21, S. 1 ff.). Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1886. Göz, Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, S. 5. Laband, Staatsrecht, III⁵ S. 379. Walz, Badisches Staatsrecht, S. 232. Spiegel, Die Verwaltungsrechtswissenschaft, 1909, S. 80—129. Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 323 ff. ArchöffR. 30, 253. JahrböffR. 7, 13. Tezner, Das Rechtskraftproblem im Verwaltungsrechte (VerwArch. 19, S. 128 f., 442 f.; 20, S. 102 f.). F. Stein, Justiz und Verwaltung, S. 98 ff. Schoen, Enzykl. IV 257. Herrnritt, S. 264 f. Adolf Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft, 1923 und Allg. VerwR. 201 f. Beetschen, Die materielle Rechtskraft der Verfügungen, 1925 (Zürcher Diss.). Pitamic, Zur neuen

Ein Staatsakt kann um seiner bloßen Existenz oder aber um seines Inhalts willen verbindlich sein. Die Prozeßrechtswissenschaft bezeichnet diese Verbindlichkeit als **R e c h t s k r a f t** und unterscheidet demgemäß die formelle Rechtskraft (Existenzwirkung), von der materiellen Rechtskraft (Inhaltswirkung). Da die Frage nach der Verbindlichkeit eines ergangenen obrigkeitlichen Aktes auch in der Verwaltung von Bedeutung ist, so steht nichts im Weg, den zunächst in der Prozeßrechtswissenschaft ausgebildeten Begriff und Ausdruck auch im Verwaltungsrecht zu verwenden.

Man hat auch hier zu unterscheiden zwischen einer formellen und einer materiellen Rechtskraft. Formelle Rechtskraft sprechen wir dem Staatsakt zu, der mit einem Rechtsmittel nicht mehr angefochten werden kann. In diesem Sinn ist die **f o r m e l l e R e c h t s k r a f t** auch dem Verwaltungsrecht bekannt. Regelmäßig schreiben nämlich die Gesetze vor, daß die Verfügung einer Behörde von dem betroffenen Bürger innerhalb einer bestimmten Frist bei der höheren Verwaltungsinstanz oder beim Verwaltungsgericht angefochten werden kann. Läßt der Bürger diese Frist unbenutzt verstreichen, so ist ihm der Weg zu einer höheren Instanz verschlossen; er kann sich der Vollziehung der Verfügung nicht mehr widersetzen. Er muß die Verfügung gegen sich gelten lassen, solange sie nicht von der Behörde, die sie erlassen hat, zurückgenommen, oder von einer höheren Instanz vermöge ihrer Aufsichtsgewalt aufgehoben worden ist; die Verfügung ist unanfechtbar geworden.⁴⁶

Rechtskraftlehre (Oesterr. Zft. f. öff. R. IV). R. C o e s t e r, Die Rechtskraft der Staatsakte, 1927. O. B ü h l e r, Steuerrecht, I S. 323 f. W. J e l l i n e k, 237 (Literatur), 271 f. S t i e r - S o m l o, Art. „Rechtskraft“ HWR. IV 704, 708. M o s e l, HWB. II ¹⁸, S. 373 f. Art. „Rechtskraft“.

⁴⁶ Beispiel: Einem Geschäftsinhaber ist am 18. Mai 1905 durch polizeiliche Verfügung unter Androhung von Ungehorsamsstrafen verboten worden, Benzin in seinem Warenhaus zu lagern. Der Geschäftsherr läßt die Rekursfrist unbenutzt verstreichen. Ende Juni 1905 entdeckt die Polizei bei ihm ein Benzinlager. Sie auferlegt Ungehorsamsstrafe. Der Bestrafte ruft zunächst die übergeordneten Verwaltungsbehörden an und behauptet, das Verbot, Benzin zu lagern, sei unzulässig. Er wird jedoch von ihnen abgewiesen; auch das Oberverwaltungsgericht weist die Anfechtungsklage zurück mit der Begründung, die Verfügung vom 18. Mai 1905 sei formell rechtskräftig geworden, er müsse sie infolgedessen gegen sich gelten lassen. Urteil des Sächs. OVG. v. 31. Jan. 1906 (Jahrbücher 8, S. 288). Badische VerwRPfIG. § 4, Abs. 5, Ziff. 5. Weitere Beispiele aus dem Wegerecht bei G e r m e r s - h a u s e n, Wegerecht in Preußen, I S. 704 (polizeiliche Verfügungen betr.

Wird aber die Verfügung einer Verwaltungsbehörde auch **materiell rechtskräftig** in dem Sinn, daß Behörde und Untertan an ihren Inhalt gebunden sind? Die Rechtskraftwirkung des Zivilurteils ist eine Zweckmäßigkeitsschöpfung des positiven Rechts, und zwar ausschließlich prozessualer Natur.⁴⁷ Man soll die Gerichte nicht ein zweites Mal mit der Untersuchung einer bereits von ihnen entschiedenen Sache behelligen dürfen, und unter den Parteien selbst soll nach gefällttem Urteil das vorher bestrittene Rechtsverhältnis als unbestreitbar gelten. Diese Gründe treffen jedoch für Verfügungen der Verwaltungsbehörden nicht zu. Denn für die Verwaltung ist, anders als für die Justiz, die Verwirklichung des Rechtes nicht Endziel, sondern nur Mittel zum Zweck. Die Aufgabe der Verwaltungstätigkeit besteht nicht darin, Rechtsgewißheit zu verschaffen — das ist der Beruf des Zivilurteils —, sondern einen materiellen, dem Staate nützlichen Erfolg innerhalb der Schranken des Rechts zu erreichen. Wie der Private bei der Besorgung seiner Geschäfte seine Anordnungen den wechselnden Interessen anpaßt, so muß auch die öffentliche Verwaltung neuen Bedürfnissen gerecht werden können. Was heute dem Gemeininteresse frommt, kann ihm schon nach kurzer Zeit schädlich sein, weil die Umstände sich inzwischen verändert haben. Aber auch die Anschauungen über die Anforderungen des Staatsinteresses können sich wandeln, so daß heute die Behörde die Ansicht nicht mehr aufrechtzuerhalten vermag, von welcher sie noch vor kurzem bei Erlaß einer Verfügung geleitet worden ist. Wenn die Behörde an ihre einmal erlassene Verfügung gebunden wäre, so vermöchte sie sich davon auch dann nicht zu entfernen, wenn das öffentliche Interesse eine abweichende Anordnung gebietet. Ein Zustand aber, der dem öffentlichen Inter-

die Öffentlichkeit eines Weges). Vgl. auch PrOVG. 22. Mai 1911 (PrVBl. 33, 200). — Innerhalb der Rechtsmittelfrist darf die Behörde ihre Verfügung nur widerrufen aus Gründen, aus denen sie auch nach deren Ablauf zur Zurücknahme berechtigt wäre. **K o r m a n n**, Rechtsgeschäftliche Staatsakte, S. 327.

⁴⁷ **R i c h a r d S c h m i d t**, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., S. 744 ff. **H e l l w i g**, Wesen und subjektive Grenzen der Rechtskraft, 1901, S. 12 ff. **S y s t e m** des Deutschen Zivilprozeßrechts, S. 767 ff. **R. S c h u l t z**, Der Stand der Lehre von der Rechtskraft des Zivilurteils in Literatur und Judikatur (Zft. „Der Rechtsgang“ I [1913], S. 153 ff.). **R o s e n b e r g**, Lehrb. d. deutsch. Zivilprozeßrechts, S. 463 (und daselbst zitierte Literatur). Aus der älteren Literatur insbesondere **U n g e r**, Oesterreichisches Privatrecht, II § 132.

esse widerspricht, darf auch nicht für einen Tag weiterbestehen.⁴⁸ Aus diesem Grunde kann die Verwaltungsbehörde an ihre Anordnungen nicht gebunden sein, wie das Gericht an das Urteil; den Verfügungen der Verwaltungsbehörden fehlt die materielle Rechtskraft, sie sind grundsätzlich widerrufenlich.⁴⁹ Die Behörde darf ihre

⁴⁸ Urteil des Oesterreichischen Verwaltungsgerichtshofs v. 2. April 1903 (Budwinski, Sammlung der Erkenntnisse des K. K. Verwaltungsgerichtshofs, Bd. XXVII, Administrativrecht Nr. 1675): Die Unterbehörde hatte ein Verbot erlassen, Sammelmarken in Verkehr zu bringen, die staatlichen Geldstücken sehr ähnlich sahen; das Verbot wurde jedoch von der Statthalterei aufgehoben. Bald darauf erläßt die Unterbehörde dasselbe Verbot; hiergegen wird Rekurs eingereicht mit der Begründung, es liege *res judicata* vor. „Der Verwaltungsgerichtshof konnte dieser Argumentation nicht folgen; denn wenn man die Wirkungen der Rechtskraft auf dem Gebiet der Verwaltung noch so weit faßte, so würde sich dieselbe auf den vorliegenden Fall doch nicht erstrecken. Diese Wirkungen können nämlich niemals so weit führen, daß in einer Angelegenheit, durch welche ein staatliches, im öffentlichen Interesse begründetes Hoheitsrecht berührt wird, ein möglicherweise rechtswidriger Zustand darum für immer geduldet werden soll, weil er einmal rechtsirrtümlich gestattet wurde. Es war vielmehr davon auszugehen, daß die Staatsverwaltung jederzeit berechtigt ist, einen derartigen Zustand zumindest mit der Wirkung *ex nunc* zu beseitigen.“ — Hamburg. VG. 28. Dez. 1927 (JW. 1928, 1099): Rücknahme einer Polizeierlaubnis wegen Gesetzeswidrigkeit, die Behörde hatte bei der Erteilung nicht gewußt, daß der Gesuchsteller vorbestraft war. Ueber die Einschränkungen dieses Grundsatzes s. unten S. 200.

⁴⁹ Die Frage ist sehr bestritten. Vgl. Sch o e n , Der Widerruf der Verfügungen nach der Rechtsprechung des (preuß.) Oberverwaltungsgerichts (Festgabe f. d. PrOVG. 1925, S. 118 f.). J o s e f , Abänderlichkeit von Verfügungen (VerwArch. 30, 481). F r i e d r i c h s , VerwArch. 31, 284. K o r o p a t n i c k i , Die Rechtskraft der Administrativbeschwerde (Gerichtshalle, Wien, Bd. 71, 1927). J o s e f M a y e r , Ein Beitrag zur Frage des Widerrufs von Verwaltungsakten (Bayr. VerwBl. Bd. 75). Für die „materielle Rechtskraft“ der Verwaltungsakte (Verfügungen) hat sich der Braunschweigische Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen; die *exceptio rei judicatae* sei begründet, wenn eadem *res* vorliege. R e g e r 27, S. 184; 30, S. 29. S o e r g e l , I S. 159, Nr. 3; V 327. Urt. d. Braunschw. VGH. 12. Mai 1909 (materielle Rechtskraft gelte aber nur „bis auf weiteres“) in der Zft. f. Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig Bd. 56, Beil. S. 5. Auch der bayrische Verwaltungsgerichtshof neigt dazu, den Verfügungen der Verwaltungsbehörden materielle Rechtskraft zuzugestehen, schränkt diese Ansicht aber nach zwei Richtungen ein: er nimmt an, daß Rechtskraft überhaupt nur solchen Verfügungen der Verwaltungsbehörden zukommen könne, die einen verwaltungsrechtlichen Anspruch über bestrittene Rechte und Verbindlichkeiten enthalten und vertritt im übrigen die Meinung, daß jede Verfügung nur unter der *clausula rebus sic stantibus* gelte; bei Veränderung der Sachlage könne

eigene Verfügung abändern oder zurücknehmen (widerrufen) nicht bloß bei einer Aenderung der äußeren Verhältnisse,⁵⁰ sondern schon „wegen geänderter oder abweichender Ansicht“,⁵¹ d. h. wenn sie Tatsachen anders würdigt oder Rechtssätze anders auslegt,⁵² als sie es beim Erlaß der Verfügung getan hat. Daraus folgt, daß umgekehrt auch der Bürger jederzeit den Antrag auf Abänderung oder Aufhebung einer gegen ihn erlassenen Verfügung zu stellen befugt ist mit der Begründung, das Gemeininteresse verlange die weitere Aufrechterhaltung der Verfügung nicht. Die angerufene Behörde kann ihm nicht die Einrede der abgeurteilten Sache (res judicata) entgegenhalten.⁵³ So darf z. B. die Behörde nicht verlangen,

deshalb eine neue Verfügung ergehen. D y r o f f , Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz⁶, S. 644 f. Vgl. dazu Landesverwaltungsordnung f. Thüringen von 1926, §§ 141 f.

⁵⁰ Landesverwaltungsordnung f. Thüringen von 1926, § 143 Ziff. 4. Ebenso ist nach RAO. §§ 75, 78 Rücknahme nur zulässig, „wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse geändert haben, die für die Erlassung der Verfügung maßgebend waren“. Entzug der Fahrerlaubnis ist möglich, wenn Tatsachen festgestellt werden, die die Annahme rechtfertigen, daß eine Person zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet sei. Gesetz ü. d. Verkehr mit Kraftfahrzeugen v. 3. Mai 1909. Vgl. auch JW. 1921, 833; RGerZ. 98, 18.

⁵¹ Badische landesherrliche Verordnung v. 31. Aug. 1884, das Verfahren in Verwaltungssachen betreffend, § 43 Ziff. 1. — Beispiel: Der Widerruf einer von der Polizei erteilten Tanzerlaubnis ist jederzeit zulässig. S o e r g e l , I S. 565, Nr. 5; ferner II S. 813, Nr. 79. PrVBl. 34, 320. B a l t z - F i s c h e r , Preuß. Baupolizeirecht⁵, S. 249. D r e w s , Preuß. Polizeirecht, S. 67.

⁵² Beispiel: Die Behörde legt den Begriff der Völlerei (RGewO. § 33, Abs. 3, Ziff. 1) in einem anderen Sinn aus als in einem früheren Falle. R e g e r 23, S. 218. Entscheidungen des PrOVG. Bd. 57, S. 26. — Dagegen ist die Behörde, welche ein Strafurteil in der Form einer Verfügung erlassen hat (vgl. oben § 2), nicht befugt, diese Verfügung zurückzunehmen. Vgl. auch RAO. § 577.

⁵³ Beispiele: Der Ziegeleibesitzer verlangt, nachdem er sein Unternehmen mehrere Jahre betrieben hat, von der Behörde, daß sie aus der von ihr erteilten gewerbepolizeilichen Erlaubnis die Bedingung streiche, der Betrieb seines Ringofens sei jedes Jahr vom 15. Juni bis 15. Oktober vollständig einzustellen. Die Behörde hat das Gesuch materiell neu zu prüfen. Sie darf den Petenten nicht zurückweisen mit der Behauptung, die gewerbepolizeiliche Erlaubnis sei materiell rechtskräftig geworden. R e g e r 28, S. 173. Der gleiche Grundsatz gilt selbstverständlich auch für die Erledigung der Gesuche um Erteilung von Wirtschaftskonzessionen, um Erteilung einer Fahrerlaubnis (Kraftfahrzeuge) u. dgl.; ist der Gesuchsteller ein erstes Mal abgewiesen worden, so darf sich die Behörde der sachlichen Prüfung eines von ihm zum zweitenmal gestellten Gesuchs nicht entziehen durch den Hinweis auf die res judicata. PrOVG. 14. März 1912 (PrVBl. 34, 117). Die Behörde

daß ein Bewerber, der ein erstes Mal mit einem Gesuch um Erteilung einer behördlichen Erlaubnis oder Konzession (bau- oder gewerbepolizeiliche Erlaubnis, Konzession zur Errichtung eines Stauwehrs) abgewiesen worden ist, sein Begehren erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit oder bei Veränderung der Verhältnisse wiederhole.⁵⁴

Die Behörde darf von ihrer Befugnis, eine von ihr erlassene Verfügung zurückzunehmen oder abzuändern, nur Gebrauch machen, wenn das öffentliche Interesse dies gebietet.⁵⁵ Die Behörde soll nicht leichthin bestehende Verhältnisse stören, die sich auf Grund ihrer Verfügungen herausgebildet haben;⁵⁶ sie soll auch nicht infolge einer veränderten Rechtsauffassung ohne zwingende Notwendigkeit Besitzstände der Bürger als rechtsungültig erklären, die sie jahrelang unangefochten gelassen hatte.⁵⁷ „Quieta non

darf auch nicht etwa abweisen unter Berufung auf die formelle Rechtskraft. (Unrichtig: Urteil des Kgl. Sächs. OVG. v. 16. März 1901, Jahrbücher I S. 26.)

⁵⁴ Andrer Ansicht: Braunschweig. VGH. 19. Sept. 1906 (Reger 27, S. 184) und Entscheidung des Kgl. Sächs. Ministeriums des Innern v. 4. Okt. 1906 (R e g e r 27, S. 187).

⁵⁵ K o r m a n n , Rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 334 ff. PrOVG. Bd. 57, S. 495. Landesverwaltungsordnung f. Thüringen von 1926, § 142: Rücknahme „nur aus überwiegenden Gründen des gemeinen Wohles“. Nach dem Reichslichtspielgesetz v. 12. Mai 1920 kann die Zulassung eines Bildstreifens zur öffentlichen Vorführung auf Antrag einer Landeszentralbehörde durch die Oberprüfungsstelle widerrufen werden, wenn — nach der Prosa des zit. Gesetzes § 4 — „das Zutreffen der Voraussetzungen der Versagung (§§ 1, 3) erst nach der Zulassung hervortritt“. Ebenso kann eine Schrift, die, gemäß dem Reichsgesetz zur Bewahrung der Jugend vor Schund- und Schmutzschriften v. 18. Dez. 1926 auf die Liste der Schmutz- und Schundschriften gesetzt wurde, auf Antrag des Verfassers, Verlegers usw. von der Liste gestrichen werden (§ 4 leg. cit.), so wie der Papst ein auf den Index librorum prohibitorum gesetztes Buch hinterher aus dem Index entfernen darf. Mehr Freiheit nach dieser Richtung besitzt die Behörde auch nicht gegenüber den Verfügungen, auf deren Gewährung der Bürger keinen Rechtsanspruch besessen hat (Erlaubnis auf gesteigerten Gemeingebrauch der Straße usw.). PrOVG. 20. März 1911 (PrVBl. 32, S. 566).

⁵⁶ PrOVG. 20. März 1911 (PrVBl. 32, 566).

⁵⁷ Auf ein gutes Beispiel aus der badischen Praxis weist W. J e l l i n e k , Gesetz, Gesetzesanwendung, S. 24, hin: Nach der älteren Auffassung galten in Baden Kaffeewirtschaften (ohne Ausschank geistiger Getränke) nicht als genehmigungspflichtig. Nachdem sich jedoch die Praxis in Baden der herrschenden Auslegung des § 33 der GewO. anzuschließen begonnen hatte, derzufolge auch Kaffeewirtschaften konzessionspflichtig sind (L a n d m a n n - R o h m e r , I⁸ S. 381), kam die Inhaberin einer seit lange bestehen-

movere“ und „Treu und Glauben“ müssen auch für die Verwaltungsbehörden gelten. Aber freilich, die Möglichkeit, daß eine ihm günstige Verfügung zurückgenommen wird, schwebt stets wie ein Damoklesschwert über dem Haupt des Privaten. Der Gesetzgeber hat deshalb darauf Bedacht nehmen müssen, diese Kompetenz zur Rücknahme einer Verfügung einzuschränken für die Fälle, für welche dies die Rücksicht auf die Rechtssicherheit verlangt. So hat er Unabänderlichkeit namentlich denjenigen anspruch- oder pflichtbegründenden Verfügungen zugesichert, die von der Behörde nur nach vorangegangenem umständlichen Einspruchs- oder Ermittlungsverfahren erlassen werden dürfen. Denn die Aufgabe eines solchen Verfahrens besteht gerade darin, einerseits Raum zu schaffen für eine allseitige Prüfung der öffentlichen Interessen, andererseits aber dem Bürger Gewähr dafür zu bieten, daß die auf diese Weise zustande gekommene Verfügung nicht mehr abgeändert wird. So ist z. B. der Gewerbetreibende, dem auf Grund des in der Gewerbeordnung (§ 19 ff.) vorgeschriebenen Einspruchsverfahrens eine gewerbepolizeiliche Erlaubnis erteilt worden ist, gegen nachträgliche individuelle Auflagen geschützt; die Gewerbeerlaubnis darf nur aus ganz bestimmten, im Gesetz aufgezählten Gründen abgeändert oder widerrufen werden.⁵⁸ Ebensowenig ist die Behörde

den Kaffeewirtschaft dem Verlangen der Polizei gemäß um eine Erlaubnis ein. Die Behörde schlug die Erlaubnis jedoch ab. Der Verwaltungsgerichtshof hob am 5. April 1905 die Verfügung auf und schützte die Inhaberin der Wirtschaft in ihrem Besitzstand. Rechtsprechung des Bad. VGH. III Nr. 1042. Im selben Sinn Bad. VGH. 14. März 1905 (Rechtsprechung des Bad. VGH. III, Nr. 356): Klägerin hat jahrelang in Uebereinstimmung mit der Uebung Krankenkassenbeiträge bezahlt. Bei ihrer Erkrankung wird festgestellt, daß dies aus Rechtsirrtum geschehen und die Klägerin nie Kassenmitglied gewesen war. Die Kasse verweigert die Leistungen. Der VGH. hat sie jedoch mit Berufung auf „Treu und Glauben“ dazu verurteilt. — Dieser Grundsatz hat nunmehr in der RVO. § 1446 gesetzliche Anerkennung gefunden: „Es gelten Beiträge, die in der irrtümlichen Annahme der Versicherungspflicht entrichtet worden sind und nicht zurückgefordert werden, als für die Selbstversicherung oder Weiterversicherung entrichtet, wenn das Recht dazu in der Zeit der Entrichtung bestanden hat.“ — Vgl. ferner Hamburg. VG. 6. April 1926 (JW. 1927, 477). PrOVG. 28. April 1927 (JW. 1927, 2166).

⁵⁸ GewO. §§ 40, 53 in der Fassung v. 7. Febr. 1927. Landmann-Rohmer, I⁸ S. 412. Kormann, Rechtsgeschäftliche Staatsakte, S. 340. Das Gemeinwohl schützt jedoch die GewO. in anderer Weise. Vgl. § 51: „Wegen überwiegender Nachteile und Gefahren für das Gemeinwohl kann die fernere Benutzung einer jeden gewerblichen Anlage durch die höhere Verwaltungsbehörde zu jeder Zeit untersagt werden. Doch muß dem Be-

zur Abänderung einer von ihr erteilten baupolizeilichen Bewilligung befugt, nachdem der Eigentümer mit der Errichtung des Baues begonnen hat.⁵⁹ In gleicher Weise schützt, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich ein anderes bestimmt,⁶⁰ eine formell rechtskräftig gewordene „Steuer-Veranlagung“ den Steuerpflichtigen gegen eine Nachbesteuerung — vorausgesetzt, daß die Behörde bei der Veranlagung die für den Umfang der Steuerpflicht erheblichen Tatsachen gekannt hat oder hätte kennen müssen.⁶¹ Unabhängig sind endlich alle die Verfügungen der Verwaltungsbehörden, welche mit Ermächtigung des Gesetzes subjektive Rechte zugunsten bestimmter Personen begründet haben.⁶² Es sei erinnert an den in der Anstellungsurkunde zugesicherten Beamtengehalt und die Beamtenpension;⁶³ an den in dem Feststellungsbescheid anerkannten Anspruch des versicherten Arbeiters auf eine bestimmte Unfallentschädigungssumme;⁶⁴ an das Recht des Eisen-

sitzer alsdann für den erweislichen Schaden Ersatz geleistet werden. — Gegen die untersagende Verfügung ist der Rekurs zulässig; wegen der Entschädigung steht der Rechtsweg offen.“ *Landmann-Rohmer*, I^o S. 637 f.

⁵⁹ *Baltz-Fischer*, Preuß. Baupolizeirecht⁵, S. 240 f. *Drews*, Preuß. Polizeirecht, S. 68.

⁶⁰ Das trifft für die Reichssteuern bis zu einem gewissen Grad zu: RAO. §§ 75, 76 und dazu *Bühler*, Steuerrecht, I S. 337. *Hensel*, Steuerrecht², S. 142.

⁶¹ Entsch. der vereinigten Steuersenate des PrOVG. v. 4. Dez. 1899 (Entsch. in Staatssteuersachen VIII S. 265). — Ueber die Rechtskraft und Verbindlichkeit des Steuerbescheids nach der RAO.: *Bühler*, Steuerrecht, I S. 398. *Hensel*, Steuerrecht², S. 138 f. Dagegen kann die Steuer nachgefordert werden von jedem Pflichtigen, der bei der Veranlagung aus irgendeinem Grund übergangen worden ist. Preuß. Kommunalabgabengesetz v. 14. Juli 1893, § 84. RAO. § 212.

⁶² Urteile des Sächs. OVG. v. 29. Jan. 1908, 7. Jan. 1911 (Jahrbücher des Kgl. Sächs. OVG. 12, S. 8; 16, 292). *Kormann*, Rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 341 ff. *W. Jellinek*, 271 f. Bad. Verordn. ü. d. Verfahren in Verwaltungssachen v. 31. Aug. 1884, § 43 Abs. 2: „Die Behörde, von welcher eine Verfügung oder Entscheidung erlassen ist, oder die ihr vorgesetzte höhere Behörde, kann solche abändern oder ganz aufheben: 1. wenn durch die Verfügung oder Entscheidung nicht eine Partei einen gesetzmäßigen Anspruch bereits erworben hat, und in diesem Falle schon wegen geänderter oder abweichender Ansicht.“

⁶³ Vgl. RVerf. Art. 129 Abs. 1: „... Die wohlerworbenen Rechte der Beamten sind unverletzlich...“ — Ueber die neuen Bestrebungen, die dem Gesetzgeber die Möglichkeit offen halten, jederzeit durch Gesetz Abweichungen der Besoldungsregelung vorzunehmen: *Pahlke* im PrVBl. 49, 391.

⁶⁴ RVO. §§ 1583, 1590.

bahnkonzessionärs auf Errichtung und Betrieb eines Eisenbahnunternehmens; an das konzessionsgemäße Recht des Fabrikanten auf Errichtung eines Stauwehres in einem öffentlichen Fluß u. a. m.

Trotzdem kann die Behörde ermächtigt sein, wenn besondere Voraussetzungen vorliegen, grundsätzlich unwiderrufliche Verfügungen zurückzunehmen. Die eine dieser Ermächtigungen ist der durch Gesetz oder durch die Verfügung selbst aufgestellte Widerrufs- oder Abänderungsvorbehalt.⁶⁵ Nahe verwandt damit ist die gewissen rechtsbegründenden Verfügungen von Gesetzes wegen anhaftende Verwirkungsklausel, kraft deren die Behörde die Befugnis erlangt, dem Privaten das verliehene Recht wieder zu entziehen, wenn er die damit verbundenen öffentlichen Pflichten nicht erfüllt.⁶⁶ Endlich aber gibt es Verfügungen, die nur so lange Gültigkeit behalten, als die Voraussetzungen fort dauern, unter denen die einzelne Verfügung erlassen worden ist.⁶⁷ Die Behörde kann ermächtigt sein, bei Aenderung oder Wegfall dieser Voraussetzungen ihre Verfügung ganz zurückzunehmen oder sie durch eine andere zu ersetzen. Es sei jedoch ausdrücklich bemerkt, daß die Rück-

⁶⁵ K o r m a n n, Rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 330 ff. Vgl. z. B. Reichsgesetz über das Auswanderungswesen v. 9. Juni 1897, § 10: „Die den Unternehmern erteilte Erlaubnis kann unter Zustimmung des Bundesrats (heute: Reichsrats) vom Reichskanzler (heute: Reichsminister des Innern) jederzeit beschränkt oder widerrufen werden . . .“ — Einen Abänderungsvorbehalt pflegen die Polizeibehörden der Polizeierlaubnis (Baukonsens, Gewerbekonzession) beizufügen („Vorbehalt weiterer Bedingungen“), sofern sich zur Zeit der Erteilung der Polizeierlaubnis noch nicht überblicken läßt, wieweit das neue Unternehmen auf das Publikum schädlich einwirken wird. L a n d - m a n n - R o h m e r, I⁸ S. 240 f. B a l t z - F i s c h e r, Preuß. Baupolizeirecht⁸ S. 232. — Derartige Vorbehalte sind nur zulässig, sofern sie dazu dienen, gesetzliche Anforderungen zur Geltung zu bringen.

⁶⁶ K o r m a n n, Rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 403 ff. So schreibt das Preußische Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen v. 3. Nov. 1838 § 47 vor, die Eisenbahnkonzession werde verwirkt und die Bahn für Rechnung der Gesellschaft versteigert, „wenn diese eine der allgemeinen oder besonderen Bedingungen nicht erfüllt und eine Aufforderung zur Erfüllung binnen einer endlichen Frist von mindestens drei Monaten ohne Erfolg bleibt.“

⁶⁷ K o r m a n n, Rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 361 ff. Beispiele: RVO. § 608: „Tritt in den Verhältnissen, welche für die Feststellung der Entschädigung maßgebend gewesen sind, eine wesentliche Aenderung ein, so kann eine neue Feststellung getroffen werden.“ Ebenso § 1304 (Entziehung der Invalidenrente). Vgl. auch GewO. § 53 (Entziehung der Approbation, wenn dem Inhaber die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt werden).

nahme einer Verfügung wegen Wegfalls der Voraussetzungen nur in den vom Gesetze genannten Fällen zulässig ist.

c) Jede Verfügung ist nur rechtsgültig, wenn sie von der zuständigen Behörde erlassen worden ist und inhaltlich mit dem Gesetze übereinstimmt. Da sich in der Verfügung eine Willenserklärung verkörpert, so muß sie überdies frei von Willensfehlern sein. Die Verfügung, die gegen einen dieser Grundsätze verstößt, ist ungültig.⁶⁸

Während das Privatrecht im allgemeinen ein mit rechtlichen Mängeln behaftetes Rechtsgeschäft als nichtig behandelt, läßt das öffentliche Recht diese Wirkung nur bei den größten Verstößen gegen das Gesetz eintreten.⁶⁹ Es betrachtet als nichtig nur diejenige Verfügung, welcher ein wesentliches juristisches Element fehlt. Zu den wesentlichen Elementen jeder Verfügung gehört aber, 1. daß die verfügende Behörde sachlich und örtlich zuständig gewesen ist,⁷⁰ 2. daß die Verfügung in die vom Gesetze vorgeschrie-

⁶⁸ Näheres über die Lehre s. bei Walter Jellinek, *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, 1908. (Der Verfasser geht von Anschauungen aus, die zum Teil von der oben im Text vertretenen Meinung abweichen.) VerwR. 238 (Literatur), 254 f., 260 f. Kormann, *Rechtsgesch. Staatsakte*, S. 203 f. Adersen, *Ungültige Verwaltungsakte*, 1927. Neben diesem Buch mit seinem reichen Inhalt und seinen sorgfältigen Literaturangaben und neben den oben Anm. 5 erwähnten allgemeinen Schriften sei verwiesen auf Ernst v. Hippel, *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes*, 1924. Friedrichs, *Allg. Teil*, S. 107 f. R. Neuhauser, *Die Erschleichung rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakte durch Täuschung der Behörden*, 1921. A. Merkl, 191 f. Herrnritt, 281 f. O. Mayer, I³ S. 94 f. Léon Alcindor, *Des différentes espèces de nullités des actes administratifs*, Paris 1912. Jèze, *Principes* 27, 74, 84. Duguit, *Transformations*, p. 157. Presutti, *Istituzioni*, I² p. 152.

⁶⁹ Laband, *Staatsrecht*, II⁵ S. 195 ff. Sächs. OVG. 16. Okt. 1911 (Jahrbücher 18, 75).

⁷⁰ Beispiele: Nichtig ist die Verfügung des Organs, das keine Amtsgewalt zur Besorgung einer bestimmten Art von Geschäften besitzt. Daher liegt ein nichtiger Staatsakt nicht bloß dann vor, wenn die Verwaltungsbehörde in den Bereich einer anderen staatlichen Funktion übergreift, sondern auch in den Fällen, in denen eine untere Verwaltungsinstanz eine von Gesetzes wegen der höheren Verwaltungsinstanz vorbehaltene Anordnung getroffen hat. Z. B.: Eine untere Baupolizeibehörde hat dem A. die Bewilligung zur Errichtung eines Pulvermagazins erteilt, trotzdem die Kompetenz hierzu der höheren Verwaltungsbehörde allein zusteht (Amtsblatt des Württ. Ministeriums des Innern, 1890, S. 115). Württ. VGH. 30. Dez. 1925: Der Bezirksrat hat eine Sache erledigt, zu der das Oberamt zuständig war; nichtig (Württ. Zft. f.

bene Form gekleidet und unter Beobachtung der wesentlichen Vorschriften über das Verfahren erlassen worden ist,⁷¹ 3. daß alle rechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind, welche das Gesetz für eine Verfügung der vorliegenden Art als unerläßlich betrachtet⁷² und 4. daß die Verfügung etwas anordnet, was tatsächlich und recht-

RPfl. 19, S. 78 und 139). Vgl. auch PrOVG. v. 14. Nov. 1901 (R e g e r 22, S. 301). Bad. VGH. 18. März 1913: der Bürgermeister hat irrtümlicherweise an Stelle des Vorsitzenden des lokalen Versicherungsamts eine Verfügung erlassen; sie ist nichtig; jedermann durfte den Akt pro non facto behandeln (Zft. f. Bad. Verw. u. VerwRPfl. 1913, S. 106). Ebenso Brem. VG. 21. März 1927 (Hanseat. Rechtszft. 10, S. 351). Nachträgliche Genehmigung der zuständigen Behörde heilt die Ungültigkeit nicht: Sächs. OVG. v. 18. Juni 1906 (Jahrbücher des Sächs. OVG. 9, S. 157). — Daß auch die Verfügung des örtlich unzuständigen Verwaltungsbeamten als nichtig behandelt wird, erklärt sich aus den besonderen Verhältnissen der Verwaltung. Das Verwaltungsrecht geht davon aus, daß nur der mit den lokalen Verhältnissen vertraute Beamte die richtige Anordnung zu treffen in der Lage ist. Es hat deshalb das PrOVG. 14. Nov. 1901 (Entsch. Bd. 40, S. 300) ausgesprochen, daß eine im Jahre 1887 vom Polizeipräsidenten von Berlin erteilte Erlaubnis zum Betrieb einer Irrenanstalt in Charlottenburg von den Behörden als nichtig hat betrachtet werden dürfen. K o r m a n n , Rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 248.

⁷¹ Nur die Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften macht die Verfügung nichtig. Dazu gehören in erster Linie die gesetzlichen Vorschriften über die Öffentlichkeit einer Sitzung; vgl. hierzu jedoch A n d e r s e n , Ungültige Verwaltungsakte, S. 150 f. Eine Schankkonzession über die von der Behörde nicht in öffentlicher Sitzung (GewO. § 21, Ziff. 2) verhandelt worden ist, ist nichtig. R e g e r 32, 414; 40, 7; Jahrbücher d. Sächs. OVG. 18, 102; S o e r g e l V 90. Vgl. jedoch GewO. § 21, Ziff. 5. Nichtig ist ferner die Erlaubnis zur Errichtung einer Privatkrankenanstalt, die erteilt worden ist, ohne daß von der höheren Verwaltungsbehörde (nach § 30 GewO.) die Ortspolizei und die Gemeindebehörde gehört worden war. Entsch. des braunschweig. VGH. v. 24. April 1901 (R e g e r 22, S. 303). Nichtig ist ferner eine Schankkonzession, bei deren Erteilung in der Kollegialbehörde ein mit seinem Privatinteresse beteiligtes Mitglied mitgewirkt hat. Entsch. des bayr. VGH. v. 3. April 1907 (R e g e r 27, S. 356). Entsch. des Sächs. OVG. v. 29. Jan. 1908 (Jahrbücher 12, S. 8). Nichtig ist weiter eine Ministerialverfügung, welche einen öffentlichen Weg aufgehoben hat, ohne daß zuvor die Interessenten gesetzesgemäß angehört worden sind. Braunschweig. VGH. 16. Sept. 1908 (Zft. f. RPfl. im Herzogtum Braunschweig, 1909, Beilage S. 30). Vgl. im allgemeinen die Ausführungen bei Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung, S. 235 ff. A n d e r s e n , Ungültige Staatsakte, S. 143 f.

⁷² Zu diesen unerläßlichen rechtlichen Voraussetzungen gehört z. B. bei der Anstellung des Beamten und seiner Entlassung der Antrag des Beamten. Wenn deshalb der Beamte seine Entlassung aus dem Staatsdienst unter Zuerkennung der Pension erbeten, die Behörde aber die Entlassung „pensionslos“ ausgesprochen hat, so liegt ein nichtiger Akt vor. PrOVG. 5. Okt. 1922

lich möglich ist ⁷³ und gegen kein Verbotsgesetz verstößt.⁷⁴ Genügt eine Verfügung einer dieser Anforderungen nicht, so ist sie nichtig. Die nichtige Verfügung ist auch nicht dem Scheine nach rechtsbeständig. Sie kann von jedermann als nicht vorhanden betrachtet werden, — von einem Gerichte sowohl, wie von einem Privaten, der hier auf eigene Gefahr handelt.⁷⁵ Einer besonderen formellen Kraftloserklärung bedarf es nicht. Eine solche ist aber auch nicht ausgeschlossen: der Behörde, die die Verfügung erlassen hat, wie der Aufsichtsinstanz kommt es zu, die nichtige Verfügung von Amts wegen zurückzunehmen, und derselbe Erfolg wird mit einer Klage an das Verwaltungsgericht erreicht.⁷⁶

(Entsch. Bd. 78, S. 251 f.). Ebenso RGerZ. 96, S. 302 (Reger, 40, 231). — In gleicher Weise ist eine Einbürgerung oder eine Ausbürgerung nichtig, welche sich nicht auf einen vorbehaltlosen Antrag des Betroffenen stützt.

⁷³ Nichtig ist eine Verfügung, welche von einem Fabrikherrn technisch unausführbare Schutzvorrichtungen zur Beseitigung der Rauchbelästigung verlangt (Sächs. OVG. 24. Mai 1911, Jahrbücher 17, 198); nichtig ist eine Verfügung, welche dem Eigentümer eine Art der Kanalisierung seines Grundstücks anbefiehlt, die nur durch Benutzung eines fremden Nachbargrundstückes möglich ist (zit. Jahrbücher 18, 220). PrOVG. 7. Okt. 1902 und 2. Febr. 1912 (PrVBl. 24, 439; 34, 171). Vgl. auch Jahrbücher d. Sächs. OVG. 18, S. 222. Vgl. zur ganzen Frage: Andersen, Ungültige Staatsakte, S. 365 f.; über die rechtliche Behandlung widerrechtlicher Nebenbestimmungen: a. a. O. 352.

⁷⁴ Beispiele: Urteil des bad. VGH. v. 3. Nov. 1909 (Zft. f. Bad. Verw. und VerwRPfl. 1910, S. 76; Reger 30, S. 406): Eine von einem Bezirksrat nach Inkrafttreten der Reichsgewerbeordnung erteilte reale Schankkonzession ist nichtig, denn nach § 10 der GewO. dürfen neue Realgewerberechtigungen nicht mehr begründet werden. — Ebenso ist eine gegen den Willen des Antragstellers nur auf beschränkte Zeit erteilte Schankwirtschaftskonzession nichtig; denn nach § 40 der GewO. dürfen befristete Genehmigungen nicht erteilt werden. Landmann-Rohmer, I⁸ S. 526. K o r m a n n, Rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 232 ff.

⁷⁵ KammerGer. 1. Juli 1927: Eine viehseuchenpolizeiliche Anordnung ist wegen Formmangels nichtig; keine Bestrafung möglich wegen Nichtbefolgung dieser Anordnung, PrVBl. 49, 138. — Das Prüfungsrecht des Strafrichters bei der Beurteilung von Widerstand gegen die Staatsgewalt (StGB. 110, 113) erstreckt sich u. a. darauf, ob rechtsgültige Anordnungen vorlagen, gegen die sich der Angeklagte gewendet hat. Frank, Komm. z. StGB.¹⁷, S. 271, 278.

⁷⁶ In solchen Fällen stellt die angerufene Instanz lediglich fest, daß die Verfügung nie zu Recht bestanden hat. S. das in der Anm. 69 zitierte Urteil des Bad. VGH. v. 3. Nov. 1909. Eine nichtige Verfügung wird nicht „materiell rechtskräftig“ in dem oben (S. 196 ff.) dargelegten Sinn. PrOVG. 9. April 1910 (PrVBl. 32, S. 350). — Die österr. Verwaltungsbehörden, denen gemäß § 83 des a. b. Gesetzb. f. Oesterreich die Dispensation von Ebehindernissen

Ist dagegen eine Verfügung mit einer Ungültigkeit anderer Art behaftet, so kann ihr die Fähigkeit zur Erzeugung rechtlicher Wirkungen nur durch eine amtliche Kraftloserklärung genommen werden. Die fehlerhafte Verfügung ist vernichtbar, „anfechtbar“. Bis eine solche amtliche Vernichtung, Aufhebung, erfolgt ist, ist jedoch die Verfügung als rechtsbeständig zu behandeln.⁷⁷ Diese Außerkraftsetzung („Anfechtung“) kann erfolgen entweder von Amts wegen — d. h. durch Zurücknahme der ungültigen Verfügung von seiten der Behörde, welche die Verfügung erlassen hat oder von seiten der Aufsichtsinstanz vermöge ihrer Aufsichtsgewalt —, oder aber durch eine auf Beschwerde oder Klage des betroffenen Bürgers hin ergehende Entscheidung der zuständigen Behörde im Beschwerde- oder Verwaltungsstreitverfahren (s. unten §§ 15 und 16). Wird die Verfügung auf einem dieser Wege aufgehoben, so heißt dies im Zweifel, daß sie von Anbeginn an nicht rechtsgültig gewesen ist. Denn absolute Nichtigkeit und Anfechtbarkeit unterscheiden sich nicht in ihren Wirkungen, sondern bloß in der Art, wie die Beseitigung der ungültigen Verfügung herbeigeführt wird.⁷⁸ Nur durch förmliche Aufhebung von seiten der zuständigen Behörde ist daher eine Ver-

zusteht, begannen seit 1918 Katholiken, deren Ehe von Tisch und Bett getrennt worden war — Oesterreich kennt für Katholiken die Ehescheidung nicht —, von dem Ehehindernis des bestehenden Ehebandes zu dispensieren und ihnen dadurch die Eingehung einer zweiten Ehe zu ermöglichen. Die obersten Gerichtshöfe Oesterreichs (einschließlich des Verwaltungsgerichtshofs) erklärten derartige Dispense für nichtige Verwaltungsakte. Aber der Verfassungsgerichtshof hat als Kompetenzgericht (österr. Bundesverf. Art. 138) in neuester Zeit die Zuständigkeit der Gerichte zur Beurteilung dieser Verwaltungsakte verneint und damit die sog. Dispensehen — sie belaufen sich auf Zehntausende — gerettet. K ö ß l e r, Die Dispensehen in Oesterreich (Zft. f. vergl. RWiss. 42 (1926), S. 8 f.). W. J e l l i n e k, S. 139, 238 (Literatur), 255 und „Schöpferische Rechtswissenschaft“ (1928) S. 13.

⁷⁷ ProVG. 25. Nov. 1926: Fehlerhafte Verwaltungsakte sind im Zweifel bloß anfechtbar (JW. 1927, S. 2550, 2551).

⁷⁸ Die Frage läßt sich auch so stellen: Außert die Aufhebung einer anfechtbaren (vernichtbaren) Verfügung rückwirkende Kraft, d. h. Wirkung ex nunc (nur von der Aufhebung an pro futuro) oder ex tunc, d. h. wirkt die Aufhebung zurück und vernichtet sie die Wirkungen des fehlerhaften Aktes von dessen Wurzel aus wie bei den nichtigen Verfügungen? Im Zweifel Wirkung ex tunc. Vgl. H a r t m a n n in Hirths Annalen d. Deutschen Reichs, 1917, S. 784 f.: Bei dem Deutschen, der im Ausland nicht rechtsgültig naturalisiert wurde, ist der Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit gemäß § 25 des Reichs- und Staatsangehörigkeitgesetzes v. 22. Juli 1913 nicht eingetreten.

fügung aus der Welt zu schaffen, welche gegen eine gesetzliche Vorschrift verstößt (Bauabstand) usf. falls diese nicht zu den rechtlich unerläßlichen gehört, oder eine Verfügung, in welcher die Behörde den Bereich ihres freien Ermessens überschritten hat, oder eine Verfügung, welche Willensmängel aufweist.⁷⁹ Was den zuletzt genannten Ungültigkeitsgrund betrifft, so hat sich die Praxis wiederholt mit dem Bedenken beschäftigt, ob und inwieweit der Irrtum der verfügenden Behörde Einfluß auf die Rechtsgültigkeit der Verfügung äußert. Irrt die Behörde bei der Auslegung einer Gesetzesvorschrift oder bei der Würdigung einer Tatsache, so wird dadurch ihre Verfügung an sich nicht ungültig.⁸⁰ Anders dagegen liegt die Sache in den Fällen, in denen eine Verfügung auf Grund tatsächlicher Angaben des beteiligten Bürgers ergangen ist, die sich hinterher als unrichtig erwiesen haben. Ist die Behörde in dieser Weise getäuscht worden, so unterliegt ihre Verfügung der Aufhebung,⁸¹

⁷⁹ Vgl. zum folgenden *B e k k e r*, Pandekten, II S. 56 ff. *K o r m a n n*, Rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 279 ff. *R i c h a r d G i e s s n e r*, Wirkungen von Willensmängeln auf die Anstellung oder Entlassung eines unmittelbaren preußischen Staatsbeamten, Göttinger Dissertation 1912, S. 26 ff.

⁸⁰ Wohl aber kann die Entdeckung des Irrtums der Behörde Anlaß zur Zurücknahme ihrer Verfügung geben, falls eine solche aus allgemeinen Gründen zulässig ist. PrOVG. 22. Dez. 1909: Der Amtsvorsteher hat übersehen, daß ein projektiertes Gebäude die Fluchtlinie überschreitet; er darf die Bauerlaubnis (bis zum Baubeginn) zurücknehmen. PrVBl. 32, 92. *A n d e r s e n*, Ungültige Verwaltungsakte, S. 176 f.

⁸¹ Allgemein geordnet ist das Institut in der Badischen landesherrlichen Verordnung v. 31. Aug. 1884, das Verfahren in Verwaltungssachen betreffend, § 43. Hier wird die verfügende Behörde ermächtigt, ihre Verfügung abzuändern oder aufzuheben (Ziff. 2), „wenn eine erteilte Bewilligung oder Genehmigung erschlichen, im Widerspruch mit einer Vorschrift des Gesetzes oder einer Verordnung, oder unzuständigerweise erteilt wurde“. S. auch Badische Landesbauordnung v. 1. Sept. 1907, § 137. Nach der Landesverwaltungsordnung f. Thüringen von 1926 kann eine Verfügung zurückgenommen oder abgeändert werden, wenn „sie durch unlautere Mittel veranlaßt worden ist“ (§§ 142 Ziff. 5; 143 Ziff. 6). Wie sich aus dem im Texte ausgesprochenen Rechtsgrundsatz ergibt, darf eine Fakultät den von ihr verliehenen Dokortitel ohne weiteres zurücknehmen, wenn nachgewiesen wird, daß der Kandidat die Fakultät durch Einreichung einer Arbeit, die nicht von ihm selbständig verfaßt worden war, getäuscht hat. S. ferner GewO. § 53, Abs. 1: „Die in dem § 29 bezeichneten Approbationen können von der Verwaltungsbehörde nur dann zurückgenommen werden, wenn die Unrichtigkeit der Nachweise dargetan wird, auf Grund deren solche erteilt worden sind...“ *L a n d m a n n - R o h m e r*, I⁸ S. 647 f. — Ueber Steuerumgehung und Steuerhinterziehung: RAO. §§ 5, 359.

es wäre denn, daß das Gesetz dies ausdrücklich ausgeschlossen hätte.⁸²

Die dargestellte Bevorzugung der Ungültigkeitserklärung vor der ipso iure eintretenden Nichtigkeit rechtfertigt sich durch Verkehrsrücksichten. Die Rechtssicherheit wäre gefährdet, stünde jeder Behörde und jedem Bürger die Befugnis zu, einen der äußeren Erscheinung nach gesetzmäßigen Staatsakt als nicht vorhanden zu betrachten.

Da alles Handeln der Verwaltungsbehörden auf Herbeiführung eines Erfolges gerichtet bleibt, so findet hierin auch das Bestreben nach einer Heilung fehlerhafter Verwaltungsakte seine Erklärung. So werden die Mängel anfechtbarer Verwaltungsakte als geheilt betrachtet, wenn der betroffene Private die Anfechtungsfrist unbenutzt hat verstreichen lassen.⁸³ Dasselbe gilt jedoch nicht für nichtige Verwaltungsakte; sie erwachsen weder in formelle, noch in materielle Rechtskraft. Die einzige Rettung liegt hier in der Möglichkeit zu einer Konversion, aber diese hat enge und strenge Voraussetzungen.⁸⁴ Liegt nämlich eine nichtige Verfügung vor, so darf sie als eine gültige Anordnung nur dann aufrecht er-

⁸² Eine solche Ausnahme gelte für den Naturalisationsakt, behauptet zu Unrecht das PrOVG.: Ein Russe war, gestützt auf unwahre Angaben, in Gotha naturalisiert worden. Als die Täuschung festgestellt wurde, nahm die gothaische Behörde die Naturalisation zurück. Der Russe wurde später aus Preußen ausgewiesen und wehrte sich nun mit der Behauptung, dies sei unzulässig, er sei Reichsdeutscher. Das OVG. versagte der Rücknahmeverfügung der gothaischen Behörde die Anerkennung und erklärte die Ausweisung aus dem Reichsgebiet für unzulässig. Es nahm an, die Naturalisation sei ein Formalakt, der nur auf Grund besonderer gesetzlicher Ermächtigung annulliert werden dürfe. Entsch. des PrOVG. v. 23. Juni 1886 (Entsch. Bd. 13, S. 409; Reger 7, S. 79); dem Urteil stimmen zu Laband, Staatsrecht, I⁵ S. 170. Andersen, Ungültige Verwaltungsakte, S. 349. In gleichem Sinn die weiteren Urteile des PrOVG. v. 1. Juni 1894 und 24. Sept. 1909 (Entsch. Bd. 27, S. 410; Bd. 55, S. 235). In Uebereinstimmung dagegen mit der im Text vertretenen Auffassung, wenn auch mit teilweise andrer Begründung: Walter Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt, S. 168 ff. Kormann, Rechtsgeschäftliche Staatsakte, S. 227, 367. Der Schweizerische Bundesrat hat bei analoger Rechtslage derartige Naturalisationen mit Recht für ungültig erklärt. v. Salis, Schweizerisches Bundesrecht, 2. Aufl., Bd. II, Nr. 472. Der Gesetzgeber ist bei der Gesetzesrevision der Ansicht des Bundesrats gefolgt. Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 109.

⁸³ W. Jellinek, S. 256.

⁸⁴ W. Pappenheim, Konversion fehlerhafter Staatsakte (Fischers Zft. 60 (1927), S. 1 f.

halten werden, wenn ihr angestrebter Rechtserfolg auch in einer andern Rechtsform erreicht werden kann und anzunehmen ist, daß auch in dieser die Absicht der verfügenden Behörde eine Verwirklichung findet.⁸⁵

2. Ist im Verwaltungsrechte neben dem einseitigen Rechtsgeschäft, der Verfügung, noch Raum für das zweiseitige, den öffentlich-rechtlichen *V e r t r a g*?⁸⁶

Die Erfahrung lehrt, daß Gemeinden, Kommunalverbände und die ihnen gleichstehenden Organisationen sehr häufig über Verwaltungsaufgaben, die ihnen vom Staat zu gemeinsamer Besorgung übertragen sind oder über die sie gemäß ihrer Selbstverwaltung frei verfügen, mit gesetzlicher Ermächtigung oder kraft alten Gewohnheitsrechts und unter Zustimmung der staatlichen Aufsichtsinstanz untereinander Verträge abschließen z. B. über Errichtung gemeinsamer Schulen, Bau und Unterhalt von Wegen, Brücken usf.⁸⁷ Mit der Vertragsschließung wird eine Verteilung der

⁸⁵ Man darf sich darauf berufen, daß das BGB. § 140 einen allgemeinen Rechtsgrundsatz enthält: „Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines andern Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde.“ Beispiele: Konversion eines Dienstvertrages des bürgerl. Rechts in eine Beamtenanstellung, weil dem Angestellten hoheitliche Gewalt übertragen ist. Oder: Konversion eines „Konzessionsvertrages“ in eine Verfügung öffentlichen Rechts usf. PrOVG. und Reichsgericht anerkennen das Institut: PrVBl. 46, S. 467; Entsch. PrOVG. 62, S. 167, 481, 502; 63, S. 450.

⁸⁶ *K o r m a n n*, Rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 29 f. *L a y e r*, Zur Lehre vom öffentl.-rechtl. Vertrag, 1916. *Willibalt Apelt*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 1920. *W. Burckhardt*, Der Vertrag im Privatrecht und im öffentl. Recht, 1924 (a. d. Festgabe der Berner Juristenfakultät f. d. Bundesgericht). *Herrnritt*, S. 442 f. *W. Jellinek*, 238 (Literatur), 245.

⁸⁷ Von den Verträgen, welche die Verwaltungsbehörde bei der Besorgung zahlreicher Verwaltungsaufgaben über zivilrechtliche Verhältnisse abschließt (Vertrag mit einem Bauunternehmer betr. Errichtung einer Straße usf.), ist hier nicht die Rede. Daß sie vom deutschen Verwaltungsrecht (im Gegensatz zum französischen Verwaltungsrecht) als gewöhnliche *p r i v a t r e c h t l i c h e* Verträge behandelt werden, wurde oben erörtert. Ein verbreiteter Sprachgebrauch faßt alle Verträge (öffentlich-rechtliche und privatrechtliche), welche die öffentliche Verwaltung abschließt, unter dem Titel „Verwaltungsverträge“ zusammen. *Grosch*, Der Staat als Kontrahent (JahrböfR. 5, 267). *Hausmeister*, Der Abschluß verpflichtender Verträge durch Gemeinden (PrVBl. 34, 872). *Fromm*, PrVBl. 35, 46. — In Frankreich werden derartige Verträge zugunsten der öffentl. Verwaltung als öffentlich-rechtliche Verträge behandelt (*contrats administratifs*), über

gemeinsamen Last unter den Beteiligten bezweckt. An der öffentlich-rechtlichen Natur des durch Vertrag geordneten Rechtsverhältnisses wird dadurch nichts geändert. Es sei ferner an die Eingemeindungsverträge erinnert (oben S. 110) u. a. m. Man darf in solchen Fällen mit Fug von einem echten öffentlich-rechtlichen Vertrag sprechen.⁸⁸ Es ist jedoch schon oben S. 82 darauf hingewiesen worden, daß die Vertragsparteien in derartigen Vereinbarungen häufig nicht bloß wechselseitige Leistungspflichten zu begründen, sondern objektive Rechtsnormen aufzustellen beabsichtigen, nach denen sie bei der Besorgung der erwähnten Verwaltungsaufgaben ihr Verhalten einzurichten haben. Dieser letzteren Art von Verträgen kommt der Charakter von rechtsetzenden Vereinbarungen zu.⁸⁹

In den soeben besprochenen Fällen handelt es sich um Beziehungen zwischen Gleichgeordneten. Lebhafter Streit aber besteht darüber, ob die Form des Vertrages auch anwendbar ist zur Regelung von Rechtsverhältnissen zwischen dem Herrscher Staat und seinen Untertanen. Die gemeine Meinung erblickt im Vertrag eine Form des Privatrechts;⁹⁰ der Vertrag, so wird behauptet, sei

welche die Verwaltungsgerichte zu urteilen haben. J è z e , Principes, p. 40. H a t s c h e k , Einleitung i. d. öffentl. R., 79 f. Aber seit dem Ende des Weltkrieges hat die Rechtsprechung des Conseil d'Etat und des Kompetenzgerichtshofes in steigendem Maße die Zulässigkeit p r i v a t r e c h t l i c h e r Lieferungsverträge usf. anerkannt. H a u r i o u , Précis de Droit administratif ¹¹, p. 914 suiv.

⁸⁸ O t t o M a y e r , II ² S. 238, 383. Ein hübsches Beispiel in einem Urteil des bayr. VGH. v. 24. Nov. 1905 (Sammlung Bd. 27, S. 35): Die Gemeinden A. und B. vereinigen sich zu einem Zweckverband zur Errichtung einer gemeinsamen Wasserleitung. Hinterher stellt die Gemeinde A. auch der Militärbehörde die Wasserleitung zur Verfügung. Die Gemeinde B. behauptet, darin liege eine Vertragsverletzung. Der VGH. entscheidet, es liege ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vor, die Streitsache sei nach öffentlichem Recht zu beurteilen und falle infolgedessen in die verwaltungsgerichtliche Kompetenz. — Im gleichen Sinn Entsch. d. Sächs. OVG. v. 1. Juni 1907 und 6. April 1908 (Jahrb. 10, S. 343; 12, S. 252). Weitere Beispiele bei A p e l t , Verwaltungsrechtlicher Vertrag, S. 23 f., 170 f.

⁸⁹ Preuß. Zweckverbandsges. von 1911, § 9, spricht von der Feststellung der Satzung „im Wege der Vereinbarung“. Ueber eine besondere Art dieser Verträge, die sog. Rezesse, d. h. Vereinbarungen über Wegebaukosten: G e r m e r s h a u s e n , Wegerecht, Bd. I, Register v. „Rezesse“. B i t t e r s - H W B . , II ² S. 432, Art. „Rezesse“. H a t s c h e k , Lehrb. des Verwaltungsrechts ⁵, S. 57. Ueber Teilungsrezesse im sächsischen Recht: Sächs. OVG. v. 9. Dez. 1903 (Jahrbücher Bd. 5, S. 237).

⁹⁰ S. oben S. 50. Die Zivilgerichte neigen infolgedessen der Ansicht zu, Streitigkeiten aus einem Vertrag gehörten ohne Weiteres auf den Rechtsweg.

ein „Privatrechtstitel“. Er sei nur zwischen Gleichgeordneten möglich; eine Gleichordnung bestehe aber niemals zwischen dem Herrscher und dem Untertan. So äußerlich darf jedoch das Problem nicht aufgefaßt werden. Wir preisen es als eine Errungenschaft des Rechtsstaates, daß die Verwaltung selbst Untertan des Gesetzes geworden ist, und wir sind stolz darauf, daß der Staat die von ihm durch einseitige Verfügung begründeten öffentlichen Rechte der Untertanen gegen sich gelten lassen muß. Weshalb soll der Herrscher Staat an ein vertraglich gegebenes Versprechen dem Untertan gegenüber weniger gebunden sein?⁹¹ Dem Herrscher Staat fehlt somit nicht die passive Vertragsfähigkeit, die Verpflichtbarkeit. Wenn der Vertrag trotzdem im modernen Verwaltungsrecht eine wesentlich geringere Rolle spielt, als die Verfügung, so liegt die Ursache in einem Moment, das bereits bezeichnet worden ist. Vom Vertrag kann nur dort die Rede sein, wo auf die Ausgestaltung eines Rechtsverhältnisses der Wille einer jeden Partei einen gleichen rechtlichen Einfluß besitzt. Das trifft, wie wir oben § 4 nachgewiesen haben, bei den Verhältnissen des öffentlichen Rechtes im allgemeinen nicht zu. Denn diese werden einseitig durch den Willen des Staates geordnet.⁹² Die meisten der von der Praxis als öffentlich-rechtliche Verträge bezeichneten Verwaltungsakte sind einseitige Verfügungen, deren Rechtmäßigkeit bedingt ist durch die Zustimmung des Betroffenen (s. oben S. 192). Die Behörde darf zum Vertrag nur greifen in den Fällen, in denen Gesetz oder Gewohnheitsrecht die Vertragsform zugelassen und dadurch auf die ein-

Kamptz und Delius, Rechtsprechung des Reichs- und Kammergerichts auf den Gebieten des öffentlichen Rechts, Bd. I, S. 215, Nr. 10. Ueber die verschiedenen Ansichten der Praxis: Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 47, 111.

⁹¹ Theodor Buddeberg, Rechtssoziologie des öffentl.-rechtl. Vertrags (ArchöffR. n. F. 8 [1925], S. 85 f.); der Verfasser des Aufsatzes verteidigt besonders lebhaft die Vereinbarung als die Zukunftsform im kollektivistischen Aufbau des gesellschaftlichen Staates, in welchem „die Wirtschaft als selbständiger Organismus die Rolle des bestehenden Staates übernimmt“ (S. 161).

⁹² Daher behauptet Otto Mayer, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag (ArchöffR. 3, S. 1 ff.), der Vertrag im eigentlichen Sinne sei im Verwaltungsrecht unanwendbar; was man „Verträge“ nenne, seien in Wahrheit Verwaltungsakte, die nur mit Zustimmung des Betroffenen erfolgen könnten; oben S. 192. Im selben Sinn Korman, Rechtsgeschäftliche Staatsakte, S. 38—39.

seitige Regelung eines Rechtsverhältnisses verzichtet hat.⁹³ Läßt sich die Behörde zur Abschließung eines Vertrages ohne gesetzliche Ermächtigung herbei, so ist ihre ganze Anordnung nichtig.⁹⁴ Nähere Betrachtung lehrt, daß es sich in den meisten Fällen, in denen die Gesetze die Vertragsform zulassen, nicht um Begründung neuer, sondern um Abänderung bereits bestehender gesetzlicher Rechte und Pflichten handelt. Dahin gehören Verträge der Finanzbehörden mit den Abgabepflichtigen über die Höhe der einzelnen Abgabe,⁹⁵ Vergleiche zwischen der Berufsgenossenschaft und

⁹³ Fleiner, Einzelrecht und öffentl. Interesse, S. 29. Es kann für das einzelne Rechtsverhältnis streitig sein, ob es durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag oder durch eine einseitige, mit Einwilligung des Betroffenen erlassene Verfügung begründet worden ist. So ist man zunächst geneigt, die Anstellung der Soldaten (einschl. der Offiziere) in der Reichswehr als eine Fortsetzung des beamtenrechtlichen Verhältnisses der Berufsoffiziere und Berufsunteroffiziere im alten Heer (bis 1918, Meyer-Anschütz⁷ S. 580) zu betrachten und demgemäß anzunehmen, es komme die Anstellung durch eine einseitige Verfügung zustande, für welche die Zustimmung des Betroffenen unerläßliche Voraussetzung sei. Aber das Reichswehrgesetz v. 23. März 1921 spricht nicht bloß von einem „Vertrag“, sondern hat das Verhältnis auch vertragsrechtlich (z. B. betr. Kündigung usf.) ausgestaltet, so daß mit der herrschenden Meinung ein öffentlich-rechtlicher Vertrag anzunehmen ist. Lassar, Reichseigene Verwaltung, S. 93. Martin Ritau, Das Wehrgesetz, 1924, S. 60 und 63. Helfritz, ArchöfR. n. F. 8, 366. — Die „Steuerabmachung“ zur Regelung der Steuerpflicht zwischen Behörde und Steuerpflichtigem begründet m. E. im Zweifel lediglich die Zustimmung des Betroffenen zu dem einseitigen Verwaltungsakt. Blumenstein, Schweiz. Steuerrecht I, 1926, S. 58. — Andererseits gelten die Straßenbenutzungsverträge zwischen Kleinbahnunternehmern und Wegeunterhaltungspflichtigen (Preuß. Kleinbahnges. v. 28. Juli 1892, §§ 6, 7) als öffentlich-rechtliche Verträge. Fleischmann, Gruchots Beiträge 61 (1917), S. 689.

⁹⁴ Wie bereits oben erwähnt wurde, sind die in Verträgen zwischen der Steuerbehörde und Steuerpflichtigen enthaltenen Zusicherungen schon wegen Formmangels nichtig, auch wenn eine materielle Schädigung der Steuerbehörde mit der Vertragsabschließung nicht beabsichtigt worden ist. Göz, Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, S. 130. Anderer Meinung die bei Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 48 und bei Kamptz und Delius, I S. 215, Nr. 10 ff. und S. 475, Nr. 23 angeführten Urteile. Sie gehen davon aus, daß von der öffentlich-rechtlichen Pflicht abgesehen werden darf und völlig unabhängig von ihr privatrechtliche Vereinbarungen getroffen werden können.

⁹⁵ Preuß. Gewerbesteuerverordnung von 1926/27, § 49: „Die Gemeinden sind berechtigt, Vereinbarungen mit Steuerpflichtigen über die Höhe der Steuer abzuschließen. Die Vereinbarungen können auf mehrere Rechnungsjahre abgeschlossen werden. Sie bedürfen der Genehmigung.“ Ueber Ver-

dem versicherten Arbeiter über die Höhe der Unfallentschädigung,⁹⁶ Verträge zwischen dem Exproprianten und dem Expropriaten über die Höhe der Entschädigungssumme⁹⁷ usf. Die erwähnten Verträge gehören ausnahmslos dem öffentlichen Rechte an, weil sie gewisse vom öffentlichen Recht geschaffene Rechtsverhältnisse⁹⁸ ordnen. Wie schon aus den erwähnten Beispielen hervorgeht, gestattet der Gesetzgeber zum Vertrag zu greifen z. B. dann, wenn durch die Abschließung eines Vertrages besondere technische Schwierigkeiten oder besondere Umständlichkeiten des Verfahrens vermieden werden können, die mit einer einseitigen Regelung der betreffenden Rechtsverhältnisse verbunden sind.⁹⁹ Das öffentliche Interesse bleibt auch in diesen Fällen gewahrt; denn die Behörde behält, wenn der Weg des Vertrages nicht zum Ziele führt, die Möglichkeit, ihre Aufgabe durch Erlaß einer einseitigen Verfügung zu erfüllen. Dieses Zurücktreten des Vertrages hinter der einseitigen Verfügung hat zwei Ursachen. Die Abschließung eines Vertrages ist regelmäßig nur auf Grund wechselseitiger Zugeständnisse der Parteien möglich.¹⁰⁰ Schafft der Gesetzgeber Raum für eine Vertrags-

träge zwischen Steuerverwaltung und Steuerpflichtigen im allgemeinen: B ü h l e r, Steuerrecht, I S. 351 f. und Veröffentl. d. deutsch. Staatsrechtslehrer-Tagung, Heft 3, S. 111.

⁹⁶ RVO. § 1666.

⁹⁷ Ob die sog. Expropriationsverträge öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sind, ist bestritten. Die verschiedenen Meinungen erörtert O t t o F i s c h e r, Expropriationsverträge, Heidelberger juristische Dissertation, 1910. A p e l t, Verwaltungsrechtl. Vertrag, 152.

⁹⁸ Sächs. OVG. v. 3. Aug. 1901 (Jahrb. 1, S. 128). OLG. Dresden 31. März 1910, Fischers Zft. 41, S. 211; Spruchs. 1912 d. DJZ. § 189). S o e r g e l, I S. 433, Nr. 7. A p e l t, Verwaltungsrechtl. Vertrag, 106 f.

⁹⁹ Vergleiche kommen im öffentlichen Rechte vor, sind aber nur dort zulässig, wo das öffentliche Recht den Beteiligten Freiheit zur Ausgestaltung des konkreten Rechtsverhältnisses läßt; dadurch verliert das Verhältnis seine öffentlich-rechtliche Natur nicht. A p e l t, Verwaltungsrechtl. Vertrag, S. 148, 179. VGH. Württ. 27. Okt. 1909 (Soergel, II S. 291; a. M. RGerZ. 77, S. 298). RVersAmt 23. Mai 1912 (DJZ. 18, 102). W a c h l e r und N a u n d o r f f, Rechtsgrundsätze des Sächs. OVG. II, S. 88, Nr. 13. — Grundsätzliche Unzulässigkeit des Vergleichs in Steuersachen: RFinanzH. 20. Okt. 1925 (Staats- und Selbstverwaltung VII 508) und daselbst der Aufsatz von D ö r n e r, Vergleiche in Steuersachen. — Ueber den sog. Prozeßvergleich s. unten § 17 (am Ende). — Ebensowenig bietet das vom Officialprinzip beherrschte Verwaltungsrecht in der Regel Raum für einen Anerkennungsvertrag und ein gerichtliches Anerkenntnis: D y r o f f, Bayr. VerwGerichtsgesetz *, S. 550.

¹⁰⁰ Form des Vertrages: Im allgemeinen genügt einfache Schriftform.

schließung, so bietet er somit der Behörde die Gelegenheit, den einen Bürger besser zu behandeln, als den andern. Darum kann der Vertrag eine Gefahr für die Rechtsgleichheit werden. Im Gegensatz zum Vertrag stellt die Verfügung die Form für die Verwirklichung der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetze dar. Weiterhin aber, und das ist der zweite Grund für die Vorherrschaft der Verfügung im öffentlichen Recht, ruht die Verfügung allein auf dem Willen des Verfügenden. Von ihm kann sie daher jederzeit zurückgenommen werden. Dieses Moment macht sie der öffentlichen Verwaltung unentbehrlich. Der Vertrag verpflichtet die Vertragsparteien gegenseitig, den Vertragsinhalt zu erfüllen.¹⁰¹ Welche Veränderungen seit dem Abschluß des Vertrags mögen eingetreten sein, — der Schuldner muß halten, was er einst unter ganz andern Umständen versprochen hat, auch wenn die Erfüllung des Vertrags seinem Interesse direkt zuwiderläuft und seine ganze Existenz gefährdet. Derartigen Folgen kann der Staat seine obersten Interessen nicht preisgeben.

§ 14. Der Verwaltungszwang.¹

I. Jeder obrigkeitliche Befehl, gehe er unmittelbar auf das Gesetz oder aber auf eine kraft des Gesetzes erlassene Verfügung zu-

Hierüber und über Ungültigkeit des Vertrages: *A p e l t*, Verwaltungsrechtl. Vertrag, S. 185 f., 213 f.

¹⁰¹ Die Flucht des Staates in das Privatrecht, von der oben § 8 die Rede war, hat sogar dem Reich erlaubt, einen der Nationalversammlung 1919 vorgelegten Gesetzesentwurf auf Sozialisierung einer A.-G. (Ilseeder-Hütte) als Druckmittel gegen die genannte Gesellschaft zu verwenden und sodann gegen deren Versprechen auf bestimmte finanzielle Leistungen als Gegenleistung die Rückziehung des Gesetzesentwurfes zuzusagen. Das Reichsgericht hat, im Gegensatz zum Preußischen Kammergericht, den Vertrag — m. E. zu Unrecht — geschützt. JW. 1926, 670; 1927, 1250.

¹ *Edgar Loening*, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 250. *Otto Mayer*, I² S. 257, 271, 287, 299. *Georg Meyer-Dochow*, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts⁴, § 12, S. 67. *A n s c h ü t z*, Das Recht des Verwaltungszwangs in Preußen (VerwArch. I, S. 389). *Th o m a*, Polizeibefehl im Badischen Recht, Bd. I, S. 89 ff. v. *S e y d e l*, Bayerisches Staatsrecht, II S. 346. *G. Meyer-Anschütz*, Art. „Verwaltungszwangsverfahren“ im WBStVR.³ III. *B i t t e r s*, HWB. Art. „Verwaltungszwangsverfahren“, Bd. II², S. 871. *K o r m a n n*, Grundzüge (Hirths Annalen d. Deutschen Reichs 1912, S. 218). *B u c h*, Das nichtkodifizierte Verwaltungszwangsrecht in Preußen (ArchöfR. 31, 326 ff., insbes. 362 ff.). *Z i e g l e r*, Das Recht des Verwaltungszwangs in Bayern (Hirths Annalen Bd. 48 [1915], S. 724 f. *K u k u l a*, Der Verwaltungszwang, Wien 1918. *S c h o e n*,

rück, auferlegt dem Bürger, Untertan, eine öffentliche Pflicht zu einer Handlung oder Unterlassung. Als obrigkeitlich bezeichnen wir den Befehl darum, weil er mit Herrschermacht erlassen ist. In dieser aber ist die Befugnis enthalten, den Untertan zur Befolgung des Befehls zu zwingen. Zwei Wege stehen offen zur Erreichung dieses Ziels: die Verhängung von öffentlicher Strafe wegen Nichtbefolgung des Befehls, und die Vollstreckung des Befehls mit besonderen öffentlich-rechtlichen Zwangsmitteln.

Keines Beweises bedarf es, daß der psychologische Zwang, der in der *S t r a f a n d r o h u n g* liegt, ein taugliches Mittel auch zur Vollstreckung von Verwaltungsbefehlen darstellt. Allein die deutsche Strafgesetzgebung kennt kein allgemeines Delikt „Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen“.² Wohl hat das Reichsrecht in den Vorschriften des Reichsstrafgesetzbuchs über den Widerstand gegen die Staatsgewalt und in den Bestimmungen über die Uebertretungen (zweiter Teil, Abschnitte 6 und 29) die Auflehnung gegen bestimmte Arten staatlicher Befehle und die Nichtbeachtung gewisser polizeilicher Gebote und Verbote unter Strafe gestellt, und die Landesgesetzgebung hat in ihrem Kompetenzbereich³ dasselbe getan durch die Normierung bestimmter Polizeidelikte,⁴ usw. Stets aber hat der Strafgesetzgeber die Tatbestände genau abgegrenzt und dabei einen großen Teil amtlicher Verfügungen unbewehrt gelassen. Schon aus diesem Grunde kann in Deutschland die Strafe nicht die Funktion eines allgemeinen verwaltungsrechtlichen Zwangsmittels erfüllen. Die Reichsstrafprozeßordnung, §§ 413 und 419, gestattet zwar der Landesgesetzgebung, die Ahndung der sog. Polizeidelikte und Finanzdelikte in bestimmtem Umfang den Verwaltungsbehörden zu übertragen. Aber damit wird diesen Behörden keine verwaltungsrechtliche Zwangsgewalt in die Hand gegeben, sondern die Ausübung richterlicher Funktionen zugewiesen. Ihre Entscheidungen sind richterliche Urteile,⁵ die auf Sühne und nicht auf Zwang ab-

Enzykl. IV 268. Herrnritt, S. 350. Hatschek, Lehrbuch d. VR.⁵, § 55. A. Merkl, § 16. W. Jellinek, S. 321 f.

² Ueber das „régime administratif“ (selbständiger Verwaltungszwang) und das „régime judiciaire“ (Verwaltungszwang auf Grund gerichtlicher Entscheidung): Fleiner, Beamtenstaat und Volksstaat, S. 47 f. Karl Brunner, Die Lehre vom Verwaltungszwang (rechtsvergleichend), Zürich. Diss. 1923.

³ EG. zum RStGB. § 2.

⁴ Ueber die Polizeistrafgesetzbücher s. oben S 77 ff.

⁵ RGer.St. 19. Februar 1901 und 20/27. Juli 1903 (Reger 21, 445; 25,

zielen; für sie sind die allgemeinen Lehren des Strafrechtes über Verschuldung, Rechtsirrtum usf. in gleicher Weise maßgebend wie für die Urteile, die kriminelles Unrecht ahnden.⁶ Es gibt kein besonderes, auf die Bedürfnisse der Verwaltung zugeschnittenes Verwaltungsstrafrecht.⁷ Zwang und Strafe gehen ihre eigenen Wege, und es ist vom gesetzgebungspolitischen Standpunkt aus verfehlt, die Verletzung sekundärer Verwaltungsinteressen zu Delikten zu stempeln und zur Strafe zu greifen dort, wo der einfache Zwang ausreicht. Zwang, nicht Strafe muß die Losung des Verwaltungsrechtes sein.

Nur der von der Behörde gegen den Pflichtigen ausgeübte Zwang, die öffentlich-rechtliche Zwangsvollstreckung, erreicht im Falle der Pflichtverletzung des Bürgers das Ziel, den rechtlich geforderten Zustand herzustellen. Diese Verwaltungsexekution soll uns in den folgenden Erörterungen beschäftigen. Es gibt eine *executio ad faciendum vel omittendum* und eine *executio ad*

S. 388: auch bei derartigen Entscheidungen gilt der Grundsatz des „ne bis in idem“). K o r m a n n, Rechtsgeschäftliche Staatsakte S. 342. Anderer Ansicht die bei R e g e r, 21, S. 417 und 22, S. 426 mitgeteilten Erlasse, welche in den betr. Entscheidungen der Verwaltungsbehörden zurücknehmbare Verwaltungsakte erblicken.

⁶ Jahrb. d. KammerGer. 42, S. 376; 44, S. 420. RGerSt. 38, S. 104. Man beachte, zu welchen gekünstelten Konstruktionen („Formaldelikte“) die Theorie, die dies leugnet, greifen muß, um bei der Behandlung der Polizei- und Finanzdelikte eine Berücksichtigung des Irrtums auszuschalten, und welche Umwege sie andererseits einzuschlagen genötigt ist, um zu der Lösung zu kommen, daß auch die fahrlässige Begehung eines Polizei- oder Finanzdelikts den Täter strafbar mache. Vgl. die Zusammenstellung der Literatur und Judikatur bei F r a n k, Strafgesetzbuch¹⁷, S. 189, 758 f. v. L i s z t-S c h m i d t, Lehrb. d. deutsch. Strafrechts²⁵, S. 147, 223.

⁷ Den Gedanken eines solchen Verwaltungsstrafrechtes entwickelt das Buch von James G o l d s c h m i d t, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902, und der Aufsatz desselben Verfassers: „Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre“ (Festgabe der juristischen Gesellschaft Berlin für Richard Koch, 1903, S. 415). Goldschmidt konstruiert den Begriff eines besondern verwaltungsrechtlichen Unrechts. Als Verwaltungswidrigkeit erscheint ihm die Unterlassung der Unterstützung der auf das Staatswohl gerichteten Tätigkeit (s. insbesondere „Verwaltungsstrafrecht“ S. 548 und 566). F r. T r o p s, Begriff und Wert eines Verwaltungsstrafrechtes, 1926 (Strafr. Abhand. Breslau, Heft 208). v. D o h n a, Beziehungen und Begrenzungen von Strafrecht und Verwaltungsrecht (Verw.-Arch. 30, 233). Weitere Literatur bei v. L i s z t-S c h m i d t, Lehrbuch des deutschen Strafrechts²⁵, S. 187 und bei W. J e l l i n e k, 322. Vgl. gegen Goldschmidt die kritischen Bemerkungen von F r a n k, StGB.¹⁷, S. 761 (und dort zitierte Autoren).

solvendum. Gezwungen werden kann nur der Gewaltunterworfenen, der Untertan. Soweit der Staat Privatrechtssubjekt ist, ist auch gegen ihn ein Zwang zulässig.⁸ Der Anwendung des Zwangs geht regelmäßig die Androhung des Zwangsmittels voraus.⁹ Außer den vom Gesetzgeber zur Erzwingung von Verwaltungsbefehlen bezeichneten Zwangsmitteln darf die Behörde keine anderen zur Anwendung bringen.¹⁰ Im übrigen gilt auch für das Zwangsverfahren der Grundsatz der sog. Verhältnismäßigkeit, d. h. die Verwaltungsbehörde darf kein stärkeres Zwangsmittel anwenden, als zur Erreichung des beabsichtigten Erfolges erforderlich ist. Jede Behörde vollstreckt im allgemeinen die von ihr erlassenen Verfügungen selbst.¹¹ Zu diesem Behufe kann sie die Mitwirkung besonderer Exekutivorgane (Gendarmen, Schutzmannschaft usw.) in Anspruch nehmen.¹² Reicht deren Kraft nicht aus, so ist die Behörde befugt, im äußersten Falle militärische Hilfe zu verlangen.¹³

⁸ PrOVG. v. 28. Sept. 1892 (Entsch. Bd. 23, S. 369).

⁹ Thüring. LandesverwOrd. 1926, § 157 I. RAO. § 202, Abs. 6. Auch gegen die Verfügung, die das Zwangsmittel androht, gibt es Rechtsschutz, Auf alle Fälle kann der Betroffene zur Geltung bringen, das Zwangsmittel sei nach Art oder Höhe gesetzwidrig. Badisches Verwaltungsrechtspflegegesetz v. 14. Juni 1884, § 4, Abs. 5, Ziff. 5. Dagegen kann der Betroffene die formell rechtskräftig gewordene Verfügung, welche erzwungen werden soll, nicht mehr anfechten. Wachler und Naundorff, Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. OVG. Bd. II, S. 84, Nr. 3 d. Für Preußen ist maßgebend das Landesverwaltungsgesetz v. 30. Juli 1883, § 133: „Gegen die Androhung eines Zwangsmittels finden dieselben Rechtsmittel statt, wie gegen die Anordnungen, um deren Durchsetzung es sich handelt. Die Rechtsmittel erstrecken sich zugleich auf diese Anordnungen, sofern dieselben nicht bereits Gegenstand eines besonderen Beschwerde- oder Verwaltungsstreitverfahrens geworden sind. — Gegen die Festsetzung und Ausführung eines Zwangsmittels findet in allen Fällen nur die Beschwerde im Aufsichtswege innerhalb zwei Wochen statt . . .“ PrOVG. v. 4. Nov. 1889 (Entsch. Bd. 18, S. 339); v. 22. Mai 1911 (PrVBl. 33, 200). Kommentar z. Landesverwaltungsgesetz³ von Friedrichs, 1927 und von Brauchitsch, D. preuß. Verwaltungsgesetze, neu herausgeg. von Drews und Lassar, I²³ (1925).

¹⁰ Unzulässig ist es z. B. einem um Entlassung aus der Staatsangehörigkeit nachsuchenden Deutschen die Entlassungsurkunde wegen Steuerrückständen zu verweigern; denn für die Eintreibung von Steuern hat das Gesetz besondere Zwangsmittel ausgebildet. Reger 8, 277; 9, 352; 20, 237; Erg.-Bd. II S. 110. PrOVG. Bd. 15, S. 405. Soergel, I S. 4, Nr. 2.

¹¹ Vgl. z. B. LandesVerwO. f. Thüringen von 1926, §§ 148 f.

¹² Fleischmann, Art. „Gendarmerie“ im WBStVR.² II 178, 946.

¹³ Für das ältere Recht: Harry v. Reinhardt, Der Waffengebrauch als Mittel staatlichen Verwaltungszwangs, Heidelb. Diss. 1910. Nun-

Welche Zwangsmittel stehen aber den Behörden zu Gebote? Da jeder obrigkeitliche Befehl von Haus aus mit Zwangsgewalt ausgestattet ist,¹⁴ so bedarf die Behörde zur zwangsweisen Vollstreckung ihrer Verfügung nur insoweit einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung, als sie zur Erzwingung der geschuldeten Leistung mehr oder anderes anordnet, als in dem ursprünglichen Befehle enthalten ist.

Die Zahl der Zwangsmittel ist auf folgende Arten beschränkt:

1. Die **U n g e h o r s a m s-** (Exekutiv-, Vollstreckungs-, Zwangs-) **s t r a f e.**¹⁵ Der Behörde ist das Recht eingeräumt, von sich aus und ohne Mitwirkung der Gerichte, den widerstrebenden Willen des Leistungspflichtigen durch Zufügung von Rechtsnachteilen (Geldbuße, Haft) zu brechen.¹⁶ Die Ungehorsamsstrafe dient dazu,

mehr gilt Reichswehrgesetz von 1921, § 17: Militärisches Eingreifen in der Regel nur „im Falle öffentlicher Notstände oder einer Bedrohung der öffentlichen Ordnung“ und zwar nur auf Aufforderung der Landesregierung. R. L i e p m a n n, Die polizeilichen Aufgaben der deutschen Wehrmacht, 1926. — Ueber den Waffengebrauch der Polizeibeamten bei den Moabiter Unruhen (1910) und die in deren Folge erlassene Verfügung des Berliner Polizeipräsidiums v. 20. Juni 1911 s. PrOVG. 18. Okt. 1912 (PrVBl. 34, 221); F r i e d r i c h s in der DJZ. 16, 1537.

¹⁴ Da das Reichsimpfgesetz v. 8. April 1874 den Impfwang einführt, so ist die zuständige Polizeibehörde befugt, zwangsweise Vorführung der Kinder zur Impfung anzuordnen, trotzdem das Reichsgesetz § 4 dies nicht ausdrücklich gestattet. PrOVG. v. 24. Sept. 1909, 18. Juni 1912 (PrVBl. 22, 346; Entsch. Bd. 61, S. 223; Bd. 70, S. 33) und ferner die Angaben zu § 4 des Impfgesetzes in S t e n g l e i n s Kommentar zu den Strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reichs. R e g e r 31, 73, 377; 42, S. 275. S o l l b r i g, Art. „Impfung“ im WBStVR.² II 425. G. M e y e r - D o c h o w, Lehrbuch d. Verwaltungsrechts ⁴, § 42. Weitere Literatur bei W. J e l l i n e k, S. 432, 437. B r a u c h i t s c h, I ²³ S. 446.

¹⁵ Aus der reichen Literatur: O t t o M a y e r, I ³ 272, 371. R o s i n, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, S. 103. M a r t i n I s a a c, Zwangsstrafrecht und Zwangsstrafverfahren (Zft. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. XXI, 1901, S. 625). T h o m a, Polizeibefehl, Bd. I, S. 92, 302 ff. H o f a c k e r, Verhältnis der Exekutiv- (Ungehorsams-, Zwangs-) Strafen zu den Kriminal- (allgemeinen) Strafen nach dem geltenden Rechte (VerwArch. 14, S. 447, daselbst auch die weitere Literatur); s. ferner ein Aufsatz desselben Verfassers über die rechtliche Natur der württembergischen Ungehorsamsstrafe in B o s c h e r s Zft. für die freiwillige Gerichtsbarkeit und Gemeindeverwaltung in Württemberg, 1906, S. 340, 371; 1907, S. 19. K r a k e n b e r g e r, Die rechtl. Natur der Ordnungsstrafe, 1912 (Strafr. Abh., Breslau, Heft 156). S t e i n, Justiz und Verwaltung, S. 46 ff. A. M e r k l, 266 f.

¹⁶ Thüring. LandesverwO. von 1926, § 153: Zwangsgeldstrafe und Zwangshaft. An Stelle einer uneinbringlichen Geldstrafe tritt Ersatzzwangshaft

nichtvertretbare persönliche Leistungen (Handlungen, wie Unterlassungen) des Verpflichteten zu erzwingen.¹⁷ Nach dem oben dargelegten Grundsatz bedarf die Behörde, um dieses Mittel anwenden zu können, einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung. Diese haben die Landesgesetze regelmäßig in einer Bestimmung allgemeinen Inhalts erteilt;¹⁸ auch das Reichsrecht hat bei der Regelung bestimmter Materien, namentlich finanzrechtlicher Natur, die Behörden zur Verhängung von Ungehorsamsstrafen in reichem Maße ermächtigt.¹⁹ Da die „Ungehorsamsstrafe“ keine Strafe²⁰ im Rechtssinn darstellt, so kann sie nach Ermessen der Behörde wegen desselben Tatbestandes beliebig wiederholt werden.²¹ Der Grundsatz „ne bis in idem“ gilt hier nicht. Die Höhe der angedrohten Strafe bemißt sich nicht nach dem Verschulden des Pflchtigen, sondern nach der Stärke des geleisteten Widerstandes. Ist der Widerstand gebrochen oder die geschuldete Leistung nicht mehr möglich, so ist kein Raum mehr für eine Ungehorsamsstrafe.²² Der Betrag

(§ 157 IV) [höchstens 2 Wochen]). Ueber den Zwang gegen jur. Personen oben S. 163.

¹⁷ Z. B. Pflicht zur Ausführung eines Werkes (Reparatur), zum Erscheinen vor einer Behörde, zur Einstellung der Orchestrionmusik usf.

¹⁸ Vgl. z. B. Preuß. Landesverwaltungsgesetz von 1883, § 132; Bayr. Polizeistrafgesetzbuch v. 26. Dez. 1871, Art. 21. Bad. Polizeistrafgesetzbuch von 1863, § 31. Württ. Polizeistrafverfügungsgesetz v. 12. Aug. 1879/4. Juli 1888, Art. 2. Besonders polizeistaatlich gefaßt ist das Kgl. Sächs. sog. AGesetz v. 28. Jan. 1835, über Kompetenzverhältnisse zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörden, § 2; es ermächtigt die Verwaltungsbehörde, „innerhalb ihrer Kompetenz ihre Verfügungen mit Nachdruck durchzuführen und zu dem Ende im allgemeinen (durch Verordnungen) oder in einzelnen Fällen sachgemäße Strafen anzudrohen und zu vollstrecken. . . .“

¹⁹ Vgl. z. B. RAO. §§ 202, 377.

²⁰ Das ist für die Landesgesetzgebung deshalb wichtig, weil sie bei der Ausgestaltung der Ungehorsamsstrafe durch keine reichsrechtliche Schranke beengt ist, insbesondere nicht durch den der Landesgesetzgebung vom EG. zum RStGB. § 5 gezogenen Strafrahmen.

²¹ Vgl. z. B.: Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17. Mai 1898, § 133. — Sowohl zur Erzwingung einer Handlung als auch zu der einer Unterlassung kann jedoch eine Ungehorsamsstrafe bloß für jeden Fall, nicht für jeden Tag des Zuwiderhandelns angedroht werden. PrOVG. 19. Jan. 1901 (R e g e r 21, S. 351). Thüring. LandesverwO. § 153, Abs. III.

²² Entsch. des Bad. VGH. v. 23. Jan. 1900 (R e g e r, Erg.-Bd. II, S. 170): Der Pferdeeigentümer stellt trotz Androhung von Ungehorsamsstrafe sein Pferd nicht zur militärischen Vorspannleistung. Die Behörde requiriert ein anderes Fuhrwerk. Hinterher will sie den Betrag der Ungehorsamsstrafe

der Ungehorsams- (Geld-) Strafe wird bei dem Pflichtigen eingetrieben, wie eine öffentliche Abgabe. Die Behörde kann, sofern es ihr das Gesetz nicht ausdrücklich verbietet, Ungehorsamsstrafen verhängen, auch wenn wegen desselben Tatbestandes strafrechtliche Ahndung einzutreten hat.²³ Strafe und Zwang verfolgen getrennte Zwecke.

2. Die E r s a t z v o r n a h m e. Wenn es sich um eine vertretbare Leistung handelt, so kann die Behörde bei Widerstand des Pflichtigen die anbefohlene Leistung selbst ausführen oder durch

gegen den Pferdebesitzer eintreiben. Dies erklärt der VGH. mit Recht für unzulässig, denn die geschuldete Leistung ist nicht mehr möglich.

²³ Eine gleichzeitige Verwendung der kriminellen Strafe und der Ungehorsamsstrafe schließt aus das Bayr. Polizeistrafgesetzbuch v. 26. Dez. 1871, Art. 21, Abs. 1 und 3: „Die Behörden der inneren Verwaltung sind befugt, Verfügungen, die sie innerhalb ihrer Zuständigkeit zum Vollzuge von Gesetzen, deren Uebertretung nicht mit Strafe bedroht ist, an bestimmte Personen erlassen und diesen eröffnet haben, durch Anwendung gesetzlicher Zwangsmittel zur Ausführung zu bringen.“ Gerstle in Hirths Annalen 1917, S. 731 f. Aehnlich Bad. Polizeistrafgesetzbuch v. 31. Okt. 1863, § 31. Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht, I 261, 302. Die herrschende Ansicht erblickt in dieser Lösung die gemeine Meinung der deutschen Gesetzgebung und bringt sie demgemäß zur Anwendung auch dort, wo der Gesetzgeber sich über das Verhältnis von Exekutiv- und Kriminalstrafe ausgesprochen hat. Sie begründet ihre Behauptung damit, das Strafgesetz habe sich in den Fällen, in denen es eine Strafe androhe, endgültig des betreffenden Tatbestandes bemächtigt und ihn der weiteren Kompetenz der Verwaltungsbehörden entzogen. Dies entspreche der Billigkeit, denn der Bürger dürfe nicht wegen derselben Auflehnung einen zwiefachen Rechtsnachteil erleiden. Parey, Rechtsgrundsätze des PrOVG. II, S. 911, Nr. 24. Reger 23, S. 70 (Sächs. Praxis). H. Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, S. 103 ff. Otto Mayer, I² S. 279. Walz, Badisches Staatsrecht, S. 303, Anm. 4. Die gemeine Meinung übersieht jedoch, daß jedes der beiden Institute, Strafe und Zwang, seine besonderen Aufgaben erfüllt. Entzieht man in den genannten Fällen den Verwaltungsbehörden die Befugnis zur Auferlegung von Ungehorsamsstrafen, so windet man ihnen ihre wirksamste Waffe aus der Hand. Solange es noch keine Verwaltungsgerichte gab, war diese Konsumtion der Ungehorsamsstrafe durch die Kriminalstrafe gerechtfertigt, weil dadurch die Verwaltungsstreitsache vor den Strafrichter gelangte und dadurch einem Rechtsschutzbedürfnis genügt wurde. Heute ist dies anders. Gegen die herrschende Meinung wendet sich mit großer Schärfe Hofacker in den oben (S. 218 Anm. 15) angeführten Schriften. Vgl. auch Thüring. LandesverwO. von 1926, § 153, demzufolge die Zwangsmittel, insbesondere die Zwangsgeldstrafen „auch neben rechtssatzmäßig angeordneter Strafe zulässig sind“. Ueber den Stand der Judikatur gibt Aufschluß W. Jellinek, S. 327.

einen Dritten ausführen lassen und zwar auf Kosten des Pflichtigen.²⁴ Bei dieser sog. Ersatzvornahme führt somit die Behörde ihre Anordnung mit eigenem, unmittelbarem Zwang durch. Sie auferlegt dem Pflichtigen nichts, was nicht schon in ihrer ursprünglichen Anordnung enthalten wäre; sie bedarf daher zur Anwendung dieses Mittels keiner besonderen gesetzlichen Ermächtigung. Greift in einem gegebenen Fall die Behörde zur Ersatzvornahme, so ist sie auch ohne weiteres befugt, zu deren Durchführung Wohnung und Liegenschaften des Pflichtigen zu betreten.²⁵ Der für die Ersatzvornahme aufgewendete Betrag stellt eine selbständige, öffentlich-rechtliche Schuld des Pflichtigen dar, die bei ihm zwangsweise eingetrieben wird.²⁶ Die Ersatzvornahme ist, wie erwähnt, nur möglich, wenn die von dem Pflichtigen geschuldete Handlung gerade so gut durch einen Dritten ausgeführt werden kann, wie durch den Pflichtigen selbst. Sie versagt somit bei der Erzwingung aller höchst persönlichen Handlungen (Erteilung von Auskunft, Leistung einer Unterschrift u. dgl.).

3. Der unmittelbare Zwang gegen Vermögen und Person: Die Geldbeträge, die der Pflichtige kraft öffentlichen Rechtes dem Staat oder einer anderen Korporation schuldet (Steuern, Gebühren, Beiträge, Kosten für Ersatzvornahme, Ungehorsamsstrafe usf.), werden bei Säumnis zwangsweise ein-

²⁴ Preuß. LandesverwG. § 132, Ziff. I: „Die Behörde hat, sofern es tunlich ist, die zu erzwingende Handlung durch einen Dritten ausführen zu lassen und den vorläufig zu bestimmenden Kostenbetrag im Zwangswege von dem Verpflichteten einzuziehen.“ Beispiele: Reparatur eines baufälligen Erkers, Trottoirreinigung, Bestreuen des Trottoirs bei Winterglätte, Entfernung eines Wracks aus einem öffentlichen Fluß (Rechtsprechung des Bad. VGH. III, Nr. 414). Beseitigung eines Schildes mit polizeiwidriger Aufschrift (DJZ. 17, 165) usf. Wenn Gefahr im Verzug liegt (wenn z. B. der Einsturz eines Gebäudes unmittelbar bevorsteht), so darf die Behörde zur Ersatzvornahme schreiten, ohne zuvor den Pflichtigen zu eigener Ausführung anzuhalten. PrOVG. 26. Jan. 1910 (PrVBl. 32, 119). Gemäß RAO. § 347 kann das Finanzamt „andere Leistungen als Geldleistungen nach § 202 durch Geldstrafen, Ausföhrung auf Kosten der Pflichtigen und unmittelbar erzwingen.“ Becker, RAO.⁵, S. 459.

²⁵ Insoweit bedarf die Ersatzvornahme wegen RVerf. 115 (Hausfrieden) einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Thüring. LandesverwO. § 158 II: „Soweit der Zweck der Vollstreckung es erfordert, sind die Vollstreckungsbeamten befugt, die Wohnung, und die Behältnisse des Verpflichteten zu durchsuchen, sowie verschlossene Türen und Behältnisse öffnen zu lassen.“ § 160 enthält Beschränkungen betr. Durchsuchung zur Nachtzeit usw.

²⁶ RAO. § 202, Abs. 3, s. oben Anm. 23.

getrieben (Zwangsbetreibungsverfahren). Es findet eine Zwangsvollstreckung in sein Vermögen statt. Geldleistungen dürfen durch keine andern Mittel der Verwaltungsvollstreckung erzwungen werden. Die deutschen Staaten haben zu diesem Behufe entweder ein besonderes Verwaltungszwangsverfahren ausgebildet oder aber die Vorschriften der Zivilprozeßordnung §§ 803 ff. über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen auch für die Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Ansprüche als maßgebend erklärt.²⁷

Leistungen anderer Art, bei deren Vollstreckung Ersatzvornahme oder Ungehorsamsstrafe unanwendbar sind oder nicht zum Ziele führen, hat die Behörde direkt mit physischer Gewalt zu erzwingen. Sie ist vermöge ihrer Amtsgewalt ein für allemal ermächtigt, den rechtlich geforderten Zustand mit unmittelbarem Zwang herzustellen. Sie hat in jedem einzelnen Falle nach pflichtgemäßem Ermessen ihre Maßnahmen zu treffen und sich dabei auf das unbedingt Gebotene zu beschränken.²⁸ Es soll nicht verkannt werden, daß es gerade hier schwer hält, die Grenzen zu ziehen. Der physische Zwang darf im normalen Lauf der Dinge nur ultima ratio sein.²⁹ Ist aber Gewaltanwendung einmal zulässig, so kann sie sich gegen Vermögen, wie Person des Pflichtigen richten. Unmittelbare Gewaltanwendung gegen das Vermögen liegt z. B. vor bei polizeilicher Schließung eines nicht genehmigten Gewerbebetriebes, bei polizeilicher Einstellung eines nicht genehmigten Hausbaus, bei

²⁷ Preuß. Verordnung betr. das Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen v. 15. Nov. 1899/18. März 1904 und dazu Georg Kautz, Das Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen, 6. Aufl., 1922. A. D ü f f e r, Das Verwaltungszwangsverfahren, 1912. K. Sächs. Gesetz über die Zwangsvollstreckung wegen Geldleistungen in Verwaltungssachen v. 18. Juli 1902. Mosel, HWB. II ¹³ S. 1147. Vgl. andererseits Bayr. AusfG. z. ZPO. Art. 4—7, VerwGerG. Art. 46 und dazu D y r o f f, VerwGerG. ⁶ S. 701 f. Thüring. LandesverwO. §§ 169 f. Richard S c h m i d t, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., S. 893. O t t o M a y e r, I ³ S. 371. F. S t e i n, Justiz und Verwaltung, S. 56, 64 ff. — Für die Beitreibung von Reichssteuern: RAO. §§ 298 f. B l u m e n s t e i n, Die Zwangsvollstreckung f. öffentlich-rechtliche Geldforderungen nach schweiz. Recht, 1924 (Berner Festgabe f. d. Bundesgericht).

²⁸ v. S e y d e l, Bayerisches Staatsrecht, III S. 5/6. O t t o M a y e r, I ³ S. 287 f. T h o m a, Polizeibefehl, I S. 90. R o s i n, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, S. 111.

²⁹ Preuß. Landesverwaltungsgesetz § 132, Ziff. 3: „Unmittelbarer Zwang darf nur angewendet werden, wenn die Anordnung ohne einen solchen unausführbar ist.“

Beschlagnahme von Wirtschaftsinventar zur Verhinderung eines nicht genehmigten Wirtschaftsbetriebs usf.³⁰ Besondere Schwierigkeiten bereitet die Frage, unter welchen Umständen die öffentliche Behörde zur Erzwingung einer Leistung Hand an die Person legen darf.³¹ Man hat davon auszugehen, daß Gewalt gegen die Person des Widerspenstigen nur in den Fällen als zulässig erscheint, in denen die Erfüllung der anbefohlenen Leistung durch kein anderes Mittel herbeigeführt werden kann.³² Daher ist z. B. eine zwangsweise Vorführung von Kindern zur Impfung zulässig.³³ Ebenso können Personen, männlichen und weiblichen Geschlechts, die geschlechtskrank und verdächtig sind, die Geschlechtskrankheit weiter zu verbreiten, zwangsweise einem Heilverfahren unterworfen werden, und derselbe behördliche Zwang ist auch zulässig, wenn es gilt, eine Person, die dringend verdächtig ist, geschlechtskrank zu

³⁰ Reichsgewerbeordnung § 147, Abs. 3, ermächtigt, wenn eine gewerbliche Anlage ohne Genehmigung errichtet wird oder die wesentlichen Bedingungen der „Gewerbekonzession“ nicht eingehalten werden, die Polizeibehörde ausdrücklich, „die Wegschaffung der Anlage oder die Herstellung des den Bedingungen entsprechenden Zustandes derselben anzuordnen“. Ein interessantes Urteil des preuß. Kammergerichts v. 19. April 1907 (R e g e r 28, S. 7): Ein Wirt eröffnet eine Schankwirtschaft ohne polizeiliche Erlaubnis, die Polizei verhindert den weiteren Betrieb durch Beschlagnahme der Trinkgläser, einschließlich der im Eigentum der Gäste stehenden Stammkrüge. Das Kammergericht hat dies mit Recht für zulässig erklärt. — Polizeiliche Schließung gewerblicher Anlagen ist zulässig, um den Pflichtigen zur Einhaltung der Genehmigung zu zwingen. Entsch. des PrOVG. v. 20. Juli 1907, 23. März 1911 (R e g e r 28, 8; Entsch. Bd. 59, S. 365). Ueber polizeiliche Einstellung von Bauten: F. J. R o t h, Badische Landesbauordnung, S. 263.

³¹ Bitters Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Freiheit, persönliche“, Bd. I², S. 629. Die Landes- und Reichsgesetze, welche den unmittelbaren Zwang gegen die Person als administrative Vollstreckungsmaßregel zulassen, stehen insoweit im Einklang zu RVerf. 114 (Freiheit der Person). S t i e r - S o m l o, I 443.

³² Die RAO. § 202 Abs. 4 spricht einen allgemeinen Grundsatz aus: „Unmittelbarer Zwang darf nur angewandt werden, wenn die Anordnung sonst nicht durchführbar ist oder Gefahr im Verzuge liegt.“ — Das Gefügigmachen des ausgewiesenen Ausländers mit dem Gummiknüppel halte ich, im Gegensatz zu W. Jellinek, 329 für ebenso unzulässig, wie die Verhaftung des Tänzerpaares, das ohne Bekleidung auftreten will. — Unzulässig ist eine vorläufige Festnahme, welche dazu dienen soll, einen zu einer öffentlich-rechtlichen Geldzahlung Verpflichteten im Staatsgebiet zurückzuhalten und ihn auf diese Weise zur Bezahlung zu zwingen. Unrichtig: RGerStr. 17. Sept. 1892 (R e g e r 13, S. 177).

³³ S. oben Anm. 14.

sein, zu einer ärztlichen Untersuchung zu bringen.³⁴ In gleicher Weise darf auch der Private zur Erteilung von Auskunft oder zur Erstattung eines Zeugnisses zwangsweise der Behörde zugeführt werden,³⁵ sofern für ihn im gegebenen Falle eine rechtsgültige Auskunftspflicht besteht.³⁶

Nicht die ultima ratio, sondern das einzig mögliche Mittel bildet die unmittelbare Gewaltanwendung in den Fällen, in denen allein durch sofortigen Zwang das gefährdete öffentliche Interesse geschützt werden kann. So ist die Behörde ohne weiteres befugt, einen Velofahrer, der nach Eintritt der Dunkelheit ohne Laterne fährt, anzuhalten und an der Weiterfahrt zu verhindern; eine Versammlung aufzulösen, in der zu Verbrechen aufgefordert wird (Reichs-Vereinsgesetz § 14); eine Tanzlustbarkeit, die verbotswidrig über die Polizeistunde hinaus andauert, zu schließen;³⁷ eine Hebamme, bei welcher plötzlich eine Geisteskrankheit ausgebrochen ist, trotz ihrer Prüfungszeugnisse an der Ausübung ihres Berufs zu hindern;³⁸ einen Privaten, der in einem feuergefährlichen öffentlichen Lokal raucht, hinauszweisen u. a. m.³⁹ Zu den Mitteln des

³⁴ RGes. z. Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten v. 18. Febr. 1927, § 4. Stölzel im PrVBl. 49, S. 439.

³⁵ PrOVG. v. 28. Okt. 1887 (Entsch. Bd. 15, S. 423). RGerSt. 19. März 1886 und 27. April 1891 (R e g e r 7, S. 106 und 12, S. 210). Anderer Meinung ist Otto Mayer, I¹ S. 345. Ebenso Schoen, Enzykl. IV 271. Die beiden Autoren glauben, die Handlung, auf die es ankomme, werde durch die Vorführung selbst doch nicht erzwungen. Das geht meines Erachtens zu weit. Denn es ist eine Frage für sich, welche Rechtsfolgen eine zur Auskunftserteilung verpflichtete Person treffen, wenn sie vor der Behörde die Auskunft verweigert. Eine allgemeine Vorschrift über die Auskunftsverweigerung (analog der Bestimmung über die Zeugnisverweigerung in der ZPO. § 383) gibt es im Verwaltungsrechte nicht. H a t s c h e k, Lehrb. d. VerwR.⁵, S. 177. B r a g a r d, Darf die Polizei Auskunft verlangen? Berl. Diss. 1915.

³⁶ Weil eine zwangsweise Vorführung zulässig ist, so ist um so schärfer daran festzuhalten, daß vor der Gewaltanwendung genau zu prüfen ist, ob in casu eine Auskunftspflicht besteht. Sie ist nur in den vom Gesetz bestimmten Einzelfällen vorhanden. Mit der Prüfung dieser Frage nehmen es jedoch Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte häufig nicht allzu genau. Das Sächs. OVG. 17. Febr. 1927 (PrVBl. 49, 150) hat sich sogar für eine „Erscheinungspflicht“ zum Zwecke persönlicher Belehrung (Homosexuelle) ausgesprochen.

³⁷ Urteile des PrOVG. v. 24. Sept. 1888 und v. 9. März 1892 (Entsch. Bd. 18 S. 422 und Bd. 22, S. 410).

³⁸ R e g e r 27, S. 349.

³⁹ Das Urteil des PrOVG. v. 30. Jan. 1886 (K a m p t z, Rechtsprechung

sofortigen Zwanges gehört auch die vorläufige Verwahrung einer Person, welche die nächtliche Ruhe stört.⁴⁰ Die Gesetze bestimmen jedoch im Interesse der persönlichen Freiheit, daß eine derartige Haft nicht über eine bestimmte Zeitdauer hinaus ausgedehnt werden darf.⁴¹

Ebenso gibt es Notlagen, denen die Verwaltungsbehörden nur durch Entfaltung sofortigen Zwanges Herr zu werden vermögen.⁴² Derartige Situationen bilden das verwaltungsrechtliche Seitenstück zu den strafrechtlichen Zuständen der Notwehr und des Notstandes. So besitzen die Polizeibehörden ausgedehnte Kompetenzen zur Verhinderung strafbarer Handlungen.⁴³ Hierher zu zählen ist ferner die Befugnis der Verwaltungsbehörden, für den ungestörten Be-

des PrOVG., Bd. IV, S. 1182) erklärt es sogar für zulässig, daß in einem solchen Falle der Polizeibeamte dem Raucher, statt ihn wegzuweisen, die Zigarre mit Gewalt aus dem Munde nimmt. — Nach dem Reichsvereinsgesetz, § 11, darf in einer öffentlichen Versammlung niemand bewaffnet erscheinen. Wird das Verbot übertreten, so ist die Polizeibehörde nicht befugt, dem bewaffnet Erschienenen die Waffen wegzunehmen, sie hat aber das Recht (§ 14, Ziff. 4), die Versammlung für aufgelöst zu erklären. *Stier-Somlo*, Reichsvereinsgesetz, S. 162 und 197.

⁴⁰ *Soergel*, V 29.

⁴¹ Preuß. Gesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit v. 12. Febr. 1850, § 6: „Die im § 3 genannten Behörden, Beamten und Wachmannschaften sind befugt, Personen in polizeiliche Verwahrung zu nehmen, wenn der eigene Schutz dieser Personen oder die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sittlichkeit, Sicherheit und Ruhe diese Maßregel dringend erfordern. Die polizeilich in Verwahrung genommenen Personen müssen jedoch spätestens im Laufe des folgenden Tages in Freiheit gesetzt oder es muß in dieser Zeit das Erforderliche veranlaßt werden, um sie der zuständigen Behörde zu überweisen.“ *Badisches Polizeistrafgesetzbuch* § 30, Abs. 3: „Persönlicher Zwang kann nur angewendet werden, wenn die zu treffenden Maßregeln ohne solchen undurchführbar sind; ein Gewahrsam darf in solchem Falle die Dauer von 48 Stunden nicht übersteigen.“ *G. Meyer-Dochow*, Lehrbuch d. Deutschen Verwaltungsrechts⁴, S. 143.

⁴² v. *Seydel*, Bayerisches Staatsrecht, III S. 5; vor allem aber *Otto Mayer*, I³ § 25. *Schultzenstein*, Nothandlungen im Verwaltungsrechte (VerwArch. 16, 123). *Wolzendorff*, Staatsnotrecht (ArchöffR. 27, 220). *Scholz*, VerwArch. 30, 293. *Drews*, Preuß. Polizeirecht, S. 48 f.

⁴³ Zu dem genannten Zwecke sind zulässig: polizeiliche Verwahrung innerhalb der oben genannten Grenzen und anderer Zwang gegen die Person (Wegnahme eines Revolvers u. dgl.). RGerSt. 4. Okt. 1906 (Entsch. Bd. 27, S. 482). Vgl. auch Kammergericht 23. Sept. 1912 (DJZ. 18, 237). *F. Kitzinger*, Die Verhinderung strafbarer Handlungen durch Polizeigewalt, 1913, S. 158 ff.

trieb ihrer eigenen Tätigkeit zu sorgen: die Behörde darf Lärm, der von außen her ihre Beratungen stört, sofort zwangsweise unterdrücken. Dieselbe Befugnis steht der Schulbehörde zu, nötigenfalls unter Zuhilfenahme der Ortspolizei, a. a. m.⁴⁴ Endlich aber ist die zuständige Behörde bei Feuer- und Wassergefahr zur sofortigen Durchführung der von ihr für nötig erachteten Zwangsmaßregeln ermächtigt; sie ist z. B. befugt, ohne weiteres Privatgrundstücke in Anspruch zu nehmen und Häuser oder Dämme niederreißen zu lassen, sofern dadurch weiterer Schaden verhütet werden kann. Diese tiefen Eingriffe in das Privateigentum werden lediglich durch allgemeine polizeiliche Kompetenzen der Behörden gerechtfertigt.

II. In welcher Weise werden aber Ansprüche durchgesetzt, die dem Bürger gegen eine Verwaltungsbehörde zustehen oder die eine Verwaltungsbehörde im Interesse ihres Dienstzweiges gegen eine andere erhebt? Von Verwaltungszwang i. e. S. kann hier keine Rede sein. Denn wer Verwaltungszwang ausüben will, muß Befehlsgewalt über den Verpflichteten besitzen. Wenn daher eine Behörde im Interesse ihres Dienstzweiges versucht, eine andere Behörde an der undurchbrochenen Durchführung ihrer Verwaltungsaufgaben zu hindern, so liegt in Wahrheit eine Kollision gleichberechtigter öffentlicher Interessen und ein Konflikt über die Grenzen zweier Verwaltungszweige vor. Ein solcher Streit ist aber von den obersten Staatsorganen zu schlichten.⁴⁵

Einer besonderen Regelung bedarf deshalb nur das Verfahren zur zwangsweisen Befriedigung der öffentlich-rechtlichen Ansprüche, welche den Bürgern gegen die öffentliche Verwaltung zustehen. Die Verwaltung steht unter dem Gesetz. Infolgedessen sind ihre Organe verpflichtet, jeden rechtmäßigen Anspruch zu befriedigen, den der Bürger gegen sie erhebt. Ist ein Anspruch des Bürgers auf dem Verwaltungswege für begründet erklärt worden, so muß ihm ohne weiteres Genüge geleistet werden. Kommt eine untere Instanz dieser Pflicht nicht nach, so kann sie von der vorgesetzten

⁴⁴ Vgl. darüber unten in § 24 die Lehre von der Anstaltspolizei.

⁴⁵ Beispiel: Die Polizeibehörde erläßt an den zuständigen Truppenkommandanten eine Verfügung des Inhalts, dem Militär sei verboten, bei den Schießübungen die angrenzenden Grundstücke „mit Kugeln zu bewerfen.“ Eine solche Verfügung ist als von einer unzuständigen Behörde erlassen ungültig. Es liegt eine Kollision zwischen Polizeigewalt und Militärgewalt vor. PrOVG. v. 5. Mai 1877 (Entsch. Bd. 2, S. 399).

Behörde vermöge ihrer Aufsichtsgewalt dazu angehalten werden.⁴⁶ Ist der Anspruch durch rechtskräftiges Urteil eines Verwaltungsgerichtes anerkannt, so geht diese Pflicht der Behörden in ihrer allgemeineren Aufgabe auf, rechtskräftige verwaltungsgerichtliche Entscheidungen zu vollstrecken.⁴⁷

Die Eintreibung von Geldforderungen, die der Bürger gegen den Staat oder eine andere öffentliche Korporation kraft öffentlichen Rechtes besitzt, erfolgt in der Regel in demselben Verfahren, das für die Zwangsvollstreckung wegen privatrechtlicher Forderungen gegen den Staat ausgebildet worden ist.⁴⁸

⁴⁶ Vgl. zum folgenden *Bitters* Handwörterbuch der preuß. Verwaltung, Art. „Prozesse des Fiskus“, Bd. II ², S. 331.

⁴⁷ Preuß. LandesverwGes. von 1883, § 60. Ueber Beschwerden wegen unvollständiger Vollstreckung eines verwaltungsgerichtlichen Urteils befindet in einzelnen Staaten das Verwaltungsgericht selbst. Bad. VerwRPfIGes. von 1884, § 45. Bayr. Ges. über Errichtung eines VGH. von 1878, Art. 46. v o n *Seydel*, Bayer. Staatsrecht, I S. 246.

⁴⁸ Die Ausgestaltung dieses Verfahrens ist der Landesgesetzgebung vorbehalten geblieben (EG. zur ZPO. § 15, Ziff. 3). *Stein*, Justiz und Verwaltung, S. 69 ff. Die Zwangsvollstreckung findet in den meisten Staaten nur nach vorgängiger Verständigung der Verwaltungsorgane und eventuell unter deren Mitwirkung statt. Hamburg (Ges. v. 10. Okt. 1923) läßt auch gegen den Staat die Zwangsvollstreckung ohne Erschwerungen zu. Vgl. ferner *W. Jellinek*, Staatsrechtslehrertagung, Heft 2, S. 68. — Zwangsvollstreckung gegen den Reichsfiskus: Beschluß: des Oberlandesgerichts Königsberg 11. Nov. 1908 (Zft. f. deutschen Zivilprozeß Bd. 39, S. 529). RGerZ. 54, S. 198. *Peters*, Grenzen der komm. Selbstverwaltung, S. 243 f. *Waldecker*, Zwangsvollstreckung gegen Kommunalverbände, 1918. Wie erwähnt (oben S. 13) hat die auf Grund des Ermächtigungsges. v. 13. Okt. 1923 von der Reichsregierung erlassene Abgeltungsverordnung v. 24. Okt. 1923 den Reichsminister d. Finanzen mit der Entscheidung der Frage betraut, ob ein gegen das Reich erhobener Anspruch vor den Abgeltungsausschuß gehöre, d. h. ob er als unklagbarer Anspruch anerkannt bleibe, dessen Umfang nach billigem Ermessen festzusetzen sei. Diese Abkehr vom Rechtsstaat hat mit Fug lebhafteste Kritik hervorgerufen. — Nach franz. Recht gibt es keine Zwangsvollstreckung gegen den Staat: *L'Etat doit toujours être réputé „honnête homme“* (Thiers). *Laferrière*, *Traité de la juridiction administrative*, 2 éd. 1896, I p. 347. *Duguit*, *Transformations*, p. 215. *Jèze*, *Principes*, 285, 289 f. — Für das schweiz. Recht: BG. ü. Schuldbetreibung und Konkurs von 1889 Art. 30 und dazu der Komm. vom Bundesrichter *Jäger*.

Viertes Kapitel.

Der Rechtsschutz.

§ 15. Die Beschwerde.¹

I. Alles Verwaltungsrecht wird zunächst durch die mit der Verwaltung betrauten Behörden verwirklicht. Auf diese Weise finden auch die subjektiven Rechte, wie die Interessen der Bürger gegenüber der öffentlichen Verwaltung ihren Schutz. Aber daneben ist im Rechtsstaat den Bürgern in umfassender Weise die Selbstverteidigung ihrer Rechte und Interessen anheimgegeben.

Um eine solche handelt es sich schon in den Fällen, in denen das Gesetz vorschreibt, daß vor Erlaß einer gewissen behördlichen Anordnung die Interessenten angehört werden müssen.² Nichtbeachtung dieser Vorschrift durch die Behörde zieht im Zweifel die Ungültigkeit der einseitig von der Behörde getroffenen Verfügung nach sich.

¹ Otto Mayer, I³ § 12. K. Parey, Handbuch des preuß. Verwaltungsrechts, 1887, I S. 161 ff. v. Seydel, Bayer. Staatsrecht, I S. 560. Walz, Bad. Staatsrecht, S. 229. Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 305 ff. und Annalen des Deutschen Reichs 1912, S. 206 ff. Stier-Somlo, Art. „Beschwerde“ im WBStVR. I² 431. Bitters, HWB. Art. „Beschwerde“ I² S. 274. Friedrichs, Art. „Beschwerde“ HWR. I 674. Tezner, Das österr. Administrativverfahren², 1925. Schoen, Enzykl. IV, S. 288. W. Jellinek, 279 f.

² Beispiele: Das sog. Genehmigungsverfahren der Reichsgewerbeordnung, §§ 17 ff., verfolgt den Zweck, den Interessenten Gelegenheit zu geben, „etwaige Einwendungen gegen die neue Anlage binnen 14 Tagen anzubringen“. Landmann-Rohmer, Kommentar zur GewO., I² S. 233 f. Nach dem Preuß. Ansiedelungsgesetz v. 10. Aug. 1904, § 15, können gegen das Gesuch um Ansiedelungsgenehmigung (d. h. Ansiedelung außerhalb einer im Zusammenhang gebauten Ortschaft) die Eigentümer oder andere Berechtigte eines benachbarten Grundstücks Einspruch erheben mit der Behauptung, die Ansiedelung gefährde „den Schutz der Nutzungen benachbarter Grundstücke aus der Land- oder Forstwirtschaft, aus dem Gartenbau, der Jagd oder Fischerei“. Baltz-Fischer, Preuß. Baupolizeirecht⁵, S. 126 f. Das

Aber die vorherige Anhörung des Interessenten ist eine Ausnahmeerscheinung. In der Regel hat die Behörde von sich aus und ohne weiteres vorzugehen mit der Auferlegung eines Anliegerbeitrages, der Aufforderung zur Instandstellung einer Mauer oder zur Einhaltung des Bauabstandes usf. Die Behörde hat es dann dem betroffenen Bürger zu überlassen, ob er sich gegen die Verfügung wehren will. Verschiedene Wege stehen ihm offen. Sie können vom Bürger auch betreten werden, wenn er sich gegen eine Untätigkeit der Behörde, ein Nichthandeln, wehren will.

Das nächstliegende Mittel ist für den Bürger stets die *G e g e n - v o r s t e l l u n g* (Remonstration): Der Betroffene wendet sich an die Behörde, die die Verfügung erlassen hat und verlangt unter Darlegung von Gründen Zurücknahme oder Abänderung der ergangenen Verfügung. Die Behörde ist befugt, darauf einzutreten, weil ihre Verfügung nicht in materielle Rechtskraft erwachsen ist. Eine Pflicht, sich mit der Angelegenheit aufs neue zu befassen, besteht dagegen für die Behörde nicht. Sie kann sich auf die Antwort beschränken, sie trete auf die Sache nicht nochmals ein.³ Der Bürger besitzt aber die weitere Möglichkeit, bei der verfügenden Behörde vorgesetzten Instanz *A n z e i g e* zu erstatten. Die Anzeige (Aufsichtsbeschwerde) ist an keine Frist gebunden, denn sie macht geltend, es liege ein Fall vor, in welchem die obere Instanz vermöge ihrer Aufsichtsgewalt von Amts wegen die Verfügung zurücknehmen müsse, weil z. B. klares Recht, prozessuale Formen oder öffentliche Interessen⁴ offensichtlich verletzt worden seien.⁵ Mit der Anzeige

Bad. Ortsstraßengesetz v. 15. Okt. 1908, § 3, Abs. 3, schreibt öffentliche Bekanntmachung eines Ortsbauplans (Ortsstraßenplans) vor, damit binnen einer bestimmten Frist Einwendungen gegen die beabsichtigte Anlage geltend gemacht werden können. *F l a d*, Bad. Ortsstraßengesetz, S. 168 ff.

³ Der Unterschied ist wichtig wegen der Berechnung der Beschwerdefrist. Verfügt die Behörde neu, so wird die Frist von der neuen Verfügung an berechnet, ergeht dagegen ein ablehnender Bescheid, so läuft die Frist von der alten Verfügung an. Denn wenn die Behörde die Gegenvorstellung für begründet erachtet, so muß sie eine neue Verfügung erlassen, die alte ist erledigt. *PrOVG*. 19. Jan. 1912 (*PrVBl.* 34, 63).

⁴ *Urt.* des Oberlandesgerichts Dresden v. 28. Jan. 1897 (*R e g e r* 18, 311; vgl. auch 19, 2). — Denn der Aufsichtsbehörde kommt die von Beschwerde und Anzeige unabhängige Pflicht zu, von Amts wegen eine Verfügung der untern Instanz, welche das öffentliche Interesse verletzt, aufzuheben. *Kgl. Sächs. OVG*. 29. März 1912 (*R e g e r* 33, 289). Vgl. dazu *F l e i n e r*, *Schweiz. Bundesstaatsrecht*, S. 219, 280.

⁵ Vgl. z. B. den allg. Rechtsgrundsatz im *Preuß. Landesverwaltungsgesetz*

kann u. a. auch die Verschleppung einer Verwaltungssache gerügt werden. Aber es steht im freien Ermessen der angerufenen Instanz, ob und in welcher Weise sie auf die Behandlung der in dieser Form vor sie gebrachten Angelegenheit eintreten will.

II. **Gegenvorstellung und Anzeige** sind für den Bürger nur unvollkommene Rechtsbehelfe. Neben ihnen hat die Gesetzgebung dem Bürger zwei förmliche Rechtsmittel bereit gestellt: **Beschwerde** und **Einspruch**. Ihre Bezeichnung⁶ und ihre nähere Ausgestaltung wechseln von Land zu Land, sodaß in diesem Zusammenhang nur auf die allgemeinen Merkmale dieser Rechtsmittel hingewiesen werden soll.

1. Das normale Rechtsschutzmittel bildet die **B e s c h w e r d e** (Rekurs, förmliche Beschwerde, Verwaltungsbeschwerde). Sie ist das allgemeinste Rechtsmittel des deutschen Verwaltungsrechtes.⁷ Eine badische Verordnung charakterisiert ihr Wesen richtig, wenn sie sagt: „Jeder, dessen rechtliches Interesse durch eine Entscheidung oder Verfügung der Verwaltungsbehörden beeinträchtigt sein kann, und der dasselbe für verletzt hält, ist zu rekurrieren befugt.“⁸ Die Befugnis, Beschwerde einzulegen, ist ein subjektives öffentliches Recht jedes Bürgers. In dem allgemeinen Beschwerderecht hat auf ver-

§ 50, Abs. 3: „Unberührt bleibt in allen Fällen die Befugnis der staatlichen Aufsichtsbehörden, innerhalb ihrer gesetzlichen Zuständigkeit Verfügungen und Anordnungen der nachgeordneten Behörden außer Kraft zu setzen oder diese Behörden mit Anweisungen zu versehen.“ Friedrichs, Landesverwaltungsgesetz zu § 50. Hue de Grais²⁴, S. 117.

⁶ Der Sprachgebrauch faßt leider häufig Gegenvorstellung, Anzeige und eigentliche Beschwerde in einen Ausdruck zusammen. Andererseits bezeichnet auch der Gesetzgeber gelegentlich, z. B. Bad. Landesbauordnung § 118, eine Beschwerde im eigentlichen Sinn als Einsprache oder Einspruch. Roth, Badische Landesbauordnung², S. 276. Stier-Somlo, Art. „Einsprache“ im HWR. I 197.

⁷ Die LandesverwO. f. Thüringen v. 1926, §§ 116 f., enthält eine klare Zusammenfassung der leitenden deutschen Grundsätze über das Beschwerdeverfahren.

⁸ Badische landesherrliche Verordnung v. 31. Aug. 1884, das Verfahren in Verwaltungssachen betr., § 28. Den maßgebenden allgemeinen Grundsatz des deutschen Verwaltungsrechts sprach aus die Württ. Verfassungs-urkunde von 1819, § 36: „Jeder hat das Recht, über gesetz- und ordnungswidriges Verfahren einer Staatsbehörde oder Verzögerung der Entscheidung unmittelbar vorgesetzten Stelle schriftliche Beschwerde zu erheben und bei der nötigenfalls stufenweise bis zur höchsten Behörde zu verfolgen.“ Haller, Der Begriff und die rechtl. Stellung des Interesses im Verwaltungsrecht (Württ. Zft. f. RPfl. 20, S. 33).

waltungsrechtlichem Gebiet der publizistische Rechtsschutzanspruch praktische Gestalt gewonnen. Mit der Beschwerde kann Beseitigung jeder Rechts- oder Interessenverletzung verlangt werden.⁹

a) Die Beschwerde richtet sich stets an die höhere Instanz, d. h. an die der verfügenden Instanz übergeordnete Verwaltungsbehörde (Beschwerdeinstanz). Die Beschwerde findet innerhalb des Verwaltungsapparates selbst ihre Erledigung. In Deutschland sind regelmäßig die Aufsichtsorgane gleichzeitig Beschwerdeinstanzen. Aber es ist möglich, daß das Gesetz für bestimmte Angelegenheiten besondere Beschwerdeinstanzen neben den Aufsichtsorganen bildet.¹⁰ Für zahlreiche Gebiete der Verwaltung hat der Gesetzgeber die Beschwerdeinstanzen kollegial ausgestaltet und dabei namentlich Selbstverwaltungselemente hineingezogen.¹¹ Es sei erinnert an die preußischen Beschlußbehörden¹² (Kreis-, Stadtausschuß, Bezirksausschuß, Provinzialrat), an die badischen Bezirksräte¹³ usf. Im übrigen hat sich der Gesetzgeber meist nicht mit einer einzigen Beschwerdeinstanz begnügt, sondern nach dem Vorbild der Justiz einen Instanzenzug von Beschwerdebehörden eingerichtet.

b) Mit der Beschwerde kann der Beschwerdeführer eine Ueberprüfung der angefochtenen Verfügung nach der tatsächlichen wie nach der rechtlichen Seite hin verlangen. Die Beschwerde kann ferner unrichtige Auslegung des Rechtes, wie unrichtige Handhabung des freien Ermessens rügen.¹⁴ Sie steht jedoch nur der Person zu

⁹ Infolgedessen kann man mit Hilfe der Beschwerde auch eine rechtliche Ungültigkeit rügen (Nichtigkeitsbeschwerde).

¹⁰ Dies trifft zu für die preußischen Berufungsausschüsse für die Steuer vom Grundvermögen, gemäß dem preuß. Grundvermögenssteuer-Gesetz vom 14. Febr. 1923, §§ 5 f.

¹¹ Die RGewO. bestimmt in § 21, daß in dem gewerbepolizeilichen Genehmigungsverfahren in erster oder zweiter Instanz die Entscheidung durch eine kollegiale Behörde erfolgen muß.

¹² Bitters, HWB. Art. „Beschlußverfahren“, I (2. Aufl.) S. 273.

¹³ Walz, Bad. Staatsrecht, S. 122. Bad. Gesetz v. 5. Okt. 1863, die Organisation der innern Verwaltung betr., §§ 2 f. (seitherige Aenderungen bei Thoma, Bad. Gesetze staats- und verwaltungsrechtl. Inhalts², 1926, S. 19). Zu bemerken ist, daß die Hauptaufgabe der badischen Bezirksräte nicht die Beurteilung von Beschwerden bildet. Ihre eigentliche Bedeutung liegt auf einem andern Gebiet (s. oben § 7).

¹⁴ Es kann also der Private z. B. die einer baupolizeilichen Bewilligung beigefügten „Bedingungen“ angreifen mit der Behauptung, derartige Auflagen seien im Gesetz gar nicht vorgesehen, oder er kann behaupten, das Gesetz gestatte an sich, daß man ihm nach der bestimmten Richtung (im

Gebote, welche durch die angefochtene Verfügung benachteiligt worden ist, nicht jedem beliebigen Dritten. Zur Erhebung der Beschwerde ist m. a. W. nur der Bürger legitimiert, in dessen individuelle Rechte oder rechtlich anerkannte Interessen die Verfügung unmittelbar eingegriffen hat. Das Recht zur Beschwerdeführung besitzt infolgedessen derjenige nicht, der bloß von den mittelbaren Wirkungen einer Verfügung eine Schädigung seiner ökonomischen Lage befürchtet.¹⁵ Ebensowenig kann der Bürger eine Beschwerde erheben, der amtlich, aber nicht als Privatperson an einer Angelegenheit beteiligt ist. Schon aus diesem Grund ist eine Behörde als solche nicht befugt, sich über eine von der zuständigen Instanz erlassene Verfügung zu beschweren,¹⁶ und ebensowenig steht ein Beschwerderecht der Behörde zu, deren Verfügung von der Beschwerdeinstanz aufgehoben worden ist. Ausnahmsweise haben aber einzelne Gesetze durch positive Anordnungen dem ein Staatsamt bekleidenden Vorsitzenden von Selbstverwaltungskollegien das Recht beigelegt, Beschlüsse dieser Kollegien, welche das Gesetz oder das öffentliche Interesse verletzen, von Amtes wegen bei der höheren Verwaltungsinstantz oder beim Verwaltungsgericht anzufechten.¹⁷

Interesse der Feuerpolizei) Vorschriften erteile, aber das von der Polizei in casu Geforderte sei unzweckmäßig und stelle daher eine unnötige Belästigung dar.

¹⁵ Urt. des ProVG. v. 17. Dez. 1900, Entsch. Bd. 38, S. 376. Wenn eine Wirtschaftskonzession erteilt worden ist, so sind die durch die Errichtung einer neuen Wirtschaft bedrohten Wirte zur Erhebung der Beschwerde nicht befugt. Bayr. VGH. v. 18. Dez. 1889 (R e g e r 11, S. 11). W a l z, Bad. Staatsrecht, S. 230, Anm. 4. Anderer Ansicht: die Sächs. Verwaltungsbehörden (R e g e r 16, S. 132). — Ueber die Legitimation zur Beschwerde im allgemeinen: D y r o f f, Bayrisches Verwaltungsgerichtsgesetz, 6. Aufl., S. 608 f. Nicht legitimiert zur Beschwerde gegen eine polizeiliche Verfügung, die dem Eigentümer eines verpfändeten Grundstücks eine polizeiliche Beschränkung auferlegt, ist der Hypothekengläubiger, auch wenn die Verfügung den wirtschaftlichen Wert des Grundstücks mindert. R o t h, Bad. Landesbauordnung, S. 276. B a l t z - F i s c h e r, Preuß. Baupolizeirecht ⁵, S. 209 f.

¹⁶ Eine Gemeinde als solche kann sich nicht beschweren, wenn die zuständige Polizeibehörde einem Bewerber die nachgesuchte Polizeierlaubnis (Wirtschaftskonzession, Baukonsens) erteilt. R o t h, Bad. Landesbauordnung, S. 276. Sächs. OVG. v. 2. Nov. 1904 (Jahrbücher 6, S. 317).

¹⁷ Dieses Recht steht beispielsweise nach dem Preuß. Landesverwaltungsgesetz von 1883, §§ 83/84, dem Vorsitzenden des Kreisausschusses und des Bezirksausschusses zu. Dasselbe Recht besitzt der Vorsitzende des badischen Bezirksrats (der Vorsteher des Bezirksamts); vgl. nämlich Bad. landesherrl. Verordnung v. 31. Aug. 1884, das Verfahren in Verwaltungssachen betr., § 38.

c) Die Beschwerde ist an die Beobachtung bestimmter Formen gebunden. Zu ihnen gehört vor allem die Einhaltung einer Beschwerdefrist. Nach Ablauf der Beschwerdefrist erlangt, wie oben ausgeführt wurde, die unangefochtene Verfügung formelle Rechtskraft. Legt dagegen der Betroffene rechtzeitig Beschwerde ein, so wird nach den meisten Gesetzen dadurch von selbst die Wirkung der angefochtenen Verfügung gehemmt (Suspensiveffekt).¹⁸

Die Einlegung der Beschwerde schiebt die ganze Angelegenheit vor die Beschwerdeinstanz (Devolutiveffekt).¹⁹ Diese tritt nach allen Richtungen an die Stelle der unteren Behörde. Auch sie hat daher den Tatbestand von Amtes wegen festzustellen, und dem Beschwerdeführer seinerseits ist es nicht verwehrt, neue Anträge und neue Beweismittel vorzubringen. Hat die angefochtene Verfügung das Recht verletzt, so muß sie von der Beschwerdebehörde aufgehoben werden. Hat dagegen die untere Behörde bei Erlaß der Verfügung lediglich ihr freies Ermessen unzweckmäßig gehandhabt, so soll ebenfalls eine Abänderung eintreten. Die Beschwerdeinstanz hat den Beschluß zu begründen, mit dem sie Antwort auf die Beschwerde erteilt. Schützt sie die Beschwerde, so hat sie in der Regel die Sache nicht an die untere Instanz zurück-

Ferner Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz, § 77. Ueber das Berufungsrecht des Vorstehers des Finanzamtes gegen Entscheidungen, an denen Ausschüsse (RAO. §§ 25 f.) teilgenommen haben: RAO. § 245.

¹⁸ Unrichtig: Beschluß d. Reichsger. v. 10. Nov. 1905 (R e g e r 27, S. 16). — Bis die Beschwerde eingelegt wird, behält die Verfügung ihre Kraft. Urte. des Preuß. Kammerger. v. 23. April 1906 (R e g e r 27, S. 319). — Die meisten Gesetze ermächtigen jedoch die Behörde, welche die Verfügung erlassen hat, oder die Rekursinstanz eine angefochtene Verfügung trotz Einreichung einer Beschwerde in Vollzug zu setzen. Es müssen jedoch stets besondere Gründe (Rücksichten des öffentlichen Wohls u. dgl.) für eine solche Maßnahme vorliegen. Preuß. Landesverwaltungsgesetz von 1883, § 53. Bad. landesherrl. Verordnung v. 31. Aug. 1884, das Verfahren in Verwaltungssachen betr., § 33. Ueber Ausnahmen von diesem Grundsatz: B i t t e r s , HWB., Art. „Aufschiebende Wirkung“, I² S. 137. — Nach RAO. § 235 wird „durch Einlegung eines Rechtsmittels die Wirksamkeit des angefochtenen Bescheids nicht gehemmt, insbesondere die Erhebung einer Steuer nicht aufgehoben. Die Behörde, die den Bescheid erlassen hat, kann die Vollziehung aussetzen . . .“ Vgl. RAO. § 366.

¹⁹ Die Beschwerde muß den „Ausdruck der Unzufriedenheit“ mit einer genau zu bezeichnenden Verfügung und eine Angabe darüber enthalten, was mit der Anrufung der höheren Instanz bezweckt wird. Entscheidungen d. Preuß. OVG. 10, 350.

zuweisen, sondern an die Stelle der aufgehobenen Verfügung eine eigene neue zu setzen.

Darf sie die angefochtene Verfügung auch zum Nachteil des Beschwerdeführers abändern? Ist eine reformatio in pejus (Verschlechterung, „Verböserung“) zulässig? ²⁰ Wenn die Beschwerdeinstanz gleichzeitig die Aufsichtsbehörde der Instanz darstellt, welche die angefochtene Verfügung erlassen hat, so ergibt sich die Zulässigkeit der reformatio in pejus schon aus der allgemeinen Kompetenz der Aufsichtsorgane, von Amtes wegen gegen gesetzwidrige oder das öffentliche Interesse gefährdende Verfügungen einzuschreiten. ²¹ Sind dagegen für die Beurteilung bestimmter Arten von Beschwerden (Steuerveranlagung u. dgl.) besondere Instanzen eingesetzt, so sind diese bestimmungsgemäß darauf beschränkt, Rechtsschutz zugunsten der Personen (oder Behörden) auszuüben, die diesen Schutz anrufen. Daraus folgt, daß sie eine Verfügung nicht zum Nachteil des Beschwerdeführers abändern dürfen, es wäre denn, daß das Gesetz es ausdrücklich erlaubte. ²²

²⁰ Beispiel: Die Steuerbehörde setzt in einem bestimmten Fall den Betrag der Erbschaftsteuer auf 1000 Mark fest. Der Steuerpflichtige beschwert sich bei der höheren Instanz. Diese läßt Liegenschaften und Wertpapiere des Erblassers neu taxieren und setzt einen höheren Steuersatz fest, als die erste Instanz. Ist dies zulässig?

²¹ *Schultzenstein*, Rechtskraft und reformatio in pejus im preuß. Verwaltungsstreitverfahren (VerwArch. 11, S. 365 ff., insbes. S. 423). Ausdrücklich als zulässig erklärt ist die reformatio in pejus in Baden (Bad. landesh. Verordnung v. 31. Aug. 1884, das Verfahren in Verwaltungssachen betr., § 35), in Württemberg (*Soergel*, I S. 715, Nr. 63), in Bayern (Verwaltungsgerichtsgesetz von 1878, Art. 36 und 41). *Dyroff*, Bayr. VerwGerGes., S. 554, 612), im gleichen Sinn auch die Praxis des Sächs. OVG. (Jahrbücher 12, S. 210; 16, 143. *Wachler* und *Naundorff*, Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. OVG., III S. 57. *Soergel*, II S. 855, Nr. 7). Nach RAO. § 228 sind die Rechtsmittelbehörden „an die Anträge dessen, der das Rechtsmittel eingelegt hat, nicht gebunden und können, mit Ausnahme des Reichsfinanzhofs, den Bescheid auch zu seinem Nachteile ändern...“ *Bühler*, Steuerrecht, I 421. *Becker*, RAO., Bem. 5 zu § 228.

²² PrOVG. in Staatssteuersachen v. 5. Okt. 1895 und 14. Dez. 1898 (Entscheidungen in Staatssteuersachen IV 373, VII 377). Vgl. dazu auch den Aufsatz von *Jacobi* im VerwArch. 5, 384. Gegen eine Beeinträchtigung der Interessen der Steuerverwaltung kann sich der Staat, der grundsätzlich die reformatio in pejus verbietet, schützen durch Aufstellung eines mit einem selbständigen Beschwerderecht ausgestatteten Vertreters des öffentlichen Interesses. Vgl. auch *Emil Herzog*, Das Rechtsmittelverfahren und die Rechtskraft der Entscheidungen in Steuer- und Gebührensachen (nach österr. Recht), 1909, S. 105 ff.

Den Beschlüssen der Beschwerdeinstanzen kommt so wenig materielle Rechtskraft zu, wie den Verfügungen der unteren Behörden. Eine Bestätigung der angefochtenen Verfügung läßt daher der unteren Behörde die Möglichkeit, die Verfügung jederzeit zurückzunehmen. Hebt dagegen die Beschwerdeinstanz die Verfügung auf und ersetzt sie durch eine neue, eigene, so kann eine Zurücknahme allein durch sie erfolgen.²³ Dadurch wird jedoch der unteren Behörde die Befugnis nicht entzogen, von sich aus eine neue Verfügung in derselben Angelegenheit zu erlassen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für ein neues Handeln vorliegen.

2. Der Einspruch i. e. S. ist erst von der neueren Gesetzgebung als ein Seitenstück zur Beschwerde ausgebaut worden. Er teilt mit ihr die Besonderheit, daß er zu einer erneuten Prüfung der ganzen Angelegenheit führt, die durch die angefochtene Verfügung geregelt wurde, unterscheidet sich aber von der Beschwerde dadurch, daß der Einspruch an dieselbe Verwaltungsinstanz gerichtet wird, welche die angefochtene Verfügung erlassen hat. Sie muß erneut die Sache prüfen und neu verfügen. Durch dieses Merkmal hebt sich der Einspruch scharf ab von der oben erwähnten Gegenvorstellung.

In der beschriebenen Gestalt kommt dem Einspruch zur Stunde noch nicht dieselbe umfassende Bedeutung zu, wie der Beschwerde. Er ist beschränkt auf genau umschriebene Gebiete, insbesondere nimmt er im Rechtsmittelsystem der Reichsabgabenordnung (§§ 218, 244) eine wichtige Stelle ein.²⁴ Seine Rechtfertigung liegt in der Erwägung, daß einer Behörde, die ungezählte Sachen derselben Art zu erledigen hat, im Einzelfalle leicht ein Irrtum oder eine Flüchtigkeit unterläuft, zu deren Verbesserung auf Begehren des Betroffenen der Einspruch den Anlaß bietet. Die Landesverwaltungsordnung für Thüringen von 1926 allein hat den Einspruch unter die ordentlichen, allgemeinen Rechtsmittel in Verwaltungssachen auf-

²³ Otto Mayer, I³ S. 129. Bad. landesh. Verordnung v. 31. Aug. 1884, das Verfahren in Verwaltungssachen betr., § 43. Für solche Fälle sieht eine Wiederaufnahme vor das Bayr. VerwGerGes. von 1878, Art. 26. Aus den Erörterungen oben S. 196 ergibt sich, daß ein besonderes Wiederaufnahmeverfahren in der Regel darum überflüssig ist, weil den Verwaltungsakten die materielle Rechtskraft abgeht.

²⁴ B ü h l e r, Steuerrecht, I S. 429 f. H e n s e l, Steuerrecht², S. 168. — Vgl. ferner Preuß. Kommunalabgabengesetz §§ 69, 70.

genommen und ihm eine neue und eigenartige Ausgestaltung gegeben.²⁵

§ 16. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit.¹

I. Der Rechtsstaat ist in Deutschland dadurch entstanden, daß die Justizeinrichtungen auf die Verwaltung übertragen worden sind. Die Verwaltung ist eine an das Recht gebundene Tätigkeit gewor-

²⁵ Thüring. LandesverwO. §§ 126, 134 f. Auf den Einspruch „ändert die Stelle, bei der er einzulegen ist, die angefochtene Verfügung ab, wenn sie ihn für statthaft und für begründet erachtet“. Andernfalls wird der Einspruch, je nach Gestalt der Sache, als Anfechtungsklage (Oberverwaltungsgericht) oder als Beschwerde behandelt und an die zuständige Instanz von Amtes wegen abgegeben.

¹ Die vor dem Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung ergangene reiche Literatur ist zusammengestellt in der 7. Aufl. dieses Buches S. 227 f. ferner bei Georg Meyer Anschütz⁷, S. 778 f. und bei Schoen in der Enzykl. IV S. 291 und bei R. v. Laun, Uebersicht über die wichtigsten Einrichtungen des Auslandes auf dem Gebiete der Verwaltungsrechtspflege, Wien 1913. Vgl. auch Antonio Salandra, La giustizia amministrativa nei governi liberi, Torino 1904. — Ueber den heutigen Stand der Verwaltungsgerichtsgesetzgebung in den deutschen Ländern: Bühler, Fleischmann, Friedrichs u. a. Art. „Verwaltungsgerichtsbarkeit“ im WStVR.³ III (1914). Georg Meyer-Dochow, Lehrb. d. Deutschen Verwaltungsrechts⁴, S. 73 f. Anschütz, Art. „Verwaltungsgerichtsbarkeit“ im HWBKommW. IV und Ergänzungsband. Anschütz, im Hdbch. d. Politik, I⁸ S. 302 f. Hatschek, Deutsches und Preuß. Staatsrecht, 1922/23, II 545 f., 583 f. Veröffentl. der Vereinigung d. deutschen Staatsrechtslehrer („Der Schutz des öffentl. Rechts“), Heft 2, 1925 (Referate von W. Jellinek und Lassar). Joachim v. Elbe, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit nach den Gesetzen der heutigen Länder, 1926. W. Jellinek, VerwR. 77, 88, 288 f. (mit eingehenden Literaturangaben). Oesterreich: Herrnritt, Grundlehren des VerwR., S. 508 f. Derselbe, Oesterr. VerwR., 1925, S. 131 f. Hatschek, Instit. des deutschen VerwR.⁵, S. 361 f. — Schweiz: Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 222 und dort zitierte Literatur. Hungerbühler, Dem Rechtsstaat entgegen (Schweiz. Zbl. f. Staats- u. GemeindeVerw. 26 (1925), S. 209, 241, 257, 289, 321). — Frankreich: s. unten Anm. 4. — Italien: Orlando, La giustizia amministrativa in Italia², 1923 (Trattato completo di dir. amm. ital. III). O. Ranelletti, Le guarentigie della legalità nella pubblica amministrazione, Napoli 1923. Presutti, Istituzioni, II², 1920, p. 374. — Ueber die grundsätzliche Frage der Verwaltungsgerichtsbarkeit: Lemayer, Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit (Grünhuts Zft. Bd. 22). Tezner, Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege (VerwArch. 8 und 9). Otto Mayer, I³ S. 131 f. R. Thoma, Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft (JahrböfR. IV, 1910, S. 196). Ottmar Bühler, Die subjekt. öffentl. Rechte und ihr Schutz in der deutschen

den. Die Verwirklichung des Verwaltungsrechtes liegt den Verwaltungsbehörden ob. Allein diese stehen dem Rechte nicht unbeteiligt gegenüber wie der Richter. Da der Verwaltungsbeamte in allen Lagen das öffentliche Interesse gegen den Bürger zu vertreten hat, so liegt die Gefahr nahe, daß die Gesetze einseitig zugunsten des Staates ausgelegt werden. Dieser Gefahr wird nicht durch die Einrichtungen des Beschwerdeverfahrens vorgebeugt. Denn es sind stets die Verwaltungsbehörden selbst, die die Beschwerde beurteilen. Die Forderung auf Einsetzung einer unabhängigen Rechtsschutzinstanz auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes wurde deshalb schon unmittelbar nach der Gründung des Verfassungsstaates erhoben. Zu den sachlichen Einwendungen gegen eine ausschließlich den Verwaltungsbehörden überlassene Ausübung des Verwaltungsrechtes gesellte sich noch ein politisches Bedenken. Die Verfassungsurkunden hatten bei der Verteilung der verschiedenen staatlichen Funktionen an die verschiedenen Staatsorgane die Verwaltung zur Domäne des Fürsten gemacht, diesen aber dabei an die Mitwirkung von Ministern gebunden, welche der Volksvertretung verantwortlich wurden. Die Befürchtung erwachte nun, es möchten die vom Willen des Fürsten abhängigen Verwaltungsbehörden ihre Verwaltungskompetenzen parteiisch handhaben und dabei das Verwaltungsrecht zu politischen Zwecken parteimäßig auslegen. Schon früh versuchte man in zwei deutschen Staaten, dieser Gefahr zu begegnen. Die Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg vom Jahre 1819, § 60,² wies einer über den Ressortministerien eingerichteten und für diesen Zweck mit richterlichen Mitgliedern verstärkten Kollegialbehörde, dem sog. Geheimen Rat, die Aufgabe zu, letztinstanzlich Rekurse gegen Verfügungen der Departementsminister zu entscheiden. In Kurhessen übertrug man den Zivilgerichten die Kompetenz, Klagen der Bürger über Eingriffe der

Verwaltungsrechtsprechung, 1914. N a w i a s k y, Bayr. Verfassungsrecht 1923. D r e w s, Vom Ausbau der preuß. Verwaltungsgerichtsbarkeit (Zit. f. d. ges. Staatswissenschaft 78 (1924), S. 586 f.). A d o l f M e r k l, Allg. VerwR., S. 369 f. — Weitere Literatur bei W. J e l l i n e k, VerwR., S. 77, 279, 288 und in den Kommentaren zur Weimarer Reichsverfassung Art. 107 von A n s c h ü t z, von G i e s e und von P o e t z s c h - H e f f t e r.

² F l e i n e r, Staatsrechtliche Gesetze Württembergs², 1907, S. 33. G ö z, Württembergisches Staatsrecht, S. 158. D e r s e l b e, Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, 1902. O t t m a r B ü h l e r, Die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegenüber der Verwaltung im Württembergischen Recht, S. 34 ff.

Verwaltungsbehörden in Individualrechte zu beurteilen.³ In den übrigen deutschen Staaten blieb dagegen die Handhabung des Verwaltungsrechtes ausschließlich den Verwaltungsbehörden anvertraut. Um so lebhafter begann sich dort die Literatur mit der Frage nach der Ausbildung besonderer Rechtsschutzgarantien zu beschäftigen. Es läßt sich nicht verkennen, daß, wie auf die Ausbildung der übrigen politischen Theorien Deutschlands, so auch auf diese Diskussion das Beispiel Frankreichs einwirkte. Frankreich hatte bei der Aufrihtung seiner neuen Verwaltungsorganisation im Jahre 1801 die aus dem Ancien régime überlieferte Kontrolle der Justiz über die Verwaltung dadurch definitiv ausgeschaltet, daß der Gesetzgeber in der Verwaltung selbst besondere Rechtsschutzbehörden einsetzte (die Conseils de préfecture und den Conseil d'Etat) und diesen die Beurteilung von Streitigkeiten zwischen der öffentlichen Verwaltung und den Bürgern übertrug („le contentieux administratif“).⁴

In Deutschland hatte die Bewegung für Einführung einer richterlichen „Verwaltungsrechtspflege“ zunächst den Einwand zu überwinden, man bedürfe in den sog. administrativ-kontentiösen Sachen eines vermehrten Rechtsschutzes überhaupt nicht; die Verwaltungsbehörden wendeten, da sie an den ihnen übertragenen Sachen persönlich unbeteiligt seien, das Verwaltungsrecht mit derselben Unparteilichkeit an, wie Gerichte.⁵ Es hielt nicht schwer,

³ Otto Bähr, Der Rechtsstaat, 1864, S. 135 ff. Edgar Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 779.

⁴ Daresté, La justice administrative en France, 2 éd., 1898. Laferrère, Traité de la juridiction administrative, 2 éd., 1896. Hauriou, Précis de Droit administratif¹¹, 1927, p. 941. Otto Mayer, Theorie des franz. Verwaltungsrechts, S. 87 ff. Salandra, Giustizia amministrativa, p. 96. Berthélemy, Droit administratif¹¹, v. „contentieux“ Duguit, Les transformations du Droit public, p. 147 suiv. Jean Appleton, Traité élémentaire du Contentieux administratif, 1927. Jéze, Principes, p. 36.

⁵ G. L. Funke, Die Verwaltung in ihrem Verhältnis zur Justiz, 1838, S. 124 ff., führt aus, der Verwaltungsbeamte sei nicht Richter in eigener Sache. Durch Einführung eines Instanzenzugs innerhalb der Verwaltung werde dem Rechtsschutzbedürfnis ausreichend genügt. Im selben Sinn W. J. Behr, Die Verfassung und Verwaltung des Staates, 1812, S. 54 ff. Hierher zu zählen ist auch C. v. Pfizer, Ueber die Grenzen zwischen Verwaltungs- und Ziviljustiz, 1828. Pfizer will (S. 204) die Beurteilung der Verwaltungsstreitsachen einer gemischten Stelle übertragen, „welche aus Mitgliedern des Departements der Justiz, des Innern und der Finanzen zusammengesetzt ist“.

diesen Einwand zu entkräften und die Notwendigkeit einer gerichtlichen Kontrolle der Verwaltung mit den Erfahrungen des täglichen Lebens zu begründen. Als selbstverständlich galt ferner, daß ein voller Rechtsschutz nur durch unabhängige Gerichte gewährt werden könne („Verwaltungsjustiz“). Die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller wollte deshalb die Verwaltungsstreitsachen kurzer Hand den bestehenden Zivilgerichten zuweisen;⁶ sie gingen davon aus, im Berufe des Zivilrichters liege es, Rechtsverletzungen zu beurteilen, gleichgültig, ob diese das Privatrecht oder das öffentliche Recht beträfen. Nur eine kleine Minderheit verlangte die Errichtung von besonderen Organen für die Ausübung der Verwaltungsjustiz.⁷ Einen ersten Erfolg errang die Bewegung, welche die Verwaltungsjustiz den ordentlichen Gerichten übertragen wollte, in jenen Vorschriften der Verfassung des Deutschen Reichs vom 28. März 1849, welche die Beurteilung aller von den Verwaltungsbehörden begangenen Rechtsverletzungen und die Bestrafung aller Verwaltungswidrigkeiten den ordentlichen Gerichten zuwies.⁸ Ist auch dieser erste Erfolg mit der Frankfurter Verfassung zusammengebrochen, so war doch ein zweiter von Dauer: die Landesgesetzgebung hatte begonnen, in steigendem Maße Strafmandate der Polizei- und Finanzbehörden der Kontrolle des ordentlichen Strafrichters zu unterstellen⁹ und in den Gesetzen über die „Erweiterung des Rechtswegs“ die Zuständigkeit der Zivilgerichte auf die Beurteilung von Verwaltungsstreitsachen zu erstrecken.¹⁰ Dadurch erfuhr die Auffassung in der Literatur eine Unterstützung, welche die Uebertragung aller „Verwaltungsjustiz“ auf die Zivil-

⁶ Mittermaier, Beiträge zu der Lehre von den Gegenständen des bürgerlichen Prozesses (ArchivPraxis Bd. 4, S. 105, insbes. S. 328 ff.). Ueber die spätere Wandlung in Mittermaiers Anschauungen s. Mittermaiers Aufsatz „Ueber das Verhältnis der Justiz zu den Verwaltungssachen“ (1838), ebendasselbst Bd. 21, S. 278. Thoma, JahrböfR. IV 207.

⁷ G. v. Weiler, Ueber Verwaltung und Justiz, 2. Ausg. 1830, S. 23 ff.

⁸ Verfassung des Deutschen Reichs v. 28. März 1849, § 182. „Die Verwaltungsrechtspflege hört auf; über alle Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte. — Der Polizei steht keine Straferichtsbarkeit zu.“

⁹ Für Preußen: Loening, VerwArch. 3, 133 ff., insbes. 146. Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht, S. 317 ff. Für Baden: Thoma, Polizeibefehl, I S. 189 ff.

¹⁰ Z. B.: Preuß. Gesetz betr. Erweiterung des Rechtsweges v. 24. Mai 1861. Das Gesetz hat u. a. Streitigkeiten zwischen der Steuerbehörde und den Abgabepflichtigen der Beurteilung der Zivilgerichte unterstellt.

gerichte befürwortete.¹¹ Nur in wenigen deutschen Ländern wurde jedoch dieses Ideal des „Justizstaats“ verwirklicht. Mit besonderer Entschiedenheit gelang dies in den Hansastädten, in denen der Bürger gegen Verfügungen der Verwaltungsbehörden, die in seine Privatrechte eingriffen, den Schutz der ordentlichen Gerichte anrufen konnte. Auf diese Weise wurde dort in weitem Umfange die Nachprüfung der Rechtsgrenzen der Verwaltung der Justiz übertragen.¹²

¹¹ Hauptvertreter dieser Ansicht: *O t t o B ä h r*, *Der Rechtsstaat*, 1864. Weitere Vertreter sind aufgezählt bei *Georg M e y e r - A n s c h ü t z*⁷, S. 783. Vgl. über den Zusammenhang dieser ganzen Richtung mit dem politischen Liberalismus *T h o m a s* in der *Zft. f. Politik* VI 240.

¹² In *H a m b u r g* hatte schon ein Gesetz v. 12. Aug. 1859 und sodann die Verfassung v. 28. Sept. 1866, Art. 96, den ordentlichen Gerichten die Aufgabe übertragen, „über alle Rechtsverletzungen zu entscheiden“. Das hamburgische Gesetz betr. das Verhältnis der Verwaltung zur Rechtspflege v. 23. April 1879 (Verhältnissgesetz) wiederholte den Grundsatz, § 24, Abs. 2: „Außerdem kann wegen Verletzung von Privatrechten durch Verfügungen oder Maßregeln von Verwaltungsbehörden, welche nicht unter die Bestimmungen des 1. und 2. Abschnittes fallen, gegen die betreffende Verwaltungsbehörde Klage vor den Gerichten nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen erhoben werden.“ § 29: „Die Klage kann auf Abhilfe oder auf Entschädigung oder auf beides gerichtet werden“ (Beispiele für diese Praxis: *DJZ.* 15, 78; *Jahrb. d. VerwR.* V 2, S. 337). Eine der hamburgischen Vorschrift analoge Bestimmung enthielt die Verfassung *B r e m e n s* v. 1. Jan. 1894, § 15 (Beispiele: *Spruchsammlung der DJZ.* 1911, S. 148; *Jahrb. d. VerwR.* V 2, S. 335; *VI 2*, S. 326). Damit stimmte überein die Gesetzgebung *L ü b e c k s: S t e i n*, *Justiz und Verwaltung*, S. 10—11. Ueber den i. J. 1910 veröffentlichten Entwurf eines Verwaltungsgerichtsgesetzes für *H a m b u r g: H a r t m a n n*, *DJZ.* 16, 133. *S e w e l o h* im *ArchöfR.* 29, S. 1, 19. Ueber die weitere Entwicklung der Hansastädte (Uebergang zur Verwaltungsgerichtsbarkeit): s. unten S. 245. — Auch die Gesetzgebung *I t a l i e n s* hatte das Problem zunächst in justizstaatlichem Sinne gelöst: sie hatte (1865) die ordentlichen Gerichte für zuständig erklärt, über alle Verletzungen bürgerlicher oder politischer Individualrechte zu befinden und zwar auch solcher Verletzungen, welche von Verwaltungsbehörden begangen worden waren. Doch wurde das Prinzip zugunsten der Verwaltungsbehörden durch zahlreiche Ausnahmen durchbrochen. Für die Beurteilung dieser den Verwaltungsbehörden verbliebenen Verwaltungsstreitsachen hat die Gesetzgebung in der Folge (zuletzt namentlich im Jahre 1889/90) nach französischem Vorbild besondere Kollegialorgane innerhalb der Verwaltung selbst (*Giunta provinciale*) geschaffen und über diesen als Kassationsinstanz im Staatsrat des Königreichs eine besondere Abteilung (*Quarta sezione del Consiglio di Stato*) errichtet. *O r l a n d o*, *La giustizia amministrativa in Italia* (oben Anm. 1). *S a l a n d r a*, *Giustizia amministrativa*, p. 279. E. v. *M e i e r* in der *Enzyklopädie der Rechtswissen-*

Im übrigen Deutschland schlug die Gesetzgebung andere Bahnen ein.¹³ Im Jahre 1863 errichtete das Großherzogtum Baden einen eigenen Verwaltungsgerichtshof.¹⁴ Doch über den politischen Kämpfen der Zeit trat sonst überall die Beschäftigung mit gesetzgeberischen Problemen dieser Art in den Hintergrund, bis unmittelbar nach der Reichsgründung **R u d o l f G n e i s t** die Diskussion neu belebte mit der Forderung nach Ausbau des Rechtsstaates¹⁵

schaft von Holtzendorff und Kohler, II S. 738. **P r e s u t t i**, Istituzioni di diritto amm., II ² p. 374. Sogar in dem Ursprungsland der Verwaltungsgerichte, in Frankreich, setzte 1828 eine Bewegung ein für Uebertragung der Verwaltungstreitsachen an die ordentlichen Gerichte: **D u g u i t**, Transformations, p. 149; die Bewegung hatte keinen Erfolg. — England ist gleichfalls insofern in diesem Zusammenhang zu nennen, als es, gemäß der Entwicklung des englischen öffentlichen Rechts (oben S. 101), keine besonderen Verwaltungsgerichte besitzt. Die ordentlichen Gerichte gewähren dem Bürger Schutz gegen Uebergriffe der Verwaltung. **H a t s c h e k**, Englisches Staatsrecht, II S. 609 ff. **O. K o e l l r e u t t e r**, Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsprechung in England, S. 109 ff.

¹³ Anders ist man in der Schweiz im Kanton Basel-Stadt verfahren; dort hat der Gesetzgeber aus äußeren Gründen den bestehenden Behördenapparat nicht durch Schaffung eines weiteren Gerichtes vermehren wollen und deshalb in dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege v. 9. März 1905 die Beurteilung der Verwaltungstreitsachen dem Appellationsgericht, d. h. der kantonalen Appellationsinstanz in Zivil- und Strafsachen, als Verwaltungsgericht übertragen. Vgl. darüber **S c h u l t z e n s t e i n**, im VerwArch. 12, S. 571 und 14, S. 140. Ferner **A. I m H o f**, im Schweizerischen Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, IV S. 176 und die Schrift desselben Verfassers über „Die Ergebnisse der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton Basel-Stadt 1905—1910“, Zürich 1911. **A. I m H o f**, Die Entscheidungszuständigkeit der baselstädtischen Verwaltungsbehörden (Festgabe f. **F l e i n e r**, 1927, S. 110 f.). — Ueber die im übrigen noch wenig entwickelte Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Schweiz: **F l e i n e r**, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 222.

¹⁴ Bad. Gesetz v. 5. Okt. 1863 über die Organisation der inneren Verwaltung. Vgl. dazu **W e i z e l**, Das Bad. Gesetz v. 5. Okt. 1863, Karlsruhe, 1864. In den Jahren 1880 und 1884 ist der Verwaltungsgerichtshof weiter ausgebaut und seine Zuständigkeit erweitert worden durch das Gesetz vom 24. Febr. 1880, den Verwaltungsgerichtshof und das verwaltungsgerichtliche Verfahren betr., und das Gesetz v. 14. Juni 1884, die Verwaltungsrechtspflege betr. **W a l z**, Bad. Staatsrecht, S. 126. **T h o m a**, Bad. Gesetze staats- und verwaltungsrechtlichen Inhalts ², 1926, S. 70. Die Rechtsprechung des badischen Verwaltungsgerichtshofs Bd. I bearbeitet von **W i e l a n d t** (umfassend die Jahre 1864—1890), Bd. II bearbeitet von **J o o s** (umfassend die Jahre 1891—1894), Bd. III bearbeitet von **B e h r** (umfassend die Jahre 1896—1910).

¹⁵ Vgl. oben S. 40.

durch eine Verwaltungsjurisdiktion. Diese aber, so führte Gneist aus, lasse sich nur herstellen, „wenn Landräte und Regierungen durch Ehrenämter verstärkt, für die kontentiösen Verwaltungsfragen kollegialisch formiert, in einem Verwaltungsgerichtshof ihren Abschluß finden“.¹⁶ Den Gedanken Gneists ist der Sieg zugefallen. Es soll nicht in Abrede gestellt werden, daß damals die Erwägung mitgeholfen hat, es könne von einer Zuweisung der Verwaltungsjustiz an die Zivilgerichte schon darum keine Rede sein, weil der im allgemeinen einseitig privatrechtlich vorgebildete Zivilrichter zu selbständiger Anwendung des öffentlichen Rechtes nicht als geeignet erscheine. Im Jahre 1875 errichtete der größte deutsche Bundesstaat, Preußen, besondere Verwaltungsgerichte, an der Spitze das Oberverwaltungsgericht, und in der Folge setzten auch andere deutsche Staaten für die Beurteilung von Verwaltungsstreitsachen besondere Verwaltungsgerichte ein: Hessen 1875, Württemberg 1876, Bayern 1878, Anhalt 1888, Braunschweig 1895, Sachsen-Meiningen 1897, Lippe 1898, Sachsen-Coburg-Gotha 1899, das Königreich Sachsen 1900, dem sich später die beiden Reuß angeschlossen (1911), Oldenburg 1906, die thüringischen Staaten 1912,¹⁷

¹⁶ Rudolf Gneist, *Der Rechtsstaat*, 1872, insbes. S. 162 ff.; die zweite Auflage des Werkes ist 1879 erschienen unter dem Titel: „*Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*.“

¹⁷ Baden: s. oben S. 241. Preußen: Gesetz betr. die Verfassung der Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsstreitverfahren v. 3. Juli 1875, abgeändert am 2. Aug. 1880. Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung v. 30. Juli 1883 (*Landesverwaltungsgesetz*). Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden v. 1. Aug. 1883, „*Zuständigkeitsgesetz*“ (Anschütz-Dochow, *Die Organisationsgesetze der inneren Verwaltung in Preußen*, 1908). Gesetz v. 28. Juni 1911 betr. Entlastung des Oberverwaltungsgerichts (Errichtung von Hilfssenaten; *Jahrböffer*. VII 133). Karl Dieckmann, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Preußen* 2, 1926. Friedrichs, *Verwaltungsrechtspflege* (preuß.), 1920/21. — Hessen: Die hessischen Verwaltungsgerichtsgesetze von 1875 und 1879 sind ersetzt durch das Gesetz die Verwaltungsrechtspflege betreffend, v. 8. Juli 1911 (*DJZ*. 15, 749; 16, 1484. Keller im *VerwArch*. 20, 517). W. Best, *Verwaltungsrechtspflege für das Großherzogtum Hessen*, 1911. W. van Calker, *Hess. Staatsrecht*, 1913, S. 87 ff. — Württemberg: Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege v. 16. Dez. 1876 (Fleiner, *Staatsrechtliche Gesetze Württembergs*, S. 305). Göz, *Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg*, 1902. Das Gesetz wurde durch die Aufhebung der vier Kreisregierungen (Verwaltungsgerichte erster Instanz für Parteistreitigkeiten) ab 1. April 1924 teilweise abgeändert. Haller, *Württ. Zf. f. Rpf.* 17, 149. Geier, *Ebenda* 18, 97. — Bayern: Gesetz über die Errichtung eines Verwaltungs-

deren gemeinschaftliches Oberverwaltungsgericht in der Folge auch für Sachsen-Coburg und Gotha zuständig wurde, Lübeck 1916. Das Reichsrecht ließ hierbei der Landesgesetzgebung im allgemeinen

gerichtshofs und das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen v. 8. Aug. 1878; Gesetz v. 13. Juni 1910 über das Verwaltungsstreitverfahren (Dyroff, Bayrisches Verwaltungsgerichtsgesetz, 6. Aufl., 1925). v. Seydel-Piloty, Bayerisches Staatsrecht, 1913, S. 401 ff. — A n h a l t: Gesetz die Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsstreitverfahren betr., v. 27. März 1888. — B r a u n s c h w e i g: Gesetz betr. die Verwaltungsrechtspflege v. 5. März 1895. (R h a m m, Braunschweig. Staatsrecht, 1908, S. 37 ff.). — S a c h s e n - M e i n i n g e n: Gesetz betr. das Verwaltungsstreitverfahren v. 15. März 1897. — L i p p e: Gesetz, die Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsstreitverfahren betr., v. 9. Febr. 1898. — S a c h s e n - K o b u r g - G o t h a: Gesetz betr. die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofs v. 4. Dez. 1899 (s. jedoch unten bei „Thüring. Oberverwaltungsgericht“). — K ö n i g r e i c h S a c h s e n: Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege v. 19. Juli 1900 (K. A p e l t, Das K. Sächs. Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., 1911). — O l d e n b u r g: Gesetz betr. die Verwaltungsgerichtsbarkeit v. 9. Mai 1906 (W. S c h ü c k i n g, Oldenburg. Staatsrecht 1911, S. 143). — T h ü r i n g i s c h e s O b e r v e r w a l t u n g s g e r i c h t mit Sitz in Jena, v. 1. Okt. 1912 ab, als gemeinschaftliches Oberverwaltungsgericht der Staaten Sachsen-Altenburg, Sachsen-Weimar, Schwarzburg-Sondershausen, Schwarzburg-Rudolstadt, und Sachsen-Koburg-Gotha gemäß dem zwischen diesen Staaten am 15. Dez. 1910 vereinbarten Staatsvertrag. Vgl. dazu D e i c h m a n n, Ein thüringisches Oberverwaltungsgericht (in der DJZ. 16, 193). Strupp im JahrböfR. VI 295; Text des Vertrags S. 298. W e r n i c k, VerwArch. 21, 201. Der Staatsvertrag gab für die Tätigkeit des thüringischen Oberverwaltungsgerichts nur den Rahmen. Es sollte Revisions- und Anfechtungsinstanz sein (Art. 15 und 16 des Vertrages) nach Maßgabe der landesgesetzlichen Bestimmungen jedes Staates. R e u ß ä. L. und R e u ß j. L. vereinbarten am 22. Jan. 1911 einen Staatsvertrag mit dem Königreich Sachsen über den Anschluß der beiden Fürstentümer an das Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgericht (Text des Vertrags im JahrböfR. VI 303). Diese Regelung ist überholt worden durch die Gründung des Landes Thüringen (RG. betr. das Land Thüringen v. 50. April 1920) und durch die Vereinigung Koburgs mit Bayern (RG. v. 30. April 1920). Seither ist das Oberverwaltungsgericht in Jena für alle zum Lande Thüringen gehörenden Staaten zuständig wie es der bayr. Verwaltungsgerichtshof für Koburg ist. — L ü b e c k: Ges. ü. d. Verwaltungsgerichtsbarkeit v. 12. Dez. 1916. Vgl. dazu die Aufsätze von L a n g e und von H a r t m a n n, Ham.RZ. 1, S. 27 und 75. v. E l b e, Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern, S. 57. — I n E l s a ß - L o t h r i n g e n bestand das alte französische „contentieux administratif“, d.h. eine Verwaltungsrechtspflege durch reine Verwaltungsbehörden (Kaiserliche Bezirksräte und Kaiserlicher Rat in Straßburg). E. B r u c k, Das Verfassungs- und Verwaltungsrecht von Elsaß-Lothringen, I, 1908, S. 158 ff. Eine Reform zur Einführung einer unabhängigen Verwaltungsgerichtsbarkeit für das Reichs-

freie Hand.¹⁸ Das Reich selbst schuf sich kein zentrales Reichsverwaltungsgericht. Es begnügte sich damit, die letztinstanzliche Beurteilung von Streitigkeiten, die bei der Vollziehung von Reichsverwaltungsgesetzen entstanden, Spezialverwaltungsgerichten zu übertragen, deren jedem Verwaltungsrechtsprechung nur für je eine abgegrenzte Materie zugewiesen wurde. Von diesen Spezialverwaltungsgerichten walten die meisten heute noch ihres Amtes, so z. B. das Reichsversicherungsamt (Streitigkeiten aus der Sozialversicherung), das Patentamt, das Aufsichtsamt für Privatversicherung, das Bundesamt für Heimatwesen (Armenfürsorge)¹⁹ u. a. m.

land wurde angestrebt, aber nicht durchgeführt. *Rosenberg*, Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Elsaß-Lothringen (Annalen des Deutschen Reichs, 1906, S. 811). *Keetmann*, Die Trennung von Justiz und Verwaltung in Elsaß-Lothringen (ArchöfR. 21, S. 71). Der Kaiserl. Rat war kein Verwaltungsgericht im Sinne der Reichsjustizgesetze (z. B. des EG. z. GVG. § 11). Urt. d. Reichsgerichts in Zivilsachen v. 1. Juli 1902 (R e g e r 24, 186; RGerZ. 52, S. 107).

¹⁸ Die Reichsgesetzgebung kann ihrerseits das landesrechtlich organisierte Verwaltungsstreitverfahren dem Schutze reichsrechtlicher Normen dienstbar machen. Vgl. z. B. BGB. § 62 (Einspruch gegen Eintragung eines Vereins). v. d. *Mosel*, HWB.¹⁸ Art. „Vereinswesen“ II 883 und die Zusammenstellung bei *Stein*, Justiz und Verwaltung, S. 16 ff.

¹⁹ In der Organisation und den Kompetenzen unterscheiden sich diese Reichsverwaltungsgerichte erheblich voneinander und von den Landesverwaltungsgerichten. So bilden die einen dieser Behörden (z. B. Bundesamt für Heimatwesen, Reichsversicherungsamt) die letzte richterliche Instanz über den in der Materie zuständigen Verwaltungsbehörden und richterlichen Organen in den Ländern. Andre dagegen (z. B. Patentamt, Aufsichtsamt für Privatversicherung) sind berufen zur Ausübung einer Rechtskontrolle über die Reichsverwaltungsbehörden, welche eigene Verwaltung des Reichs besorgen oder die administrative Aufsicht des Reichs über die Durchführung der Reichsverwaltungsgesetze in den Ländern wahrnehmen. Auch in der Organisation haben diese Reichsverwaltungsgerichte ihren besonderen Zuschnitt. Die meisten sind der der Materie zugehörenden Verwaltungsbehörde des Reichs insofern eingegliedert, als sie entweder eine besondere für die Rechtsprechung eingerichtete Abteilung der betr. Reichsbehörde ausmachen (es sei an die Spruchsenate des Reichsversicherungsamtes [RVO. §§ 93 f., 1694 f.] oder an die Nichtigkeitsabteilung des Reichspatentamtes erinnert) oder aber nur eine durch richterliche Mitglieder verstärkte Erweiterung der betr. Reichsverwaltungsbehörde darstellen (Reichsaufsichtsamt für Versicherung). Ausnahmsweise hat die Reichsgesetzgebung eine solche über andere Reichsorgane eingesetzte Behörde auf Verwaltungsrechtsprechung beschränkt. Dies trifft z. B. beim Oberseeamt zu, welches gemäß RG. v. 27. Juli 1877 Beschwerden beurteilt gegen die Sprüche der Seeämter darüber, ob einem Schiffer usf. die Befugnis zur Ausübung seines Gewerbes zu entziehen

Die Kriegswirtschaft mit ihren tiefen Eingriffen in das Privateigentum hat das Reich — nach einer Periode rechtsschutzlosen „Verwaltungsstandsrechts“ (Drews)²⁰ — zur Gründung von Rechtsschutzeinrichtungen im Interesse der Bürger veranlaßt. Es sei erinnert an das im Sommer 1915 errichtete Reichsschiedsgericht für Kriegsbedarf, das im Jahr 1919 in das Reichswirtschaftsgericht²¹ umgewandelt und durch die Angliederung des Kartellgerichts erweitert wurde. Vor allem aber hat der sehr starke Ausbau der Reichssteuergesetzgebung den Antrieb zur Schaffung des Reichsfinanzhofes in München (1. Okt. 1918) gegeben²² — eines Sonderverwaltungsgerichts, das im Streitfall über die Pflicht zur Entrichtung von Reichssteuern entscheidet.

Die Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919 bildet auch für die rechtsstaatliche Entwicklung einen Markstein. Sie hat (Art. 107) das Reich und die Länder verpflichtet, Verwaltungsgerichte zum Schutze der Einzelnen gegen Anordnungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörden zu errichten.²³ Um dieser Vorschrift zu genügen haben Hamburg 1921,²⁴ Mecklenburg-Schwerin 1922,²⁵ Mecklenburg-Strelitz 1922²⁶ und Bremen 1924²⁷ besondere Verwaltungsgerichte ins Leben gerufen, und das neugegründete

ist. Laband, Staatsrecht, I⁵ S. 421 f. Deutsches Reichsstaatsrecht⁷, 1919, S. 98 f. Stier-Somlo, I 708 f. Triepel, Quellensammlung⁴, S. VIII.

²⁰ Es sei namentlich hingewiesen auf die Praxis bei der Vollziehung der Wohnungsmangelgesetzgebung (Wohnungsbeschlagnahme, Zwangswirtschaft). Vgl. Hue de Grais²⁴, S. 887. W. Jellinek, Veröffentl. d. Staatsrechtslehrer-Vereinigung, Heft 2, S. 54 f.

²¹ Waldecker, Zehn Jahre Reichswirtschaftsgericht (Festgabe f. d. PrOVG. 1925, S. 224 f.). Hans Goldschmidt, Reichswirtschaftsrecht, 1923, S. 78 f.

²² Gesetz ü. d. Errichtung eines Reichsfinanzhofes v. 26. Juli 1918. RAO. §§ 32 f.

²³ Vgl. dazu Poetzsch, Handkomm. z. RVerf.³, S. 387 f.

²⁴ Hamburg. Gesetz ü. d. Verwaltungsgerichtsbarkeit v. 2. Nov. 1921 (Kurt Perels, Hamb. Gesetze staats- und verwaltungsrechtl. Inhalts, 1927, Nr. 16). Vgl. dazu Carl Ritter in HamRZ. 1922, 51 f.

²⁵ Gesetz ü. d. Verwaltungsgerichtsbarkeit v. 3. März 1922. v. Elbe, Verwaltungsgerichtsbarkeit i. d. Ländern, S. 50. Vgl. dazu Schlesinger, PrVBl. 44, 199 f.

²⁶ Gesetz ü. d. Verwaltungsstreitverfahren im Freistaat Mecklenburg-Strelitz v. 17. Aug. 1922. v. Elbe, a. a. O. S. 49.

²⁷ Gesetz ü. d. Verwaltungsgerichtsbarkeit v. 6. Jan. 1924. v. Elbe, a. a. O. S. 58. Vgl. dazu Wedemeyer, DJZ. 1925, 501.

Land Thüringen hat das seit 1912 bestehende gemeinschaftliche Oberverwaltungsgericht der thüringischen Staaten zum Oberverwaltungsgericht des neuen Landes gemacht und es durch Kreisverwaltungsgerichte unterbaut (1926).²⁸ Von den deutschen Ländern entbehren heute nur noch Schaumburg-Lippe und Waldeck einer besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Andererseits hat Bayern seine seit 1878 bestehende Verwaltungsgerichtsbarkeit im Jahr 1920 durch eine Verfassungsgerichtsbarkeit ergänzt. Der Staatsgerichtshof, den die bayrische Verfassungsurkunde vom Jahr 1919 § 70 eingesetzt hat, ist u. a. berufen, Beschwerden der Bürger zu beurteilen, die behaupten, sie seien durch eine Verfassungsverletzung in ihren Rechten, insbesondere in ihren verfassungsmäßigen, geschädigt worden.²⁹

Im Reiche dagegen ist bis heute das verheißene Reichsverwaltungsgericht noch nicht zustande gekommen.³⁰ Drei Vorschläge stehen im Vordergrund der Diskussion: Errichtung eines selbständigen Reichsverwaltungsgerichts; Angliederung von Verwaltungsrechtsprechung-Senaten an das Reichsgericht; Uebertragung der Reichsverwaltungsgerichtsbarkeit auf das Preußische Oberverwaltungsgericht. Unter diesen Lösungen wird der Reichsgesetzgeber zu wählen haben.³¹ — Unabhängig von diesen Bestrebungen ist das Reich vorläufig auf dem seit 1871 eingeschlagenen Wege fortge-

²⁸ LandesverwO. f. Thüringen v. 10. Juni 1926, §§ 11 f., 20 f. W. Reu ß, Thürg. Verwaltungsrecht (Samml.), 1927, S. 40 f. v. Elbe, a. a. O. S. 52 f. Vgl. oben Anm. 17.

²⁹ Nawiasky, Bayerisches Verfassungsrecht, 1923, S. 451, 457 f. Ueber die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz: Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 442 f.; in Oesterreich: Herrnritt, Oesterr. Verwaltungsrecht, S. 139.

³⁰ Ueber die Bestrebungen vor dem Weltkrieg zur Errichtung eines zentralen Reichsverwaltungsgerichts vgl. die 7. Aufl. dieses Buches S. 236, ferner Fleischmann im WStVR. III (1914), S. 749. Ueber die Lösungsversuche seit der Weimarer RVerf. v. 11. Aug. 1919: Staatsrechtslehrertagung, Heft 2, 1925 (Referate von Jellinek und Lassar). Paul Wigger, Das Reichsverwaltungsgericht, 1926. Marohn, VerwArch. 32, 382. Hübener, PrVBl. 43, 339. Görres, Oeffentl. Recht voraus, 1927, S. 78 f. Weitere Literatur bei W. Jellinek, S. 77 und Poetzsch, Handkomm. z. RVerf.³, S. 387.

³¹ Zur Zeit scheint der preußische Vorschlag, das Reichsverwaltungsgericht in Berlin zu errichten und das Preuß. Oberverwaltungsgericht in ihm aufgehen zu lassen, im Vordergrund zu stehen. Vgl. darüber Löwenthal, PrVBl. 49, 226. Seit 1. Jan. 1928 führt das Preuß. Verwaltungsblatt den Namen „Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt.“

schritten, für neue Verwaltungsgebiete Spezialverwaltungsgerichte einzusetzen. Auf diese Weise hat es das Reichsmilitärversorgungsgericht mit der letztinstanzlichen Beurteilung von Streitigkeiten aus der Militärversorgung betraut (1920)³², und die Nichtigerklärung von Kartellverträgen und Beschlüssen in die Zuständigkeit eines Kartellgerichts (1923)³³ gelegt, das an das Reichswirtschaftsgericht angegliedert worden ist u. a. m. Als ein besonderes Verwaltungsgericht wird ferner der Senat des Reichsgerichts tätig, dem die letztinstanzliche Entscheidung der Beschwerden obliegt, zu denen die Vollziehung des Reichsgesetzes zum Schutze der Republik vom 21. Juli 1922 Anlaß gibt (administratives Verbot von Versammlungen, Aufzügen und Kundgebungen; Verbot und Beschlagnahme von Druckschriften u. dgl.).³⁴

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit verfolgt das Ziel, die Forderung des Rechtsstaates nach „gesetzmäßiger Verwaltung“ zu verwirklichen. Sie stellt jedoch nicht die einzige Einrichtung dar, die diesem Zwecke dient. Eine Garantie für die „Gesetzmäßigkeit“ wird u. a. auch geschaffen: durch die Kontrolle der Volksvertretung über die Regierung; durch die Zuziehung von Ehrenbeamten zur Besorgung von Verwaltungsaufgaben; durch eine Ausgestaltung des administrativen Verfahrens, welches auf eine sorgfältige Prüfung der einzelnen Verwaltungssache abzielt; durch die Zuständigkeit der Zivil- und Strafgerichte, bei der Entscheidung von „Vorfragen“ (oben S. 20) die Gültigkeit von Verwaltungsakten prüfen zu dürfen, und endlich dadurch, daß der Gesetzgeber die für die Verwaltungsbehörden maßgebenden Rechtsvorschriften spezialisiert.³⁵ Ist sonach

³² Reichsversorgungsgesetz v. 12. Mai 1920, §§ 23 f., heute in der Fassung v. 31. Juli 1925.

³³ Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2. Nov. 1923, §§ 11 f. Vgl. oben Anm. 21.

³⁴ Gesetz z. Schutz d. Republik v. 21. Juli 1922, §§ 14 f. Gesetz v. 2. Juli 1927 (Senat des Reichsgerichts statt des besondern Staatsgerichtshofs zum Schutz der Republik). Poetzsch, JahrböfR. 13 (1925), S. 11 f. Derselbe, Handkomm., S. 24. Hue de Grais²⁴, S. 347.

³⁵ Thoma, Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft (JahrböfR. Bd. IV, 1910, S. 196). — Ich stimme Thoma in der Forderung nach Spezialisierung der Rechtsvorschriften insoweit zu, als auch ich z. B. in einer generellen Ermächtigungsklausel an die Adresse der Polizei (wie sie das Allgemeine Preußische Landrecht, II, 17 § 10, aufgestellt hat) eine Gefahr für die persönliche Freiheit erblicke. Für Preußen ist diese Gefahr allerdings durch die Rechtsprechung des PrOVG. wesentlich gemildert worden. Im allgemeinen aber liegt meines Erachtens heute die Gefahr nicht in einem „Zu-

die Verwaltungsgerichtsbarkeit nur eine unter vielen Einrichtungen zur Pflege des Verwaltungsrechts, so stellt sie doch andererseits die vollkommenste unter ihnen dar. Dieser Tatsache gibt scharfen Ausdruck der Sprachgebrauch, der als „Verwaltungsrechtspflege“ i. e. S. die Verwaltungsgerichtsbarkeit bezeichnet.

II. Die Verwaltungsgerichte üben, wie sie im einzelnen auch organisiert sein mögen, richterliche Funktionen aus. Verwaltungsgerichtsbarkeit ist Gerichtsbarkeit über die Verwaltung; ihre Aufgabe besteht in einer richterlichen Ueberprüfung von Verwaltungsakten. Sie stellt in Streitigkeiten für den einzelnen Fall justizmäßig fest, was Rechtens ist. Deshalb sind die Verwaltungsgerichte befugt, vor der Anwendung des Rechts auf den maßgebenden Tatbestand in demselben Umfang wie die ordentlichen Gerichte zu prüfen, ob und wieweit ein Gesetz oder eine Verordnung für den Richter rechtsverbindlich ist. Die rechtsstaatliche Rechtfertigung der Verwaltungsgerichtsbarkeit liegt in der Erwägung, daß der Bürger die Möglichkeit besitzen muß, die Rechtmäßigkeit einer ihn belastenden administrativen Verfügung von einer Gerichtsstanz prüfen zu lassen, welche politischen, der Rechtsverwirklichung feindlichen Einflüssen unzugänglich ist. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist daher der Demokratie nicht weniger nötig als der Monarchie. Schon die Existenz der Verwaltungsgerichte an sich übt eine segensreiche Wirkung aus; denn da jeder Verwaltungsbeamte weiß, daß seine Verfügungen die Feuerprobe richterlicher Prüfung

wenig“, sondern in einem „Zuviel“ der Spezialisierung. Zahlreiche moderne Verwaltungsgesetze sind nichts anderes als juristische Logarithmentafeln, die dem Verwaltungsbeamten das eigene Denken und die eigene Ueberlegung abnehmen wollen. Da nun aber ein Gesetz niemals die Fülle der Lebenserscheinungen zu fassen vermag, so steht der ausschließlich an das Gesetzeswort gewöhnte Verwaltungsbeamte neuen Erscheinungen ratlos gegenüber. Denn in einem mit Detailbestimmungen überladenen Gesetze werden die leitenden Rechtsgedanken von minderwertigen Vorschriften so überwuchert, daß sie weder vom Beamten, noch vom Bürger leicht erkannt werden können. Endlich aber ist bei einer derartigen Spezialisierung der Gesetzgeber genötigt, die vielberufene „Klinke der Gesetzgebung“ stets in der Hand zu behalten, um unausgesetzt Änderungen an dem geltenden Rechte vornehmen zu können. Dadurch wird dem Rechte nicht gedient; es entsteht ein Zustand der Rechtsunsicherheit. Aber gerade für den Gesetzgeber soll der Grundsatz gelten: *Quieta non movere*. In dieser übertriebenen Gesetzmacherei liegt eine der Hauptursachen für den Bureaukratismus in der Verwaltung. Ein Gesetz kann nicht einfach und nicht kurz genug sein. Wenige Gesetze und einfache Gesetze muß das erlösende Wort werden.

zu bestehen haben werden, so ist er gezwungen, in seiner ganzen Tätigkeit nach dem Rechte zu blicken.

Die Verwaltungsrechtsprechung bildet ihrem ganzen Wesen nach einen Zweig der Gerichtsbarkeit. Sie steht im gleichen Rang neben der Zivil- und neben der Straferichtsbarkeit. Wenn die Zivil- und die Straferichte in der deutschen Gesetzgebung als „ordentliche Gerichte“ bezeichnet werden³⁶, so kommt darin ihr historischer Vorrang gegenüber den Verwaltungsgerichten als geschichtlich späteren Gerichten zum Ausdruck.³⁷ Von Reichs wegen bestehen jedoch die Garantien der persönlichen richterlichen Unabhängigkeit (lebenslängliche Anstellung, Unabsetzbarkeit, Unversetzbarkeit wider den Willen des Richters) nur für die Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit (RVerf. Art. 102, 104). Soll die Verwaltungsrechtsprechung eine echte Gerichtsbarkeit sein, so sind das Reich und die Länder verpflichtet, ihre Verwaltungsgerichte soweit justizmäßig zu organisieren, daß deren Mitglieder wenigstens nach der sachlichen Richtung unabhängig von jeder Beeinflussung und in voller Treue zum Gesetze ihres Amtes walten können;³⁸ mindestens die oberste Verwaltungsgerichtsinstanz muß möglichst dem Typus eines „echten Verwaltungsgerichts“ (Drews) auch nach der Seite der persönlichen Unabhängigkeit der Richter angepaßt sein. Denn unter diesen organisatorischen Voraussetzungen allein kann der Satz der Reichsverfassung (Art. 102), wonach auch die Verwaltungsgerichte „unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen“ sind, Wahrheit werden.³⁹

1. Für die Organisation der Verwaltungsgerichte stehen drei Formen zu Gebote: Beurteilung der Verwaltungsstreitigkeiten durch die ordentlichen Gerichte (der „Justiz-

³⁶ Z. B. RVerf. Art. 103. GVG. § 12: „Die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit wird durch Amtsgerichte und Landgerichte, durch Oberlandesgerichte und durch das Reichsgericht ausgeübt.“

³⁷ Das GVG. § 13 faßt die Verwaltungsgerichte als Gerichte auf. Vgl. dazu Poetzsch, Handkomm.³, S. 382.

³⁸ Vgl. dazu Staatsgerichtshof f. d. Deutsche Reich 29. Sept. 1923, RGerZ. 107, S. 17 f. Es sei daran erinnert, daß das Reichsgericht den mit der obersten Verwaltungsrechtsprechung betrauten Kaiserlichen Rat in Elsaß-Lothringen nicht als Verwaltungsgericht anerkannt hat, weil dessen Mitglieder lauter Ministerialräte waren, welche vom Kaiser ernannt wurden. Anm. 17.

³⁹ Stier-Somlo, Ztf. f. d. ges. Staatswiss. Bd. 77 (1923), S. 45 f. Poetzsch, Handkomm.³, S. 381. Fuisting, Der Verwaltungsrichter und seine Unabhängigkeit (DJZ. 1927, 849).

staat“ im Sinne Bährs); Zuweisung der Verwaltungsrechtsprechung an Organe der aktiven Verwaltung, womit eine besondere Regelung des bei der Beurteilung von Verwaltungsstreitsachen einzuhaltenden Verfahrens und eine Trennung der Verwaltungsrechtsprechung von den rein administrativen Geschäften verbunden wird und für diese richterliche Tätigkeit der Grundsatz der Subordination ausgeschaltet ist; Errichtung besonderer Verwaltungsgerichte mit bestimmten Garantien richterlicher Unabhängigkeit. Die Reichsverfassung Art. 107 schließt keine dieser Möglichkeiten aus.⁴⁰ Die erste, die justizstaatliche Lösung, lag z. B. den Gesetzgebungen der Hansastädte bis in die neueste Zeit hinein zugrunde, und in Lübeck hat in Verwaltungsstreitsachen der Kläger heute noch die Wahl, ob er die ordentlichen Gerichte oder den Verwaltungsgerichtshof anrufen will. In der Form des „Justizstaats“ hat der Gedanke eines gerichtlichen Rechtsschutzes in Verwaltungssachen in Deutschland zuerst praktische Gestalt gewonnen, so sehr, daß heute noch die Weimarer Reichsverfassung von 1919 bestimmte vermögensrechtliche Streitigkeiten des öffentlichen Rechtes vor die ordentlichen Gerichte verweist.⁴¹ Aber die „justizstaatliche“ Auffassung ist im Bereiche des modernen Verwaltungsrechtes im Schwinden.

Der gemeinen Meinung erscheint die volle rechtsstaatliche Lösung allein in der Gründung von besonderen Verwaltungsgerichten zu liegen, denen ganz oder zum Teil die Garantien der richterlichen

⁴⁰ Die RVerf. Art. 107 läßt insbesondere auch die „justizstaatliche Regelung“ zu, d. h. Zuweisung der Verwaltungsstreitigkeiten an die ordentlichen Gerichte. Wie W. J e l l i n e k in seinem Referat an der Staatsrechtslehrertagung von 1925 S. 12 f. nachgewiesen hat, wurde bei der Ausarbeitung der Weimarer RVerf. auf den Antrag von Preuß im (heutigen) Art. 107 der RVerf. der Zusatz gestrichen, es müßten „besondere“ Verwaltungsgerichte bestehen. Uebereinstimmend P o e t z s c h , Handkomm.³, S. 388. Aber die gemeine Meinung hat sich gegen diese Auffassung ausgesprochen. Vgl. z. B. die Komm. von A n s c h ü t z und von G i e s e zu RVerf. Art. 107. Mit dieser verfassungsrechtlichen Frage darf nicht verwechselt werden die nach der gesetzgeberischen Zweckmäßigkeit. M. E. stellt die beste Lösung des Problems eine besondere Verwaltungsgerichtsbarkeit dar, die auch organisatorisch in viel besserer Weise ihrer Aufgabe angepaßt werden kann als dies der Fall ist bei einem auf Zivilrechtsprechung eingestellten Gerichte. Aber — hier stimme ich W. Jellinek zu — lieber eine Verwaltungsgerichtsbarkeit ausgeübt durch ein Zivilgericht, als gar keine Rechtskontrolle.

⁴¹ RVerf. Art. 129 (Rechtsweg für vermögensrechtl. Ansprüche der Beamten). Art. 131 (Rechtsweg f. Schadenersatzklagen (Amtshaftung) gegen Beamte); Art. 153 (Rechtsweg für Enteignungsentschädigung).

Unabhängigkeit zukommen. Der Typus dieses „echten Verwaltungsgerichtes“ hat in Deutschland die justizstaatliche Lösung zurückgedrängt.

Die Frage der Organisation der Verwaltungsgerichte hängt jedoch häufig aufs engste zusammen mit der des Instanzenzuges: ein Verwaltungsgericht, das erst- und letztinstanzlich entscheidet, oder ein Aufbau in zwei oder drei Instanzen?

Einige Länder (z. B. Württemberg, Braunschweig, Bremen, Lübeck, Oesterreich) besitzen nur ein einziges Verwaltungsgericht; der Bürger, der sich über eine Verfügung beschweren will, hat zunächst den ganzen administrativen Instanzenzug durchzulaufen, bevor er das Verwaltungsgericht anrufen kann. In den meisten deutschen Ländern ist dagegen die Verwaltungsgerichtsbarkeit nach dem Vorbild der Zivil- und Straferichtsbarkeit in zwei, ausnahmsweise drei, Instanzen gegliedert, die ihren Abschluß in einem obersten Verwaltungsgericht haben.

Von einer einheitlichen Regelung ist gerade auf diesem Gebiete keine Rede. Jedes Land hat seine Verwaltungsgerichtsbarkeit nach den eigenen Bedürfnissen und nach den eigenen Anschauungen eingerichtet. Auf die Entscheidung der Frage, ob und wieweit im einzelnen Land eine selbständige Behördenorganisation für die Verwaltungsrechtsprechung aufgeführt werden solle, haben sehr stark Rücksichten auf die Größe des Landes und dessen finanzielle Leistungsfähigkeit eingewirkt. Aber auch davon abgesehen sind bei der Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit noch andere Erwägungen maßgebend geworden: die Absicht, den staatlichen Behördenapparat nicht unnötig zu erweitern und soweit als es die neue Aufgabe erlaubt, die vorhandenen Kräfte heranzuziehen; das Bestreben, die aktive Verwaltung in eine organische Verbindung zur Verwaltungsrechtsprechung, wenigstens auf deren unteren und mittleren Stufen, zu setzen; die Forderung auf Beteiligung der „Administrierten“, der Bürger, an der Kontrolle über die Verwaltungstätigkeit, u. a. m.

Wie die vorstehenden Erörterungen beweisen, beschränkt sich die Uebereinstimmung in der Organisation der deutschen Verwaltungsgerichte auf wenige Grundsätze. Aber von jedem Grundsatz gibt es partikuläre Abweichungen.

Ein Verwaltungsgericht, dessen Mitgliedern die Garantien richterlicher Unabhängigkeit zukommen, — ein „echtes Verwaltungsgericht“ (Drews) — besitzen die Länder, die nur eine einzige ver-

waltungsgerichtliche Instanz organisiert haben (s. o. S. 242) und die, die über den unteren und mittleren Verwaltungsgerichten die Verwaltungsgerichtsbarkeit in eine oberste Instanz (Oberverwaltungs-, Verwaltungsgerichtshof usf.) ausmünden lassen (Preußen, Sachsen, Bayern, Baden, Oldenburg, Hamburg u. a. m.). Die Mitglieder dieser Gerichte können entweder dieses Amt als Lebensberuf verwalten (so z. B. in Preußen, Bayern, Sachsen, Baden) oder ganz oder zum Teil den bestehenden ordentlichen Gerichten entnommen werden und insofern in erster Linie einem ordentlichen Gericht angehören (so z. B. in Hamburg). Aber verschiedene andere Zusammensetzungen sind möglich (teils Berufsrichter, teils Laienrichter), und die Verbindung mit der aktiven Verwaltung kann sogar auf dieser Stufe vorkommen (z. B. in Anhalt, wo der Staatsminister den Vorsitz im Oberverwaltungsgericht führt und in Lübeck, dessen Verwaltungsgerichtshof von einem rechtskundigen Senatsmitglied präsiert wird). Bei der Bestellung der obersten Verwaltungsgerichte kann neben der einseitigen Ernennung durch die Regierung (wie sie z. B. für Preußen, Bayern, Hessen usf. gilt) der Volksvertretung die Wahl einer beschränkten Zahl von Mitgliedern zustehen (so in Oldenburg, Anhalt, Hamburg).

Für die Verwaltungsrechtsprechung in den unteren und mittleren Instanzen bestehen nur in wenigen Ländern Verwaltungsgerichte (z. B. in Oldenburg, Anhalt, Thüringen, Hamburg). Von ihnen besitzt justizmäßige Organisation allein das (erstinstanzliche) Hamburger Verwaltungsgericht; in Thüringen werden die Laienrichter der Kreisverwaltungsgerichte durch die Selbstverwaltungskörper gewählt, und der Vorsitzende wird vom zuständigen Ministerium ernannt, er muß entweder die Fähigkeit zum Richteramt oder zum höheren Verwaltungsdienst haben. —

In allen übrigen Ländern werden die Verwaltungstreitsachen auf den unteren und mittleren Stufen durch Verwaltungsbehörden als Verwaltungsgerichte in einem besonderen Verfahren, dem Verwaltungsstreitverfahren, erledigt.⁴² In Bayern und Sachsen sind die normalen Organe der inneren Verwaltung hiezu berufen (Bayrische Distrikts-Verwaltungsbehörden und die Kammern des Innern der

⁴² In Preußen wird von dem Verwaltungsstreitverfahren scharf getrennt das Beschlußverfahren, das bei der Erledigung reiner Verwaltungssachen vor denselben Behörden zur Anwendung kommt. B i t t e r s HWB., Art. „Beschlußverfahren“, I ² S. 273.

Kreisregierungen; Sächsische Kreishauptmannschaften).⁴³ In Preußen, Baden und Hessen ist diese Aufgabe Kollegien von „Ehrenbeamten“ (oben § 7) unter dem Vorsitz des zuständigen Staatsbeamten anvertraut (in Preußen den Kreis- [Stadt-] und Bezirksausschüssen, in Baden den Bezirksräten, in Hessen den Kreis- und Provinzialausschüssen). Den Vorsitzenden dieser Kollegien ist regelmäßig zur Wahrung des öffentlichen Interesses das Recht eingeräumt, die von diesen Kollegien gefällten Urteile selbständig bei der höheren Instanz durch Einlegung der Berufung oder Revision anzufechten.⁴⁴

Neben diesen allgemeinen Verwaltungsgerichten besitzen einzelne Staaten noch Spezialverwaltungsgerichte für die Beurteilung besonders gearteter Verwaltungstreitsachen, z. B. bergrechtlicher, landwirtschaftlicher Streitigkeiten usw.⁴⁵ Als Spezialverwaltungsgerichte dieser Art (Sonderverwaltungsgerichte) sind auch die Schätzungskommissionen zu betrachten, denen von den Expropriationsgesetzen die Feststellung der Enteignungsentschädigung übertragen ist.⁴⁶ Ebenso stellt die Disziplinargerichtsbarkeit über öffentliche Beamte nichts anderes dar, als ein spezielles Stück der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

2. Die Hauptaufgabe der Verwaltungsgerichte besteht darin, über die Gesetzmäßigkeit von Verwaltungsakten zu befinden. Daraus folgt, daß die Verwaltungsgerichte erst angerufen werden können, nachdem die Verwaltungsbehörden in einer bestimmten Angelegenheit eine Verfügung erlassen haben. Einzelne Gesetze schreiben sogar vor, daß der Bürger mit seiner Beschwerde den ganzen Instanzenzug der Verwaltung müsse durchlaufen haben, bevor er sich um Schutz an das Verwaltungsgericht wenden dürfe.⁴⁷ Die Verwaltungstreitsachen des deutschen Rechtes sind somit

⁴³ Kollegiale Besetzung ist jedoch in Bayern und Sachsen vorgeschrieben. Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz, Art. 30, 31. v. d. Mosel, HWB.¹³, II 939.

⁴⁴ Preuß. Landesverwaltungsgesetz §§ 82, 83, 93. Bad. Verwaltungsrechtspflegegesetz § 32. Verwaltungsgerichtsgesetz für Anhalt § 49. Hessisches Verwaltungsrechtspflegegesetz Art. 70.

⁴⁵ Göz, Württ. Staatsrecht, S. 164. Ueber die Bergausschüsse des preuß. Rechts: Bitters HWB., Art. „Bergausschuß“, Bd. 1², S. 242. Friedrichs, VerwRPfl., I S. 99 f.

⁴⁶ Vgl. jedoch RVerf. Art. 153, Abs. 2.

⁴⁷ Württ. VerwRPflGesetz Art. 59. VerwRPflGesetz für das Königreich Sachsen § 73, Ziff. 1. Braunschweig. VerwRPflGesetz § 8 („unter Ausfall jedoch der Beschwerde an das Staatsministerium“). Georges Werner, La notion judiciaire des contestations administratives (Festgabe f. Fleiner, 1927, S. 352).

regelmäßig „nachträgliche Verwaltungsstreitsachen“.⁴⁸ Nur ausnahmsweise und nur kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift sind die Verwaltungsgerichte berufen, an Stelle der Verwaltungsbehörden zu handeln („ursprüngliche Verwaltungsstreitsachen“); so kann nach dem Rechte einzelner Staaten eine gewerbepolizeiliche Erlaubnis (GewO. § 53) nur durch verwaltungsgerichtlichen Spruch zurückgenommen werden.⁴⁹

Der Gesetzgeber besitzt die Möglichkeit, die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte nach zwei verschiedenen Methoden zu umschreiben: mit Hilfe einer Generalklausel oder aber nach der Enumerationsmethode. Stellt das Gesetz einen allgemeinen Grundsatz auf, der dem Bürger das Recht einräumt, den Schutz der Verwaltungsgerichte gegen jeden beliebigen Akt der Verwaltungsbehörden anzurufen, so spricht man von einer Generalklausel. Erklärt es aber, eine Anrufung des Verwaltungsgerichtes sei nur in den vom Gesetze einzeln (limitativ) aufgezählten Fällen zulässig, so ist es nach der Aufzählungs- (Enumerations-) Methode geformt. Die Generalklausel begründet eine allgemeine verwaltungsgerichtliche Kontrolle über alle Zweige der öffentlichen Verwaltung und gewährleistet einen gerichtlichen Schutz gegen jede von den Verwaltungsbehörden begangene Rechtsverletzung, soweit der Gesetzgeber nicht ausdrücklich von der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit Verfügungen und Anordnungen bestimmter Art (für den diplomatischen Verkehr, im Interesse der Landesverteidigung und der Aufrechterhaltung der inneren Sicherheit usw.) ausgenommen hat. Die Enumerationsmethode bringt die unvollkommenere Lösung des Problems; sie steht aber auch insofern hinter der Generalklausel zurück, als sie den Gesetzgeber zwingt, sich beim Erlaß jedes neuen Verwaltungsgesetzes darüber schlüssig zu machen, welche der Streitigkeiten, die sich bei der Anwendung des neuen Gesetzes ergeben können, er dem Verwaltungsgerichte zur Beurteilung zuweisen will. Bei der ersten Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde die Methode der Aufzählung von den meisten Gesetzen bevorzugt, weil sie von vornherein Klarheit darüber zu verschaffen schien, wieweit die Verwaltung unter eine gerichtliche Kontrolle zu stehen kam und es so ermöglichte, die Verwaltungsbehörden auf weiten Gebieten der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle zu entziehen. Diese Momente haben die Enumerationsmethode auch in

⁴⁸ Otto Mayer, I³ S. 152.

⁴⁹ Landmann-Rohmer, GewO., I⁸ S. 666 f.

der neuern Zeit den der Verwaltungsgerichtsbarkeit abholden Regierungen empfohlen.⁵⁰ Aber die Erfahrung lehrt, daß das Ziel, dem die Verwaltungsgerichtsbarkeit dient — die Aufrichtung einer Rechtskontrolle über der Verwaltung — in rechtsstaatlichem Sinne nur durch die Einführung der Generalklausel zu erreichen ist. Dieser fällt in der neuern Gesetzgebung in steigendem Maße der Sieg zu. Der Generalklausel gehört die Zukunft.

Die Gesetze, die eine Generalklausel kennen, nehmen davon regelmäßig bestimmte Kategorien von Verwaltungsstreitsachen aus und weisen diese entweder ganz den Verwaltungsbehörden oder einem besonderen Verfahren zu. Unter den deutschen Gesetzen haben von der Generalklausel den umfassendsten Gebrauch gemacht Württemberg und Sachsen, Lübeck und Thüringen, vor allem aber Hamburg und Bremen — auch Oesterreich ist hieher zu zählen. In diesen Staaten besitzt der Bürger, der sich durch eine Verfügung der Verwaltungsbehörden verletzt glaubt, die Befugnis, sich an das Verwaltungsgericht zu wenden.⁵¹ Durch eine ähnliche

⁵⁰ Die Enumerationsmethode gestattet, bei der Aufzählung der der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterstellten Streitsachen nach dem Rezept zu verfahren: die kleinen Diebe hängt man, die großen läßt man laufen.

⁵¹ Württ. VerwRPfGesetz Art. 13: „Außerdem entscheidet der Verwaltungsgerichtshof vorbehaltlich der hienach bezeichneten Ausnahmen über Beschwerden gegen Entscheidungen oder Verfügungen der Verwaltungsbehörden, wenn jemand, sei es eine einzelne Person, ein Verein oder eine Korporation, behauptet, daß die ergangene auf Gründe des öffentlichen Rechts gestützte Entscheidung oder Verfügung rechtlich nicht begründet, und daß er hierdurch in einem ihm zustehenden Recht verletzt oder mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet sei. — Ausgeschlossen ist diese Beschwerde, wenn und soweit die Verwaltungsbehörden durch das Gesetz nach ihrem Ermessen zu verfügen ermächtigt sind.“ Man nennt das Rechtsmittel in Württemberg „Rechtsbeschwerde“. Sächs. VerwRPfGesetz §§ 73, 76. „Anfechtungsklage“. Vgl. auch Gesetz Anhalts, die Verwaltungsgerichte betr., § 3. — Auch in der Schweiz gewinnt die Generalklausel in steigendem Maße Anhänger. So hat Basel-Stadt (vgl. oben Anm. 13) sein VerwRPfGesetz von 1905, das auf der Enumerationsmethode aufgebaut war, umgestaltet und dabei die Generalklausel aufgenommen (Juni 1928), und ebenso ist der vorliegende Gesetzesentwurf, der im Kanton Zürich die Verwaltungsgerichtsbarkeit einführen will, mit der Generalklausel geziert. Wenn die eidgenössische Verwaltungsgerichtsbarkeit, wie heute zu befürchten ist, nicht nach dem System der Generalklausel wird ausgestaltet werden, so trägt daran Schuld die Bundesbureaukratie, die grundsätzlich jede Rechtskontrolle über ihre Tätigkeit als „überflüssig“ und „schädlich“ betrachtet und angesichts des Gebots der Bundesverfassung (Art. 114 bis, von 1914), das eine eidgenössische Verwaltungsgerichtsbarkeit verlangt, nun die Enumerations-

allgemeine Ermächtigung ist in Preußen und Baden, und bis zu einem gewissen Grade in Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz, der Bürger in den Stand gesetzt, wenigstens alle polizeilichen Verfügungen beim Verwaltungsgerichte anzufechten⁵² — während die Verwaltungsgerichtsgesetze dieser Staaten im übrigen nach der Enumerationsmethode gebildet sind. Die Gesetze aller anderen deutschen Staaten (Bayern, Hessen, Braunschweig, Oldenburg usf.) haben sich der Enumerationsmethode angeschlossen.⁵³ Sie beschränken demgemäß die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte auf die Beurteilung bestimmter Arten einzeln aufgezählter Verwaltungstreitsachen. Ist eine Streitsache in den Gesetzeskatalog nicht aufgenommen, so bleibt den Bürgern in jenen Ländern jeder verwaltungsgerichtliche Schutz versagt.⁵⁴

3. Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland ist dem Bestreben entsprungen, die subjektiven (privaten oder öffentlichen) Rechte der Bürger (Eigentum, persönliche Freiheit, Wahlrecht usf.) zu schirmen gegen Irrtum und Mißbrauch der Verwaltungsbehörden. Allen deutschen Verwaltungsgerichtsgesetzen gilt deshalb auch heute noch als Hauptaufgabe der Schutz subjektiver Rechte der Bürger.⁵⁵ Allein in steigendem Maße hat sich die

methode als das kleinere Uebel hinnimmt. Daraus erhellt, daß die autoritative Regierungsmethode nicht an die monarchische Staatsform gebunden ist.

⁵² **Preußen:** Preuß. Landesverwaltungsgesetz von 1883, § 127. **Friedrichs,** VerwRPfl., I S. 198. **Baden:** VerwRPflGesetz § 4. Im übrigen findet sich die Aufzählung der den Verwaltungsgerichten zugewiesenen Verwaltungstreitsachen für **Baden** im VerwRPflGesetz §§ 2, 3 und für **Preußen** im Zuständigkeitsgesetz v. 1. Aug. 1883; s. auch **Friedrichs,** VerwRPfl., I 203 f.

⁵³ Vgl. z. B. Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz Art. 8: „Verwaltungsrechtsachen“ (d. i. Verwaltungstreitsachen) im Sinne dieses Gesetzes sind alle bestrittenen Rechtsansprüche und Verbindlichkeiten in nachbenannten Angelegenheiten:“ Hess. VerwRPflGesetz Art. 17, 38, 131—133.

⁵⁴ Dem oben im Text erwähnten formellen Nachteil der Enumerationsmethode sucht das Oldenburgische Gesetz, betr. die Verwaltungsgerichtsbarkeit, soweit als möglich zu begegnen durch die Vorschrift, § 53: „Die Ausdehnung der sachlichen Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte auf weitere als die in den §§ 16—51 aufgeführten Angelegenheiten erfolgt im Verordnungsweg . . .“ Ebenso Braunschw. VerwRPflGesetz § 17. Hess. VerwRPflGesetz Art. 20.

⁵⁵ Vgl. Art. 13 des Württ. VerwRPflGesetzes oben Anm. 51. Preuß. Landesverwaltungsgesetz von 1883, § 127: „. . . Die Klage (gegen polizeiliche Verfügungen) kann nur darauf gestützt werden: 1. daß der angefochtene

Ueberzeugung Bahn gebrochen, daß der Schutz der objektiven Rechtsordnung ein ebenso wichtiges Anliegen der Verwaltungsrechtsprechung sein muß. Dieser Gedanke hat praktische Gestalt gewonnen in der Zulassung eines Vertreters des öffentlichen Interesses im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, ferner in der Anerkennung von Popularklagen (vgl. unten S. 266) und endlich (im Rahmen der nach der Enumerationsmethode angelegten Gesetze) in der ausdrücklichen Erstreckung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit auf den Schutz von Rechtsnormen, die keine subjektiven Rechte der Bürger begründen.⁵⁶

4. Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte bricht an dem Punkte ab, an dem das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden beginnt. Man faßt diesen Gedanken in der bekannten Formel zusammen, Ermessensfragen unterstünden nicht der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte; das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden sei unüberprüfbar. Die Gesetze Bayerns, Württembergs und Badens, Thüringens u. a. haben dies ausdrücklich hervorgehoben;⁵⁷ in gleichem Sinne sind aber auch die Verwaltungsgerichts-

Bescheid durch Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung des bestehenden Rechtes, insbesondere auch der von den Behörden innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenen Verordnungen den Kläger in seinen Rechten verletze; 2. daß die tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorhanden seien, welche die Polizeibehörde zum Erlasse der Verfügung berechtigt haben würden.“ Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz Art. 8, s. oben Anm. 53. Dyroff, Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz, 6. Aufl., S. 252 f. Braunschw. Gesetz betr. die Verwaltungsrechtspflege, § 9. O. Bühler, Die subjektiven öffentl. Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1913. W. Jellinek, Veröffentl. d. Staatsrechtslehrervereinigung, Heft 2, S. 37 f.

⁵⁶ Vgl. z. B. Preuß. Zuständigkeitsgesetz v. 1. Aug. 1883, §§ 15, 17. Friedrichs, VerwRPfl., I S. 284 f. — Thüring. LandesverwO. von 1926, § 131: „Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, daß die angefochtene Entscheidung auf der Nichtanwendung oder auf der unrichtigen Anwendung des bestehenden Rechts beruhe.“ Das Oesterr. Gesetz v. 22. Okt. 1876 machte die Anrufung des VGH. davon abhängig, daß der Private „in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet.“ Gemäß der Verfassungsnovelle v. 30. Juli 1925 tritt neben den Schutz der subjektiven Rechte die Herstellung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Herrnritt, Oesterr. VerwR., S. 133.

⁵⁷ Für Württemberg: Geier, Die Rechtsbeschwerde im württembergischen Recht (Württ. Zft. f. RPfl. Bd. 16). Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz Art. 13: „Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofs erstreckt sich nicht . . . 3. auf Angelegenheiten und Fragen, in welchen die Verwaltungsbehörden nach ihrem Ermessen zu verfügen berechtigt sind . . .“ Baden: VerwRPflGesetz § 4, Abs. 4. Nach der Thüring. LandesverwO. 1926 § 128 ist die Anfechtungsklage ausgeschlossen „soweit die Verfügung nach freiem

gesetze der Staaten auszulegen, die eine entsprechende Vorschrift nicht enthalten, wohl aber den Satz aufstellen, die Verwaltungsgerichte seien auf eine Prüfung darüber beschränkt, ob ein angefochtener Verwaltungsakt das bestehende Recht nicht oder nicht richtig angewendet habe.⁵⁸ Denn das Verwaltungsgericht ist seinem historischen Ursprung und seiner ganzen Anlage nach nicht Oberverwaltungsbehörde, sondern Rechtsschutzorgan. Daraus folgt aber andererseits, daß das Verwaltungsgericht zuständig ist zu prüfen, ob sich die Verwaltungsbehörde nach dem vom Gesetze ausdrücklich oder stillschweigend aufgestellten Maßstabe gerichtet hat, gemäß welchem bei der Regelung des Einzelfalles das freie Ermessen zu betätigen ist. Hier besteht für die Verwaltungsbehörde gesetzliche Gebundenheit. Die Entscheidung darüber, ob und wie weit Raum für ein freies Ermessen vorhanden gewesen ist, d. h. ob die Verwaltungsbehörde nach freiem Ermessen handeln dürfen und ob sie dabei die ihr gezogenen Schranken, zu denen auch die rechtsgleiche Behandlung der Bürger gehört, nicht überschritten hat, wird durch Rechtsnormen bestimmt und untersteht daher der verwaltungsgerichtlichen Ueberprüfung⁵⁹. Ob Ermessensmißbrauch oder Ermessensüberschreitung vorliegt, ist nicht selbst wieder Ermessensfrage,

Ermessen zu treffen war“. Hamb. Ges. über Verwaltungsgerichtsbarkeit von 1921, § 46: „Soweit Behörden gesetzlich ermächtigt sind, nach ihrem Ermessen zu verfahren und nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, kann die Klage nicht darauf gestützt werden, daß nach richtigem Ermessen anders zu verfahren gewesen wäre.“

⁵⁸ Dies bestimmt vor allem das VerwRPfGesetz für Sachsen, § 76. Vgl. dazu Wachler und Naundorff, Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. OVG., I S. 64, Nr. 36. Apelt, K. Sächs. VerwRPfGesetz, 2. Aufl., S. 279 ff. Wittmaack, Wieweit ist das sächs. OVG. zur Nachprüfung von Ermessensfragen zuständig? (Fischers Zft. 58, S. 97). Ueber Preußen s. oben Anm. 55. — Ueber die Lehre von dem „unüberprüfbaren Ermessen“ der Verwaltungsbehörden s. die Literaturangaben oben S. 141 Anm. 1, ferner Fleiner, Einzelrecht und öffentliches Interesse, S. 6 ff. D y r o f f, Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz⁶, S. 506. Rudolf v. Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910. Apelt, K. Sächs. VerwRPf-Gesetz, S. 289 ff. W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung, S. 114 ff. W. Jellinek, Veröffentl. d. Staatsrechtslehrer-Vereinigung, Heft 2, S. 63 f. Scheuner, Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte (VerwArch. 33, 68 f.). Friedrichs. Verw-RPfl., I S. 275 f.

⁵⁹ v. Laun, Das freie Ermessen, S. 47 ff., will scheiden zwischen gesetzlich gebundenem Ermessen und freiem Ermessen im engeren Sinn. Allein dabei handelt es sich nicht um zwei verschiedene Arten des Ermessens, sondern nur um Gradunterschiede. Vgl. oben S. 142.

sondern Rechtsfrage.⁶⁰ Unüberprüfbar für das Verwaltungsgericht ist demgemäß die Verfügung einer Verwaltungsbehörde insoweit, als für sie Einsichten, Erfahrungen und Verantwortlichkeiten wirksam werden, die das Gesetz innerhalb des freigelassenen Rahmens bei den *Verwaltungsbehörden* voraussetzt und deren Betätigung es deshalb diesen und keinen anderen Instanzen zugewiesen hat.⁶¹ Dazu gehört z. B. die Entscheidung darüber, welche Mittel zur Erreichung eines vom Gesetze vorgesteckten öffentlichen Zieles im Einzelfall als zweckmäßig und den äußeren Verhältnissen angemessen erscheinen. Derartige Ermessensfragen sind der Ueberprüfung der Verwaltungsgerichte entzogen; sie können ihnen in bestimmten Materien nur durch ausdrückliche gesetzliche Anordnung⁶² zugewiesen werden.

Am weitesten gehen nach dieser Richtung die Gesetze, welche den Betroffenen die Möglichkeit gewähren, die Feststellung, daß eine Zwangsenteignung vom öffentlichen Wohl gefordert wird, der ver-

⁶⁰ Die österr. Bundesverfassung Art. 129 Abs. 3 entzieht dem VGH. die Ermessenskontrolle nur insoweit, als eine Verwaltungsbehörde von ihrem Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht hat. Herrnritt, Oesterr. VerwR., S. 137. Beispiele: Das Verwaltungsgericht darf prüfen, ob eine polizeiliche Anordnung polizeilichen und nicht etwa fiskalischen Motiven entsprungen ist; ferner ob die polizeiliche Einschränkung der persönlichen Freiheit nicht das gesetzliche Maß überschreitet. Vgl. dazu Entsch. des PrOVG. Bd. 30, S. 313 und Jahrbücher des Sächs. OVG. 3, S. 199. Ferner Fleiner, Staatsrechtliche Gesetze Württembergs, S. 496, Anm. 3. Wachler und Naundorff, Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. OVG. Bd. I, S. 64, Nr. 36. Thoma im VerwArch. 20, 451.

⁶¹ Beispiele: Die Bedürfnisfrage bei der Errichtung neuer Wirtschaften (GewO. § 33) ist endgültig von der Verwaltungsbehörde zu beantworten, sofern das maßgebende Verwaltungsgerichtsgesetz nicht ausdrücklich auch diese Seite der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung unterstellt hat. Landmann-Rohmer, GewO., 1⁸ S. 402 f. Ob ein Einspruch der Verwaltungsbehörde gegen die Eintragung eines politischen Vereins in das Vereinsregister als zweckmäßig erscheint, hat, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, das Verwaltungsgericht nicht zu überprüfen; es ist auf eine Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Einspruchs beschränkt. Entsch. des PrOVG. v. 1. März 1901 (Reger 21, S. 172; 22, S. 247). v. Tuhr, Allg. Teil, I S. 485 ff., insbes. S. 489.

⁶² Das ältere Badische Recht weist zahlreiche Beispiele auf; vgl. Weizel, Das Bad. Gesetz v. 5. Okt. 1863, S. 170, 195. Ferner sei verwiesen auf das Recht Preußens, Sachsens, Oldenburgs, Hessens. Vgl. z. B. Preuß. Zuständigkeitsgesetz v. 1. Aug. 1883, §§ 50, 66. Friedrichs, VerwRPfl., I S. 278 f. — Sächs. VerwRPflGesetz § 73, Ziff. 4; § 76, Abs. 3 (Prüfung der Frage, ob der Einspruch gegen die Eintragung eines politischen Vereins

waltungsgerichtlichen Kontrolle zu unterstellen.⁶³ — Endlich aber ist die verwaltungsgerichtliche Kompetenz noch nach einer anderen Seite hin ausgebaut worden. Einzelne Staaten (z. B. Braunschweig) haben ganz allgemein, andere (z. B. Preußen, Baden, Lippe) wenigstens für das Gebiet der Polizeiverfügungen dem Kläger (Beschwerdeführer) die Befugnis erteilt, eine Verfügung der Verwaltungsbehörde auch mit der Behauptung anzufechten, die tatsächlichen Voraussetzungen seien nicht vorhanden gewesen, welche die Behörde zum Erlaß einer Verfügung des gerügten Inhaltes berechtigt hätten.⁶⁴

Ist das Verwaltungsgericht zur Beurteilung einer konkreten Verwaltungstreitsache zuständig, so hat es die Rechts- und die Tatfrage des Falles selbständig zu würdigen. Zur Prüfung der Rechtsfrage gehört insbesondere auch eine Untersuchung darüber, ob die Verwaltungsbehörde in ihrer Verfügung einen vom Gesetze

in das Vereinsregister zweckmäßig gewesen sei; Urt. des Sächs. OVG. v. 30. Mai 1907, Jahrb. 11, S. 53. A p e l t, Sächs. VerwRPfGesetz, S. 250). Ueber Oldenburg vgl. S c h u l t z e n s t e i n, im VerwArch. 13, 331 und 14, 441. Hess. VerwRPfGesetz Art. 133, Ziff. 4, 7, 9.

⁶³ Das Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz Art. 8, Ziff. 10, erstreckt in Expropriationssachen die Kompetenz der Verwaltungsgerichte auch auf die Beurteilung der Frage, „ob das betreffende Unternehmen vom gemeinen Nutzen erfordert werde“. D y r o f f, Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz⁶, S. 299. L a f o r e t, Bayr. Zwangsabtretungsgesetz, 1910, S. 79. F l e i n e r, Einzelrecht und öffentl. Interesse, S. 25. Dieselbe Kompetenz besitzt ferner das OVG. von Lippe. S. nämlich Gesetz betr. die sachl. Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte von 1898, § 1, Ziff. II. Vgl. auch Preuß. Zuständigkeitsgesetz § 47.

⁶⁴ VerwRPfGesetz für Braunschweig, § 9. Preuß. Landesverwaltungsgesetz von 1883, § 127, s. oben Anm. 55. Bad. VerwRPfGesetz § 4, Abs. 2. Gesetz für Lippe betr. die sachliche Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte von 1898, § 1, Ziff. XIV. Faktisch ist auch Sachsen (Anfechtungsklage) hierher zu zählen. Nach § 76, Abs. 2 des VerwRPfGesetzes „unterliegen auch die tatsächlichen Feststellungen der Nachprüfung des Oberverwaltungsgerichts, soweit sie auf die rechtliche Beurteilung der Sache von Einfluß sind.“ Diese Vorschrift bietet dem Oberverwaltungsgericht eine Handhabe, auch die tatsächlichen Voraussetzungen eines Verwaltungsaktes zu prüfen. Vgl. z. B. Urt. des Sächs. OVG. v. 7. Nov. 1906 (Jahrb. OVG. 10, S. 25). Beispiele: Prüfung der Frage, ob bestimmte Tatsachen vorhanden waren, aus denen die Verwaltungsbehörde habe den Schluß ziehen dürfen, es liege kein Bedürfnis für die Errichtung einer neuen Wirtschaft vor; ob bestimmte Tatsachen die Behörde zu der Annahme berechtigt haben, die öffentliche Sicherheit sei gestört oder gefährdet usf. A p e l t, Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz, S. 283 ff.

gebrauchten Begriff richtig und in der Tragweite aufgefaßt hat, die ihm für das konkrete Rechtsverhältnis zukommt. Das ist wichtig namentlich dann, wenn ein vom Gesetzgeber verwendeter begrifflicher Ausdruck für die Auslegung einen weiten Spielraum offen läßt (z. B. Zuverlässigkeit, Treu- und Glauben, Gefährdung, Lustbarkeit usf.).⁶⁵ Darüber hinaus unterliegt aber der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle in gleicher Weise die Frage, ob die Verwaltungsbehörde bei der Würdigung der Tatsachen, auf die sie ihre Verfügung aufgebaut hat, keinen Irrtum begangen hat, der auf die Rechtsanwendung von Einfluß ist.⁶⁶ Die Kompetenz der Verwaltungsgerichte darf nicht verwechselt werden mit der des Reichsgerichtes. Das Reichsgericht ist auf eine *revisio in iure* beschränkt und daher im allgemeinen an den von den unteren Instanzen festgestellten Tatbestand gebunden. Die Verwaltungsgerichte dagegen

⁶⁵ Daher steht dem Verwaltungsrichter eine selbständige Prüfung darüber zu: ob ein Gebäude „zum öffentlichen Dienst bestimmt“, daher steuerfrei ist (ProVG. Bd. 59, S. 41); ob ein „zweifelhafter Fall“ im Sinne des Impfgesetzes § 2 Abs. 2 vorliegt (a. a. O. Bd. 61, S. 223); ob die Veranstaltung eines Reitvereins eine steuerpflichtige „Lustbarkeit“ ist (a. a. O. Bd. 62, S. 282); welches der „gemeine Grundstückswert“ ist (a. a. O. Bd. 55, S. 113 und PrVbl. 34, 113); ob der Ehemann der Wirtin „zuverlässig“ im Sinne des Notgesetzes v. 24. Febr. 1923 ist (Hans. RZft. 8, 325); welche Veranstaltungen der „Vergnügungssteuer“ (Finanzausgleichsges. v. 27. April 1926, § 14) unterliegen (Preisregeln, Ruderregatten, Autorennen usf.; JW. 1927, 474, 476, 825) usf. Eine der verwaltungsgerichtlichen Prüfung unterliegende Rechtsfrage ist ferner, ob die wesentlichen Vorschriften über das Verfahren beobachtet worden sind. Dies wird ausdrücklich hervorgehoben in dem Sächs. VerwRPfGesetz § 76, Ziff. 2. Wachler und Naundorff, Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. OVG., I S. 64, Nr. 37. Apelt, Sächs. VerwRPfGesetz, S. 293. Vgl. dazu oben S. 258. Schultzenstein, Berichtigung tatsächlicher Anführungen im Verwaltungsstreitverfahren (Verw-Arch. 20, 39).

⁶⁶ Z. B. ob bei einem Versicherten infolge der Krankheit Erwerbsunfähigkeit eingetreten sei. ProVG. v. 17. April 1902 (Reg. 22, 389); ob ein Grundstück Vorteil von einer neuen Straße hat und daher beitragspflichtig wird (Sächs. OVG. v. 1. März 1902; Jahrbücher II 79); ob die festgestellten Tatsachen geeignet sind, eine „Gefährdung“ der öffentl. Ordnung herbeizuführen (Sächs. OVG. 30. Dez. 1919; Rechtsgrundsätze V S. 61). Selbstverständlich hat es der Gesetzgeber in der Hand, die Verwaltungsgerichte in bestimmten Fällen an die tatsächlichen Feststellungen der Verwaltungsbehörden zu binden. In Baden ist die Feststellung der zuständigen Verwaltungsbehörde, daß ein Weg ein öffentlicher sei, gemäß Bad. Straßengesetz von 1884, § 37, litt. b, der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung entzogen. Rechtsprechung des Bad. VGH. III Nr. 14, 1144.

haben, bevor sie zu einer Prüfung der Rechtsanwendung übergehen, den Sachverhalt jeder Streitsache von Amtes wegen festzustellen. Im Verwaltungsstreitverfahren gilt die Untersuchungs-, nicht die Verhandlungsmaxime; die Gerichte sind bei Erforschung des Sachverhaltes nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden.⁶⁷ Eine Beschränkung der Verwaltungsgerichte auf eine *revisio in iure* stellt eine Ausnahme von der Regel dar; sie greift nur auf Grund besonderer gesetzlicher Anordnung Platz.⁶⁸

5. Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten ist in den Grundzügen dem Zivilprozesse nachgebildet, im übrigen aber den besonderen Aufgaben des Verwaltungsstreitverfahrens angepaßt.⁶⁹ Die Anrufung der Verwaltungsgerichtsinstanzen hemmt im allgemeinen die Vollziehung der angefochtenen Verfügung, und dieselbe aufschiebende Wirkung kommt den übrigen Rechtsmitteln des Verwaltungsstreitverfahrens (Berufung, Revision) zu.⁷⁰ Auch für den

⁶⁷ Vgl. z. B. Hamb. Verwaltungsgerichtsgesetz § 29, Abs. 1: „Das Gericht erhebt den nach seinem Ermessen zur Aufklärung des Sachverhalts erforderlichen Beweis, auch wenn dieser von den Parteien nicht angetragen ist.“ *Schultzenstein*, Die Untersuchungs- und die Unterhandlungsmaxime, 1913. *Heine* im *VerwArch.* 26 (1918), S. 431 f. *Berner*, ebenda 31 (1926), S. 428 f. *Friedrichs*, *VerwRPfl.*, I S. 328 f.

⁶⁸ Das trifft z. B. in Preußen zu für die Verwaltungsstreitsachen, die in zweiter Instanz durch Endurteil der Bezirksausschüsse (als Berufungsgerichte) erledigt worden sind und sodann durch das Rechtsmittel der Revision an das Oberverwaltungsgericht weitergezogen werden können. *Preuß. Landesverwaltungsgesetz* von 1883, §§ 93, 94. *Kamptz*, *Rechtsprechung des PrOVG.* Bd. IV, S. 1379, Nr. 4. *Bartels*, *Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten*, 1907, S. 26 ff. *Urt. des PrOVG.* v. 12. Okt. 1906 und 19. Okt. 1911 (*Entsch.* Bd. 49, S. 445; Bd. 60, S. 145). *Friedrichs*, *VerwRPfl.*, II S. 973 f. Aehnlich ist das Rechtsmittel der Revision gegen die in der Berufungsinstanz erlassenen Urteile ausgestaltet im *Hess. VerwRPfl-Gesetz* Art. 85. Auch die Rechtsbeschwerde an den Reichsfinanzhof (RAO. §§ 265 f.) kann nur Rechtsirrtum rügen (§ 267), nicht auch, daß die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen unrichtig seien (*Becker*, RAO. 5, S. 628), aber der Gesetzgeber hat gegen grobe Verstöße geholfen durch Zulassung der Rüge, es liege ein Verstoß „wider den klaren Inhalt der Akten vor“ (RAO. § 267, Ziff. 1). Ebenso bei der Revision gemäß *RVO.* § 1697, Ziff. 1.

⁶⁹ Vgl. die Literaturangaben bei *Parey*, *Rechtsgrundsätze des PrOVG.*, II S. 1172. *Friedrichs*, *Die Besonderheiten des Preuß. Verwaltungsstreitverfahrens* (*VerwArch.* 6, 358). *Friedrichs*, *VerwRPfl.*, II S. 924 f. v. d. *Mosel*, *HWB.*¹³, Art. „Verwaltungsstreitsachen“, II 930 f. Weitere Literatur bei *W. Jellinek*, 288, 289. — Es soll im Text nur das Allerwichtigste aus dem Verwaltungsstreitverfahren hervorgehoben werden.

⁷⁰ Vgl. z. B. über das preuß. Recht: *Bitters*, *HWB.*, Art. „Aufschie-

Verwaltungsrichter gilt der Satz: *ne procedat iudex ex officio*.⁷¹ Es haben ferner die Verwaltungsgerichte ihre Kompetenz von Amtes wegen zu prüfen.⁷² Die Zuständigkeit zur Beurteilung der Hauptsache zieht die Kompetenz zur Beurteilung der „Vorfragen“⁷³ nach sich, auch wenn diese einem andern Rechtsgebiete (Zivil- oder Strafrecht) angehören (s. oben S. 20). Für die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist maßgebend die juristische Natur des streitigen Rechtsverhältnisses.⁷⁴ Kompetenzkonflikte zwischen Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten entscheidet entweder das oberste Verwaltungsgericht (z. B. in Preußen, Sachsen, Bayern)⁷⁵

bende Wirkung“, Bd. I², S. 137. *Friedrichs*, *VerwRPfl.*, II S. 931. — Doch bleibt, wie bei der Beschwerde (oben S. 233 Anm. 18), den Verwaltungsbehörden das Recht gewahrt, die angefochtene behördliche Entscheidung trotz Einlegung des Rechtsmittels aus Gründen des öffentlichen Interesses einstweilen zu vollziehen. Z. B. Sächs. *VerwRPflGesetz* §§ 67, 84. *Bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz* Art. 24. *Hamburg. VerwGerG.* § 45. *Thüring. LandVerwO.* § 117.

⁷¹ M. E. ist die Anrufung des Verwaltungsgerichts auch gegen eine pflichtwidrige Untätigkeit der Verwaltungsbehörde (Verschleppung eines Antrags auf Erteilung einer Polizeierlaubnis usw.) zulässig. Denn auch die Untätigkeit der Behörde kann den Bürger in seinen Rechten beeinträchtigen und a fortiori ist das objektive Recht verletzt. So spricht das *Hamb. VerwGerGes.* § 43 von einer Klage gegen die Behörde, welche die Verfügung erlassen „oder die Amtshandlung verweigert hat“. Das französische Ges. vom 17. Juli 1900, Art. 3, gibt dem Bürger, dessen Gesuch die Verwaltungsbehörde nicht erledigt, das Recht, nach vier Monaten seinen Antrag als zurückgewiesen zu betrachten und den Rekurs an das Oberverwaltungsgericht, den *Conseil d'Etat*, zu ergreifen. *D u g u i t*, *Transformation du Droit public*, p. 71.

⁷² Prüfung der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit. *R. Oeschey*, Beiträge zur Gerichtsstandslehre des bayr. Verwaltungsprozeßrechtes (S.-A. aus den Blättern f. administrative Praxis, 1909). Nach dem Sächs. *VerwRPflGesetz*, § 36, wird die bei einem unzuständigen Verwaltungsgericht eingereichte Klage von Amtes wegen an das zuständige Gericht abgegeben. Ebenso nach dem *Hess. VerwRPflGesetz* Art. 42. — *Keine prorogatio fori* (vereinbarter Gerichtsstand): *Parey*, *Rechtsgrundsätze des PrOVG.*, II S. 1211, Nr. 125. *Gö z*, *Verwaltungsrechtspflege in Württemberg*, S. 16. *Bad. VerwRPflGesetz* § 10. *Jahrbücher des Sächs. OVG.* 10, S. 10. — *Wid erklage*: *R e g e r* 28, 579. v. d. *Mosel*, *HWB.*¹³, II 1078.

⁷³ *Parey*, *Rechtsgrundsätze des PrOVG.*, II S. 1174, Nr. 3 und 4, II, s. oben S. 20.

⁷⁴ *Parey*, *Rechtsgrundsätze des PrOVG.*, II S. 1174, Nr. 1. S. oben S. 20.

⁷⁵ *Preuß. Landesverwaltungsgesetz* § 113. *Sächs. VerwRPflGesetz* § 90. In Bayern werden derartige Kompetenzkonflikte nach Art. 50 des *VerwGerGes.* durch einen besonders zusammengesetzten Senat beim Verwaltungsgerichtshof („Kompetenzsenat“) entschieden.

oder der Kompetenzgerichtshof (z. B. in Württemberg, Baden).⁷⁶

In Staaten mit einer Mehrheit hierarchisch abgestufter Verwaltungsgerichte nimmt das Gesetz regelmäßig unter den Verwaltungsstreitsachen eine Ausscheidung vor. Die einen Streitsachen können nur einmal und zwar nur vor das oberste Verwaltungsgericht gebracht werden, nachdem sie zuvor im reinen Verwaltungungsverfahren erledigt worden sind.⁷⁷ Die Streitsachen der anderen Kategorie dagegen müssen nur eine beschränkte Zahl von Verwaltungsinstanzen durchlaufen haben, bevor sich für sie das Verwaltungsstreitverfahren öffnet. In diesem muß zunächst die einzelne Streitsache vor die unterste Verwaltungsgerichtsinstanz gebracht werden; von dieser kann sie sodann mit Rechtsmitteln (Berufung, Revision) vor die höheren Verwaltungsgerichte weitergezogen werden.⁷⁸

a) Jedes Verwaltungsstreitverfahren setzt zwei Parteien voraus.⁷⁹ Rein ist dieser Grundsatz durchgeführt dort, wo vor den Verwaltungsgerichten Private gegen öffentlich-rechtliche Kor-

⁷⁶ Württ. Gesetz betr. die Entsch. von Kompetenzkonflikten v. 25. Aug. 1879, Art. 1, und Bad. Gesetz v. 30. Jan. 1879, die Entscheidung von Kompetenzkonflikten betr., § 1.

⁷⁷ Nach dem Preuß. Landesverwaltungsgesetz von 1883, §§ 127, 128, stehen für diese Anfechtung polizeilicher Verfügungen zwei Wege offen: a) Beschwerde bei den höheren Verwaltungsbehörden und sodann gegen letztinstanzliche Bescheide der Regierungspräsidenten bzw. Oberpräsidenten die Klage beim Oberverwaltungsgericht. b) An Stelle der Beschwerde sogleich das Verwaltungsstreitverfahren, beginnend mit der Klage bei den unteren Verwaltungsgerichten. *Drews*, Preuß. Polizeirecht, S. 76. — Württ. VerwRPfGesetz Art. 13, 59: Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof findet, von Ausnahmen abgesehen, nur statt, „wenn die Angelegenheit innerhalb des Instanzenzugs der Verwaltungsbehörden zum Austrag gebracht ist“.

⁷⁸ Nach dem Hess. VerwRPfGesetz von 1911 wird der Hess. Verwaltungsgerichtshof nur in einer beschränkten Zahl von Fällen als erste und letzte Verwaltungsgerichtsinstanz tätig. Für die meisten Verwaltungsstreitsachen ist vorgesehen, entweder Beurteilung durch den Kreisausschuß, Berufung an den Provinzialausschuß und Revision beim Verwaltungsgerichtshof, oder aber Beurteilung durch den Provinzialausschuß und Berufung an den Verwaltungsgerichtshof. Der verwaltungsgerichtliche Instanzenzug bildet somit die Regel. Vgl. Thüring. LandesverwO. §§ 70 f.

⁷⁹ Ueber die Prozeßbevollmächtigten soll hier nicht gesprochen werden. Es sei jedoch auf das preuß. Gesetz v. 25. Mai 1926 hingewiesen, das einen besonderen Stand von „Verwaltungsrechtsräten“ geschaffen hat. *Hatschek*, Instit. VerwR.⁵ Vgl. dazu die Aufsätze in der JW. 1926, 2264 und der DJZ. 1927, 353.

porationen unterhalb des Staates, oder wo öffentlich-rechtliche Korporationen unter sich als streitende Teile auftreten; man spricht dann von „Parteistreitigkeiten des öffentlichen Rechts“.⁸⁰ Aber auch in den Fällen, in denen der Private gegen eine Verfügung einer Staatsbehörde vor den Verwaltungsgerichten auftritt, steht prozessual der Staat dem Kläger in der Rolle einer Partei gegenüber.⁸¹ Denn das Verwaltungsgericht soll entscheiden, was zwischen den zwei selbständigen Rechtssubjekten, Staat und Privatmann, Rechtens ist. Einzelne Gesetze (Preußen, Baden) bringen dies auch sprachlich scharf zum Ausdruck.⁸² Formell erscheint dort als Beklagter die Behörde, welche die angefochtene Verfügung erlassen hat. Anders liegen die Dinge auch nicht in den Staaten, deren Gesetze sich gescheut haben, den Staat vor den Verwaltungsgerichten in der Rolle einer Partei auftreten zu lassen. Denn auch dort ist vorgesehen, daß für die Vertretung des Staatsinteresses ein besonderer Beamter vor dem Verwaltungsgerichte erscheint, welcher „dans l'intérêt de la loi“ Anträge stellt. So besitzt Bayern eine besondere Staatsanwaltschaft beim Verwaltungsgerichtshof,⁸³ und in den andern Ländern kann ein besonderer Kommissar des zuständigen Ministeriums das öffentliche Interesse vor dem Verwaltungsgerichte verteidigen.⁸⁴

Zur Klage befugt (Sachlegitimation, legitimatio ad causam) ist

⁸⁰ Z. B. Sächs. VerwRPfGesetz § 21. v. d. Mosel, HWB.¹², II 929. W. Jellinek, 305.

⁸¹ Der Staat ist „streitbeteiligt“, nicht „anspruchsbeteiligt“: Coester, Die Rechtskraft der Staatsakte, S. 25 f. Friedrichs, VerwRPf., II S. 563 f. Dyrhoff, Bayr. VerwGerGes.⁶, S. 596. Schultzenstein, Parteien, Parteifähigkeit und Parteibegriff im Verwaltungsstreitverfahren nach dem Landesverwaltungsgesetze (VerwArch. 12, 112); Die Versäumung von Prozeßhandlungen der Parteien im Verwaltungsstreitverfahren nach dem Gesetze v. 30. Juli 1883 (VerwArch. 21, 369).

⁸² Preuß. Landesverwaltungsgesetz § 63: „... In der Klage ist ein bestimmter Antrag zu stellen, und sind die Person des Beklagten, der Gegenstand des Anspruchs, sowie die den Antrag begründenden Tatsachen genau zu bezeichnen.“ Bad. VerwRPfGesetz § 6. Hamburg. VerwGerGes. § 43: „Die Klage ist gegen diejenige Behörde zu richten, welche die Anordnung oder Verfügung erlassen oder die Amtshandlung verweigert“ hat. Aehnlich Thüring. LandesverwO. § 81.

⁸³ Bayr. VerwGerGes. Art. 4, 5, 41, 42, 50.

⁸⁴ Vgl. z. B. Württ. VerwRPfGesetz Art. 20, 43, 52. Für Preußen: Landesverwaltungsgesetz § 74. Friedrichs, VerwRPf., II S. 573 und dortige Zitate. Hess. VerwRPfGesetz Art. 89, vgl. auch Art. 78. Thüring. LandesverwO. § 83.

im allgemeinen nur d e r Bürger, in dessen Rechtskreis die angefochtene Verfügung unmittelbar eingegriffen hat (vgl. auch oben § 15).⁸⁵ Da auch die Gemeinden Gewaltunterworfenen des Staates sind, so sind auch sie nach einzelnen Gesetzgebungen befugt, den verwaltungsgerichtlichen Schutz in Anspruch zu nehmen gegen Eingriffe in ihren Selbstverwaltungsbereich.⁸⁶ Dagegen besitzt eine Behörde als solche grundsätzlich das Klagerecht aus den bereits oben S. 232 angeführten Gründen nicht.⁸⁷ Von einer Ausnahme ist schon die Rede gewesen: den Vorsitzenden der unteren Instanzen kann das Recht eingeräumt sein, im öffentlichen Interesse Berufung an die höhere Verwaltungsgerichtsinstanz einzulegen, und ein selbständiges Klagerecht besitzen Behörden naturgemäß in den Fällen, in denen das Gesetz die Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten oder Kompetenzstreitigkeiten zwischen Verwaltungsbehörden der Beurteilung des Verwaltungsgerichtes unterstellt. Dritte Personen, deren Interesse durch die zu erlassende Entscheidung berührt wird, können nach einigen Verwaltungsgerichtsgesetzen auf Antrag oder von Amtes wegen b e i g e l a d e n werden; ⁸⁸ das Urteil wirkt infolgedessen auch gegen sie. Popularklagen hingegen, d. h. Klagen, die von Personen angestrengt werden, die kein persönliches Interesse an der Sache nachzuweisen brauchen, sind nur in

⁸⁵ R e g e r - D y r o f f , Bayr. VerwGerGes. ⁴, S. 594 f. Nach dem Sächs. VerwRPfGes. § 73 steht die Anfechtungsklage den „Beteiligten“ zu. A p e l t , Sächs. VerwRPfGes., S. 228. v. d. M o s e l , HWB.¹³, II S. 934. In gleichem Sinne spricht von „Beteiligten“ das Hess. VerwRPfGes. Art. 17 ff.; vgl. dazu die Bemerkungen von W. B e s t , Verwaltungsrechtspflege für Hessen, S. 23. Ebenso Thüring. LandesverwO. §§ 82 f. Für Preußen: ProVG. Bd. 61, S. 175 und dort zitierte Urteile. F r i e d r i c h s , VerwRPf., II S. 593 f. B a l t z - F i s c h e r , Preuß. Baupolizeirecht ⁵, S. 209.

⁸⁶ Vgl. oben § 7. S. auch Hess. VerwRPfGes. Art. 70, Abs. 2.

⁸⁷ Sächs. OVG. I S. 60, 205. T h o m a , Polizeibefehl, I 16.

⁸⁸ Vgl. z. B. Preuß. Landesverwaltungsgesetz § 70. Bad. VerwRPfGes. §§ 21, 40. Sächs. VerwRPfGes. § 45. Oldenburg. Gesetz betr. die Verwaltungsgerichtsbarkeit § 72. Hess. VerwRPfGes. Art. 50. Thüring. LandesverwO. § 82. Hamburg. VerwGerGes. § 35 und dazu H o r w i t z , HamRZ., 1920, 666. In Preußen wird der Beigeladene nicht Partei. ProVG. 19. April 1912 (DJZ. 17, 1534). F r i e d r i c h s , VerwRPf., II S. 618 f., 624. B i t t e r s HWB., Art. „Beiladung“, I ⁸ S c h u l t z e n s t e i n , Zur Beiladung (Verw-Arch. 19, S. 1). In Baden wird der Beigeladene Nebenintervenient (Rechtsprechung des Bad. Verwaltungsgerichtshofs, II S. 40). In den übrigen Staaten wird er Partei. — Ueber N e b e n i n t e r v e n t i o n im allgemeinen: Entsch. des Bad. VGH. v. 27. März 1900 (R e g e r 20, S. 460).

wenigen von den Gesetzen besonders aufgezählten Fällen zulässig.⁸⁹

b) Aufgabe des Verwaltungsgerichtes ist es, auf Klage hin festzustellen, was zwischen Staat und Untertan in einem konkreten Falle Rechtens ist oder Rechtens sein soll. Das Gericht entscheidet, von den wenigen Fällen der sog. ursprünglichen Verwaltungsrechtspflege abgesehen, ob die Verwaltungsbehörde dem Rechte gemäß verfahren ist. Daher sind im allgemeinen im Verwaltungsstreitverfahren **Feststellungsklagen** unzulässig.⁹⁰ Aber es besteht in der neuern Zeit in der Praxis die Neigung, ihnen Anerkennung zu verschaffen, und die neuen Verwaltungsgerichtsgesetze von Hamburg und Bremen erklären die Feststellungsklage ausdrücklich als zulässig, „wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird“.⁹¹

Seit der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit kann der Bürger durch Richterspruch feststellen lassen, ob die Verwaltungsbehörden beim Erlasse ihrer Verfügungen dem Rechte gemäß ver-

⁸⁹ Beispiele: Nach dem Preuß. Zuständigkeitsgesetz von 1883, § 57, kann gegen Einziehung oder Verlegung öffentlicher Wege jeder Beliebige Einspruch erheben. *Germershausen*, *Wegerecht* und *Wegeverwaltung* in Preußen, I S. 721. *Friedrichs*, *VerwRPfl.*, II S. 600. Hierher zu zählen sind auch die Einsprachen gegen die Wählerlisten für die Reichstagswahlen und gegen die Feststellung des Wahlergebnisses. Reichswahlgesetz v. 6. März 1924, § 13. Reichsstimmordnung § 19. Für preuß. Wahlen: *PrOVG.* 13, 335; 14, 44. *Friedrichs*, *VerwRPfl.*, II S. 628 f. *PrVBl.* 35, 499. Vgl. im allgemeinen *Recardo Fernandez de Velasco*, *La acción Popular en el Derecho administrativo*, Madrid 1920.

⁹⁰ D. h. es kann nicht auf abstrakte Feststellung eines Rechtsverhältnisses geklagt, sondern mit der Klage im allgemeinen nur die Aufhebung einer konkreten behördlichen Verfügung verlangt werden. *Leo Vossen*, *Die Feststellungsklage im Verwaltungsprozeß* (*ArchöfR.* 24, S. 202). *Schultzenstein*, *Die Feststellungsklage im Verwaltungsstreitverfahren* (*Zeitschrift „Das Recht“*, 1910, S. 490 ff. und die dort zitierte Literatur und *Judikatur*). *Entsch. des PrOVG.* Bd. 23, S. 401. *Reger — Dyroff*, *Bayr. VerwGerGes.*, S. 262, 774. *Reger* 20, S. 218. — Ausnahmen kommen vor: Für Sachsen: v. d. *Mosel*, *HWB.*¹³, I 551 und *Blüher*, *Zur Feststellungsklage* (*Jahrb. des Sächs. OVG.* 16, 1 und 71). Ebenso läßt die Praxis in Baden eine Feststellungsklage zu, wenn der Kläger „ein rechtliches Interesse an der sofortigen Feststellung des Rechtsverhältnisses durch die zuständige Behörde hat“ (*Urt. des VGH.* v. 5. April 1898; *Rechtsprechung des Bad. VGH.* II, Nr. 1910; s. ferner Nr. 102, 124, 223, 224, 227, 228).

⁹¹ *Hamb. VerwGerGes.* § 20. Im allgemeinen: *W. Jellinek*, *VerwR.* 181, 291 und *Veröffentl. d. Staatsrechtslehrer-Tagung*, Heft 2, S. 61.

fahren sind. Die Verwaltungsgerichte sind somit in erster Linie zum Schutze des Bürgers eingesetzt. In den Fällen, in denen das Gesetz eine Anrufung des Gerichtes zugunsten des Staates für nötig gehalten, hat es (wie oben S. 265 dargestellt worden ist) bestimmten Behörden die Rechte einer Partei zugesprochen und sie dadurch in den Stand gesetzt, die Verwaltungsgerichte zum Schutze staatlicher Interessen anzugehen. Daraus ergibt sich, daß das Verwaltungsgericht eine angefochtene Verfügung nie zum Nachteil desjenigen abzuändern befugt ist, der als Kläger vor seinen Schranken auftritt (*Verbot der reformatio in pejus*).⁹² Selbstverständlich darf aber das Verwaltungsgericht eine nichtige Verfügung nicht als gültig behandeln, auch wenn der Kläger die Nichtigkeit nicht gerügt hat. Das Verbot der *reformatio in pejus* („Verböserung“) gilt jedoch nicht überall in Deutschland. In einer ganzen Reihe von Staaten (z. B. Bayern, Sachsen, Oldenburg, Thüringen) hat der Gesetzgeber die *reformatio in pejus* im Verwaltungsstreitverfahren ausdrücklich für zulässig erklärt.⁹³

⁹² In diesem Sinn: Preuß. Landesverwaltungsgesetz § 79. *Schultzenstein*, *VerwArch.* 11, 365. *Friedrichs*, *VerwRPfl.*, II S. 932, 994 und dortige Zitate. — Braunschw. *VerwRPflGes.* § 32. *Zft. f. Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig* Bd. 56, Beil. S. 7. — *VerwGerGes. für Anhalt* § 46. *Soergel*, I S. 280, Nr. 114; S. 402, Nr. 82. 3. *Urt. des Reichsversicherungsamts v. 7. Dez. 1907* (*RegEr* 28, Beil. S. 8). *Emil Frhr. v. Boecklin*, *Zum Verbot der reformatio in pejus im deutschen Verwaltungsstreitverfahren*, Dissertation, Freiburg i. B. 1911 (daselbst die weitere Literatur). Ueber *reformatio in pejus* im Beschwerdeverfahren siehe oben § 15. — Im Rechtsmittelverfahren der RAO. ist die *reformatio in pejus* zugelassen, aber nicht beim RFinanzH.; vgl. RAO. § 228 und dazu *Becker*, RAO. § 228 Bem. 3—8.

⁹³ Bayr. *VerwGerGes.* Art. 36, Abs. 4 (*RegEr-Dyroff*, *VerwGerGes.* § 685). Thüring. *LandesverwO.* § 109. In der Regel wird aber vom Gesetzgeber die *reformatio in pejus* ausdrücklich davon abhängig gemacht, daß ein „öffentliches Interesse“ vorliegt: Sächs. *VerwRPflGes.* § 25 (vgl. damit *Urt. des Sächs. OVG. v. 17. Juni 1908* und *11. Dez. 1911* [*Jahrbücher* 12, S. 210; 18, S. 138]); in dem zuletzt genannten Urteil wird mit Grund hervorgehoben, die Tatsache allein, daß der Bürger nach Ansicht des Oberverwaltungsgerichts zu niedrig besteuert worden sei, rechtfertige die *reformatio in pejus* nicht; denn diese setze ein „öffentliches Interesse“ voraus, ein solches fehle aber in der Regel bei der Erhebung von Geldforderungen. S. ferner *Apelt*, Sächs. *VerwRPflGes.*, S. 138. v. d. *Mosel*, *HWB.*¹³, Art. „*reformatio in pejus*“ II 389. Oldenburg. *Ges. ü. d. Verwaltungsgerichtsbarkeit* § 83. Hess. *VerwRPflGes.* Art. 72: „Soweit eine Angelegenheit das öffentliche Interesse berührt, kann eine angefochtene Entscheidung auch zum Nachteil

c) Das Urteil⁹⁴ ergeht stets nur zwischen den am Streitverfahren beteiligten Parteien und ihren Rechtsnachfolgern — soweit eine Rechtsnachfolge vom öffentlichen Recht anerkannt ist (oben S. 154).⁹⁵ Es hat lediglich auszusprechen, was für das konkrete, im Streite liegende Verhältnis Rechtens ist;⁹⁶ weiter reicht seine Geltung nicht.⁹⁷ Nur ausnahmsweise kann nach dem Willen des Gesetzes

desjenigen geändert oder aufgehoben werden, der das Rechtsmittel eingelegt hat.“ Vgl. ferner Art. 92.

⁹⁴ Im allgemeinen schließen die deutschen Gesetzgebungen Teilurteile aus; Zwischenurteile sind nur ausnahmsweise zulässig. PrOVG. 21. Sept. 1911 (Entsch. Bd. 60, S. 111, 113). Friedrichs, VerwRPfl., II S. 792 f. Dyroff, Bayr. VerwGerGes.⁶, S. 576 ff. A p e l t, Sächs. VerwRPflGes., II S. 139. Der Streit soll im allgemeinen durch ein Verfahren und ein Endurteil zum erschöpfenden Abschluß gebracht werden.

⁹⁵ P a r e y, Rechtsgrundsätze des PrOVG., II S. 1246, Nr. 279 ff. Friedrichs, VerwRPfl., II S. 546 f., 550 f. Dyroff, Bayr. VerwGerGes.⁶, S. 596. — Daher wirkt nach preußischem Recht ein verwaltungsgerichtliches Urteil, in welchem über die Öffentlichkeit eines Weges entschieden wird, nur inter partes. G e r m e r s h a u s e n, Wegerecht in Preußen, I⁷ S. 662.

⁹⁶ Urteilsunterlage bildet der im Laufe des Verwaltungsstreitverfahrens festgestellte Tatbestand, und zwar in der Gestalt, in der er sich zur Zeit des Erlasses des Urteils befindet. S c h u l t z e n s t e i n, Zur Urteilsunterlage im Verwaltungsstreitverfahren nach dem Landesverwaltungsgesetz (VerwArch. 21, 1 f.). Friedrichs, VerwRPfl., I S. 439 f. Bei der Anwendung des Rechts auf diesen Tatbestand kann eine Schwierigkeit dann entstehen, wenn nach dem Erlaß der Verfügung der Verwaltungsbehörde, aber vor der Fällung des verwaltungsgerichtlichen Urteils neues Recht in Kraft getreten ist. Ob das Verwaltungsgericht dieses neue Recht oder aber das Recht, wie es zur Zeit des Erlasses der Verfügung gegolten hat, anwenden muß, hängt von der Natur der einzelnen Streitsache ab. R e g e r 42, 344. Bezweckt z. B. eine Klage eine Feststellung darüber, ob der Kläger die persönlichen Erfordernisse für eine bestimmte Gewerbeausübung besessen hat, so hat das Verwaltungsgericht die die Polizeierlaubnis versagende Verfügung an Hand des Rechts zu prüfen, wie es damals gegolten hat, nicht wie es seither neugestaltet worden ist, und demgemäß hat das Gericht sein Urteil auf Grund des alten Rechts zu fällen. Zielt dagegen die Klage z. B. darauf ab, Existenz und Umfang der Pflicht zur Unterhaltung eines Weges pro futuro feststellen zu lassen, so ist das Recht, das zur Zeit der Urteilsfällung gilt, allein maßgebend. S c h u l t z e n s t e i n, Verwaltungsstreitverfahren und neues Recht (DJZ. 18, 775). Sächs. OVG. 20. März 1912 (Jahrbücher 18, S. 289, Reger 33, 239). Dyroff, Bayr. VerwGerGes.⁶, S. 558. S. oben § 5, S. 90.

⁹⁷ Die Entscheidungsgründe nehmen an der bindenden Kraft des Urteilsausspruchs (Tenor) nicht teil. K a m p t z, Rechtsprechung des PrOVG., IV S. 1355, Nr. 4. R e g e r, Bd. 31, S. 121. Wenn daher in den Motiven des Urteils zivilrechtliche Vorfragen beantwortet werden, so wird ein solcher

eine Entscheidung (z. B. bei Statusklagen, Wahlen) Wirkung „inter omnes“ erlangen.⁹⁸

Die Gesetze der verschiedenen Staaten enthalten besondere Bestimmungen darüber, welche Wirkung eintritt, wenn das Verwaltungsgericht eine angefochtene Verfügung aufhebt: ob es selbst eine neue materielle Anordnung in der Sache zu treffen,⁹⁹ oder aber die angefochtene Verfügung lediglich aufzuheben hat (kassatorische Funktion) und es in diesem Fall der Verwaltungsbehörde, an die es zurückverweist, überlassen muß, welche neue Verfügung sie auf Grund des verwaltungsgerichtlichen Urteils treffen will.¹⁰⁰

Ausspruch nicht „rechtskräftig“. Die Urteile der Verwaltungsgerichte ergehen „unbeschadet aller privatrechtlichen Verhältnisse“ (Bad. VerwRPfGes. § 1). Ebenso verhält es sich in den Fällen, in denen die Verwaltungsgerichte öffentlich-rechtliche Vorfragen zu beurteilen haben. So tritt nach preußischem Recht das Bedenken, ob ein Weg ein öffentlicher sei, stets als „Vorfrage“ auf bei der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung über die Anlieger-Beitragspflicht u. a. m. *Germershausen*, Wegerecht in Preußen, I S. 860. Bad. VGH. 9. Jan. 1912 (Bad. Rechtspraxis 1912, S. 134). Rechtsprechung des Bad. VGH., III Nr. 247. S. auch Urt. des Bayr. VGH. 30. Dez. 1910, 24. März 1911 (Reger 31, 121, 123). *Dy ro ff*, Bayr. VerwGerGes.⁶, S. 577 f. *Friedrichs*, VerwRPf., I S. 543 f. *Marc Noël*, Les motifs dans les décisions des juridictions administratives (Revue du Droit public, vol. 41). Aber der erwähnte Grundsatz, demzufolge die Urteilsgründe nicht in die Rechtskraft einbezogen werden, erleidet eine selbstverständliche Einschränkung: die Feststellungen der Urteilsgründe über das streitige Rechtsverhältnis, zu dessen Beurteilung das Verwaltungsgericht angerufen wurde, und aus denen der Urteilsspruch unmittelbar hervorgeht, werden mit diesem rechtskräftig. Reger 31, S. 121, 123.

⁹⁸ PrOVG. v. 4. Okt. 1892 (Entsch. Bd. 23, S. 163). Ferner *Kamp tz*, Rechtsprechung des PrOVG., IV S. 1352 und *Parey*, Rechtsgrundsätze, II S. 1247, Nr. 283; S. 1249, Nr. 285. *Dy ro ff*, Bayr. VerwGerGes.⁶, S. 650 f. und dort zitierte Urteile. Auch Entscheidungen über die Zugehörigkeit zu einem Versicherungsverbände kommt diese weiterreichende Wirkung zu; sie stellen einen versicherungsrechtlichen Status fest. *Rosin*, Recht der Arbeiterversicherung, I S. 783.

⁹⁹ Dies ist die Regel; z. B. Sächs. VerwRPfGes. § 82, Bad. VerwRPfGes. § 29, Hess. VerwRPfGes. Art. 93, 94, Thüring. LandesverwO. §§ 137—139. *Friedrichs*, VerwRPf., II S. 984 (Revision).

¹⁰⁰ Dies gilt bei der Aufhebung polizeilicher Verfügungen in Preußen (*Kamp tz*, Rechtsprechung des PrOVG., IV S. 1342). *Drews*, Preuß. Polizeirecht, S. 79. *Friedrichs*, VerwRPf., I S. 294. Allgemein hat der Braunsch. VGH. so zu verfahren (Braunsch. VerwRPfGes. § 32). Dasselbe gilt für den österreichischen VGH. (Oesterr. Gesetz betr. d. VGH. von 1875, § 7. *Bernatzik*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1886, S. 140 ff.). *Herrnritt*, Oesterr. VerwR., S. 137.

Kann das von einem Verwaltungsgerichte gefällte Urteil mit keinem Rechtsmittel mehr angefochten werden, so ist es **f o r m e l l r e c h t s k r ä f t i g** geworden in dem oben S. 195 erläuterten Sinn; seiner **Vollstreckung** steht kein Hindernis mehr im Wege. Erwachsen aber darüber hinaus die Urteile der Verwaltungsgerichte auch in **m a t e r i e l l e R e c h t s k r a f t** in gleicher Weise, wie die der Zivilgerichte? Die herrschende Lehre bejaht es.¹⁰¹ Bei der Beant-

¹⁰¹ Eine umfassende Orientierung und Verteidigung der herrschenden Lehre gibt E. L o e n i n g , Die Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile (VerwArch. 7, S. 1 ff.). B e r n a t z i k , Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1886. Verhandlungen des XXVI. Deutschen Juristentags, 1902, Bd. I, S. 86 (S c h u l t z e n s t e i n); Bd. II, S. 32 (B e r n a t z i k); Bd. III, S. 377 (Diskussion). Wolfgang M ü l l e r , Rechtskraft im Verwaltungsstreitverfahren, 1910. D y r o f f , Bayr. VerwGerGes., S. 644 ff. — Gegen die undurchbrochene Uebertragung zivilprozessualer Grundsätze auf das verwaltungsgerichtliche Urteil, jedoch mit Begründungen, die erheblich voneinander abweichen, vor allem die grundlegenden Erörterungen von R o s i n , Recht der Arbeiterversicherung, I (1893) S. 779, ferner O t t o M a y e r , Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen (ArchöffR. 21, S. 1 ff.) und dazu die Kritik von S c h u l t z e n s t e i n im VerwArch. 15, S. 141. T e z n e r , Das Rechtskraftproblem im Verwaltungsrecht (VerwArch. 19 und 20). A p e l t , Sächs. VerwRPflGes., S. 196. F r i e d r i c h s , VerwRPfl., I S. 476 f. Für gänzlich unanwendbar auf das Verwaltungsstreitverfahren hält die zivilprozessualen Grundsätze von der Rechtskraft Z o r n im VerwArch. 2, S. 121 ff. Ueber die Judikatur des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs: B e r n a t z i k , Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, S. 149 ff. E m i l H e r z o g , Rechtsmittelverfahren und Rechtskraft der Entscheidungen in Steuer- und Gebührensachen, 1909, S. 131 ff. v. L a u n , Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft (Oesterr. Zft. f. öffentl. und private Versicherung, 1911). Aus der neuesten Literatur über das Problem: B. B e y e r , Die Rechtskraft der Amtshandlungen (VerwArch. 26 [1918], S. 164). A. M e r k l , Die Lehre von der Rechtskraft, 1923 (Wiener Staatsw. Studien XV, Heft 2). H e u r i c h , Zur Theorie der Rechtskraft (ArchöffR. n. F. 7 [1924], S. 329). P i t a m i c , Zur neueren Rechtskraftlehre (ZftöffR. 4, 1925, S. 160). R. C o e s t e r , Die Rechtskraft der Staatsakte, 1927. Weitere Literatur bei W. J e l l i n e k , S. 289. S. auch oben S. 194. Ueber das italienische Recht: S. T r e n t i n , La cosa giudicata nelle decisioni delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, 1910. Ueber das französische Recht: J è z e , Principes, 254, 292 suiv. D u g u i t , Transformations du Droit public, p. 215 suiv. Aus der Literatur des Zivilprozesses sind zu den Ausführungen des Textes über das Wesen der Rechtskraft insbesondere zu vergleichen: U n g e r , Oesterreichisches Privatrecht, II § 132. K. H e l l w i g , Wesen und subjektive Grenzen der Rechtskraft, 1901, S. 12 ff. System d. Deutschen Zivilprozeßrechts, S. 767 ff. R i c h a r d S c h m i d t , Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., 1906, S. 744 ff. L. R o s e n b e r g , Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1927, S. 459 f.

wortung dieser Frage muß man sich vor Augen halten, daß die Zuerkennung der materiellen Rechtskraft an die zivilgerichtlichen Urteile eine, gewissen Zweckmäßigkeitserwägungen entsprungene Maßnahme der positiven Gesetzgebung darstellt. Sie ist dazu bestimmt, die Gerichte vor einer wiederholten Behelligung mit derselben Streitsache zu schützen und dient insofern der Kraftersparnis. Weiter aber verfolgt sie ein Interesse der Rechtssicherheit: das einmal Entschiedene soll nicht nochmals Gegenstand prozessualer Verhandlungen werden dürfen. Die Wirkung der materiellen Rechtskraft ist eine rein prozessuale: was das gerichtliche Urteil entschieden hat, ist für Gericht und Parteien für alle Zukunft unbestreitbar geworden. Das Verhältnis der Parteien zueinander gilt über das abgeschlossene Verfahren hinaus als dauernd geordnet, dergestalt, daß ein Zurückgehen auf die materielle Sach- und Rechtslage ausgeschlossen ist (Inhaltswirkung des Urteils). Das Zivilprozeßrecht geht somit von der stillschweigenden Voraussetzung aus, das vom Richter zu beurteilende streitige Privatrechtsverhältnis fuße auf einem ein für allemal gegebenen unwandelbaren Tatbestand. Damit aber erlange sein Inhalt selbst Unwandelbarkeit. Darum sei es dem Richter möglich, mit Bezug auf jedes streitige Verhältnis autoritativ zu erklären, was dauernd dafür Rechtens sei. Stellt sich das als Rechtswahrheit Erklärte hinterher auch als irrig heraus, so bleibt es trotzdem bestehen. Denn für das öffentliche Wohl wiegt die Erwägung, daß jeder Streit zwischen Privatpersonen ein Ende haben muß, schwerer, als die Sorge für eine richtige Entscheidung.

Für alle jene vor die Verwaltungsgerichte gezogenen Sachen, in denen der Bürger die Verfügung einer Verwaltungsbehörde als gesetzwidrig anfecht, treffen die soeben genannten Voraussetzungen nicht zu. Die äußeren Umstände, unter denen sich die einzelne rechtliche Beziehung zwischen dem Bürger und der öffentlichen Verwaltung entwickelt, ändern sich fortwährend, und die Anschauungen über das, was das Gesetz zugunsten der öffentlichen Interessen verlangt, sind dem Wandel unterworfen. Die Verwaltungsbehörden aber sind verpflichtet, in jedem Augenblicke das anzuordnen, was dem öffentlichen Wohle frommt. Daraus folgt, daß bei der Ausübung der Rechtskontrolle die Aufgabe der Verwaltungsgerichte auf die Feststellung beschränkt ist, ob u n t e r d e n g e g e b e n e n V e r h ä l t n i s s e n die Verwaltungsbehörde so verfügen durfte, wie sie es getan hat. Das verwaltungsgerichtliche Urteil ergeht somit stets unter der „clausula rebus sic stanti-

bus“.¹⁰² Es bindet für den Streitgegenstand außer den Parteien sowohl die Verwaltungsgerichte, als auch die Verwaltungsbehörden. Insoweit kommt dem verwaltungsgerichtlichen Urteil materielle Rechtskraft zu. Ueber das konkrete Verfahren aber reicht die Wirkung des Urteils nicht hinaus. Die Verwaltungsbehörde, deren Verfügung durch das Verwaltungsgericht aufgehoben worden ist, ist nicht gehindert, eine neue Verfügung desselben Inhalts zu erlassen, wenn die äußern Umstände sich ändern oder wenn die Behörde sich gestützt auf neue selbständige Erwägungen aus Rücksichten des öffentlichen Wohls hierzu für verpflichtet erachtet,¹⁰³ und ebenso ist einem durch ein verwaltungsgerichtliches Urteil abgewiesenen Kläger nicht verwehrt, einen neuen Antrag bei den Verwaltungsbehörden (z. B. um Erteilung einer Schankkonzession) zu stellen, der sich inhaltlich mit dem abgewiesenen deckt. Macht eine Verwaltungsbehörde nach ergangenem Urteil von dieser Kompetenz Gebrauch, so liegt rechtlich eine neue Verfügung vor, die, wenn sie im Verwaltungsstreitverfahren angefochten wird, das Verwaltungsgericht gestützt auf die neue Sachlage neu zu prüfen hat, und welcher die Einrede der abgeurteilten Sache (*exceptio rei judicatae*) nicht entgegengehalten werden kann.¹⁰⁴ Die Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse, zu deren Schutz einerseits der Zivilprozeß, andererseits das Verwaltungsgerichtsverfahren dient, hat auch eine Verschiedenheit in den Urteilstwirkungen zur Folge.

Allein das Verwaltungsrecht kennt auch öffentliche Ansprüche und öffentliche Pflichten, die von dem Wechsel der äußeren Verhältnisse und Anschauungen und den sich ändernden Anforderungen des öffentlichen Interesses unabhängig bleiben. Man denke z. B. an Existenz und Umfang der Steuerpflicht einer Person (Veranlagung) oder der Versicherungs- und Beitragspflicht, oder der Kirchenbaulast oder an die Frage nach der Gemeindezugehörigkeit einer bestimmten Person. Derartige Rechtsverhältnisse weisen somit in dem für die Rechtskraftfrage entscheidenden Punkte dieselbe juristische Struk-

¹⁰² Entsch. d. Bayr. VGH. 44, 8 und dazu J. Mayer in Bayr. Verw.-Blättern 75, 147. D y r o f f, Bayr. VerwGerGes.⁶, S. 652.

¹⁰³ Urteile des PrOVG. v. 21. Sept. 1881, 30. Jan. 1902, 8. Okt. 1910 (Entscheidungen Bd. 8, S. 352 und Bd. 40, S. 409; PrVBl. 32,634). K a m p t z, Rechtsprechung des PrOVG., IV S. 1352. — Dies gilt auch in den Fällen, in denen sich das verwaltungsgerichtliche Urteil auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung und Rückweisung an die Verwaltungsbehörde beschränkt hat. H e r z o g, Rechtsmittelverfahren, S. 134.

¹⁰⁴ Andrer Ansicht: Württ. VGH. 10. Mai 1911 (Soergel IV 697).

F l e i n e r, Institutionen. 8. Aufl.

tur auf wie die Rechtsverhältnisse des Privatrechtes. Sind die Verwaltungsgerichte zu einer Streitentscheidung über solche Verhältnisse berufen, so kommt ihren Urteilen dieselbe Wirkung zu wie den Urteilen der Zivilgerichte: das von ihnen Geordnete gilt für die Zukunft als unbestreitbar und kann von den Verwaltungsbehörden nicht mehr abgeändert werden.¹⁰⁵

Weil die der Kompetenz der Verwaltungsgerichte zugewiesenen Streitsachen kein einheitliches Gepräge tragen, ist auch die Rechtskraft des verwaltungsgerichtlichen Urteils nicht einheitlich. Gewiß, das formell rechtskräftige Urteil eines Verwaltungsgerichtes wird wie das Urteil eines Zivilgerichtes für das Gericht, das das Urteil gefällt hat, unwiderruflich. Im übrigen aber richten sich die Wirkungen des verwaltungsgerichtlichen Urteils nach der Natur des im einzelnen Fall der richterlichen Beurteilung unterstellten Rechtsverhältnisses.¹⁰⁶

Vermöge der materiellen Rechtskraft bindet der Inhalt des Urteils die Parteien des verwaltungsgerichtlichen Prozesses. Jede Partei erlangt ein publizistisches Recht am ergangenen Urteil, d. h. an dem, was das Urteil festgestellt hat. Darin offenbart es sich, daß die Rechtskraft eine prozessuale Einrichtung ist. Aber die rechtskräftige Entscheidung bindet die Verwaltungsbehörden nur „mit der Wirkung, daß sie gegen den Willen der Parteien nichts verfügen dürfen,

¹⁰⁵ PrOVG. 12. Nov. 1925 (JW. 1926, 1068). R o s i n , Recht der Arbeiterversicherung, II S. 632.

¹⁰⁶ O t t o M a y e r , I³ S. 171: „Ueberall wirkt die Rechtskraft nur soweit, als das Urteil den Fall erfaßt hat.“ — Ob und wieweit die Parteien über ein im Verwaltungsstreitverfahren liegendes Rechtsverhältnis einen rechtsbeständigen Prozeßvergleich schließen können, hängt von der Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses ab, m. a. W. davon, wieweit dieses ihrer rechtlichen Verfügungsmacht unterliegt. Der über ein öffentlich-rechtliches Verhältnis geschlossene Vergleich untersteht dem öffentlichen Recht. VGH. Stuttgart 27. Okt. 1909 bei Soergel II S. 921. (A. M.: Reichsgericht in Zivilsachen Bd. 77, S. 298.) Reichsversicherungsamt 23. Mai 1912 (DJZ. 18, 102). Die einen Gesetze erblicken in einem solchen Vergleich einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titel (W a c h l e r und N a u n d o r f f , Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. OVG., II S. 88, Nr. 13. v. d. M o s e l , HWB.¹³, II 988. Hess. VerwRPfGes. Art. 115, Ziff. 3). Nach preußischem Recht beendigt der Vergleich das Verwaltungsstreitverfahren nicht; er vermag lediglich die Grundlage für die verwaltungsgerichtliche Entscheidung zu bieten. Entsch. d. PrOVG. Bd. 43, S. 458; Bd. 53, S. 449; Bd. 54, S. 87. Soergel, II S. 643; IV S. 478. S c h u l t z e n s t e i n im PrVBl. 24, 370. F r i e d r i c h s , VerwRPf., I S. 352, 423.

was davon abweicht“.¹⁰⁷ Die Partei kann auf ihr Recht am Urteil verzichten; dem verwaltungsgerichtlichen Urteil kommt lediglich relative Rechtskraft zu.¹⁰⁸

§ 17. Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegenüber der Verwaltung. Die Beamtenhaftpflicht.

I. Unabhängig von den Verwaltungsgerichten sind die ordentlichen Zivil- und Strafgerichte berufen, unter bestimmten Voraussetzungen über die Rechtmäßigkeit amtlicher Handlungen zu befinden. Wenn sie auch nicht befugt sind, hierbei den dem Recht widersprechenden Verwaltungsakt aufzuheben, so fällen sie doch indirekt über ihn ein Urteil im Wege Rechtsens.

1. Jeder Verwaltungsbeamte des Staates oder eines anderen öffentlich-rechtlichen Verbandes ist für seine amtlichen Handlungen und Unterlassungen persönlich verantwortlich.¹ Verletzt er seine Amtspflicht, so kann er strafrechtlich und zivilrechtlich zur Rechenschaft gezogen werden. Strafrechtlich: sofern die Amtspflichtverletzung den Tatbestand eines mit Strafe bedrohten Amtsdeliktcs bildet;² zivilrechtlich: wenn die Amtspflichtverletzung dem Staat oder einem Bürger Schaden zugefügt hat. Die Beurteilung der Straf- und Zivilklage gegen den schuldigen Beamten untersteht den ordentlichen Gerichten. Für diese bildet die Prüfung der Rechtmäßigkeit der amtlichen Handlung ein Element der Urteilsfindung. Die Erörterung der ganzen Lehre muß den Darstellungen über Strafrecht und Zivilrecht vorbehalten bleiben.

Ein einziges Verhältnis daraus sei an dieser Stelle hervorgehoben, weil sich in ihm eine der wirksamsten Rechtsschutzeinrich-

¹⁰⁷ Sächs. VerwRPfGes. § 61. Hess. VerwRPfGes. Art. 67. Thüring. LVO. § 112.

¹⁰⁸ Im selben Sinn: Otto Mayer, I³ S. 162 f. Stein, Justiz und Verwaltung, S. 30. Friedrichs, VerwRPfL, I S. 484 f. (und dort zitierte Schriftsteller). Für absolute Rechtskraft z. B.: Stier-Somlo, HWR., IV S. 710 und Zitate. W. Jellinek, VerwR., 299.

¹ Ueber den staatsrechtlichen Begriff des Beamten s. die Zusammenstellung der Ansichten bei Laband, Staatsrecht, I⁵ S. 429. Georg Meyer-Anschütz⁷, S. 570 f. Otto Mayer, II³ S. 135 f. W. Jellinek, S. 341 f. Für das schweiz. Recht: Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 236 f.

² Vgl. insbesondere den Abschnitt des Reichsstrafgesetzbuchs über Verbrechen und Vergehen im Amte, §§ 331 ff. Frank, Kommentar¹⁷, S. 719 f. v. Liszt-Schmidt, Lehrb. d. Deutschen Strafrechts²⁵, §§ 177 f.

tungen zugunsten des Verwaltungsrechts verkörpert: die zivilrechtliche Haftung des Beamten gegenüber dem geschädigten Dritten, dem Bürger.³ Die Beurteilung einer solchen Schadenersatzklage weist dem Zivilrichter zunächst die Aufgabe zu, an Hand der Grundsätze des öffentlichen Rechtes festzustellen, ob objektiv eine Amtspflichtverletzung vorliegt. Ferner hat der Richter zu prüfen, ob es sich dabei um eine Amtspflicht handelt, die der Beamte gegenüber dem Kläger zu erfüllen gehabt hat. Auf beide Punkte hat der Richter seine Untersuchung zu erstrecken. Hat der Beamte lediglich eine Dienstinstruktion verletzt, so schuldet er nur seinem Vorgesetzten Rechenschaft, dem Dritten haftet er nicht.⁴ Ebensowenig wird er

³ BGB. § 839, Abs. 1: „Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag...“ Abs. 3: „Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.“ — Vgl. im allgemeinen zu der Frage Otto Mayer, I² § 18. Laband, Staatsrecht, I⁵ S. 474 ff. Georg Meyer-Anschütz⁷, § 149. Schelhorn, in den Annalen des Deutschen Reichs, 1906, S. 415, 525. Schoen, Enzykl., IV S. 279. Delius, Die Beamtenhaftpflichtgesetze des Reichs und der Länder³, 1921. R. v. Schelhorn, Die Amtshaftung, 1925. W. Jellinek, VerwR. 310 und Veröff. d. Staatsrechtslehrer-Tagung, Heft 2, S. 69 f. Mosel, HWB.¹³, I 974 f., Art. „Haftpflicht“. Ebers, HWR. III 101, Art. „Haftung der Beamten“. S. auch S. Trentin, La responsabilità collegiale, 1910, p. 337. — Angestellte der öffentlichen Verwaltung, die nicht Beamte im engeren Sinne des Wortes sind, haften nach BGB. 823. — Wenn der Beamte den Schaden bei Vollziehung eines Dienstbefehls zugefügt hat, den er gemäß seiner Gehorsamspflicht auszuführen hatte, so haftet dem Dritten gegenüber nicht der Handelnde, sondern der ämtliche Vorgesetzte, von dem der Dienstbefehl ausgegangen ist. Ueber das Prüfungsrecht des Beamten gegenüber Dienstbefehlen: Laband, Staatsrecht, I⁵ S. 460. Alfred Schulze, Reichsbeamtengesetz, 1908, S. 76. Heilborn, Die Pflicht der preußischen und der Reichsbeamten zur Befolgung rechtswidriger Dienstbefehle (Festgabe f. Otto Gierke, 1911, S. 125). W. Jellinek, VerwR. 359. S. auch oben § 12.

⁴ Vgl. oben S. 61 ff. Alfred Schulze, Reichsbeamtengesetz, S. 88, und die dort zitierte Judikatur. Besonders instruktiv ein Urteil des Reichsgerichts in Zivilsachen v. 20. Juni 1904: Der Beamte, der verschuldet hat, daß vom Testator ein formell ungültiges Testament errichtet worden ist, haftet denjenigen, die der Testator in seinem ungültigen Testamente bedacht hat (RGERZ. Bd. 58, S. 296). Reichsgericht 10. Jan. 1912 (RGERZ. Bd. 78, S. 241): „Ist die Amtspflicht dem Beamten gerade im Interesse des Einzelnen auferlegt, so liegt sie ihm einem Dritten gegenüber ob.“ Spruchsammlung 1912

zivilrechtlich verantwortlich, wenn er bloß unzumutbar gehandelt hat; denn er hat zivilrechtlich nur für Rechtswidrigkeit, nicht auch für Sachwidrigkeit einzustehen. Dabei ist jedoch zu beachten, daß auch ein Ueberschreiten des Ermessensbereichs eine Rechts- und nicht bloß eine Sachwidrigkeit darstellt.⁵ — Ueber der Prüfung der objektiven Seite darf die subjektive Seite der Frage nicht vernachlässigt werden. Wenn auch objektiv eine Amtspflichtverletzung feststeht, so verpflichtet sie zu Schadenersatz nur im Falle sie durch ein subjektives Verschulden, durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit, des Beamten verursacht worden ist. Daher hat der Richter z. B. zu prüfen, ob und wie weit die Pflichtverletzung auf einem nach Lage der Umstände entschuldbaren Irrtum des Beamten über das objektive Recht, insbesondere auch über die Grenzen seiner Amtsgewalt, oder über einzelne maßgebende Tatsachen beruht.⁶ Das Ge-

der DJZ. S. 234. RGerZ. Bd. 81, S. 131 (Nichtverwahrung des Notariatsiegels). RGerZ. 87, S. 347, 419; 88, S. 171; 100, S. 188; 105, S. 196. J a m e s G o l d s c h m i d t, Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb, 1910, S. 68 ff. (Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, herausgeg. von Fischer, Bd. XX, Heft 3). J. K r a f t, Die Haftpflicht der Richter, Rechtsanwälte und Notare, sowie der Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher, 1911.

⁵ Zwei lehrreiche Urteile veranschaulichen dies: 1. RGerZ. 99, S. 254 (Reger 41, 241): der Kommandant sperrt im Krieg eine Weichselbrücke; der geschädigte Kläger behauptet, dieser hätte andre Mittel gehabt zur Erreichung desselben Zieles. Abweisung der Klage, weil freies Ermessen vorlag. Vgl. auch RGerZ. 52, S. 107; 56, S. 339; 106, S. 216. — 2. Urteil des PrOVG. v. 1. Okt. 1909 (Entsch. Bd. 55, S. 459): Ein Bürgermeister untersagt, als Polizeibeamter, dem Inhaber eines Kinematographen die Ausübung seines Gewerbebetriebs an einem bestimmten Tag, um dadurch einem Konkurrenzunternehmen (Gartenkonzert) Besuch zuzuführen. Hier lag Ermessensmißbrauch vor, der den Bürgermeister schadenersatzpflichtig machte.

⁶ Alfred S c h u l z e, Reichsbeamtengesetz, S. 89—90. K a m p t z und D e l i u s, Rechtsprechung des Reichs- und Kammergerichts auf den Gebieten des öffentlichen Rechts, I S. 68, 104. RGerZ. Bd. 52, S. 110. Entsch. des PrOVG. Bd. 14, S. 427; ferner die im PrBVL. 33, S. 301, 351 abgedruckten Urteile (1911). JW. 1923, 686; Fischers Zft. 58, 48. — Ein württ. Ortsvorsteher hat in einer Polizeiverordnung den Wirten das Musizieren (Orchestrieren) zu bestimmten Tagesstunden verboten; die Verwaltungsbehörde hebt die Vorschrift als rechtswidrig auf. Haftet der Ortsvorsteher den durch das temporäre Verbot geschädigten Wirten? OLG. Stuttgart 27. April 1911 verneint es, weil das Nichtkennen der Amtsgrenzen in casu keine Fahrlässigkeit dargestellt habe (Württ. Zft. f. Rechtspflege und Verwaltung V 81). S. ferner Urteil der Bad. VGH. (Vorentscheidung) v. 17. Nov. 1909 (Rechtsprechung d. Bad. VGH. II, Nr. 969). (Entschuldbarer Irrtum über die Amtsgrenzen im Strafrecht: R e g e r 20, 346). Entschuldbarer Rechtsirrtum: RGerZ. 85,

setz hat zugunsten des Beamten die Haftung noch weiter eingeschränkt: fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er bloß dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag,⁷ und es tritt eine Ersatzpflicht überhaupt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.⁸ Diese Beschränkungen entspringen dem Betreiben, die Entschlußfähigkeit des Verwaltungsbeamten, dessen Lebenselement das rasche Handeln ist, nicht durch allzustrenge Haftungsbestimmungen zu schwächen. — Als Schaden kann im allgemeinen nur Vermögensschaden eingeklagt werden. Einen Ersatz für immaterielle Werte läßt das Gesetz nur ausnahmsweise zu.⁹ Unerheblich bleibt, ob der Beamte bei Vornahme der schadenstiftenden amtlichen Handlung staatliche Herrschaftsgewalt oder die Mittel des Privatrechts zu Anwendung gebracht hat. In beiden Fällen haftet er zivilrechtlich ex delicto, weil er eine unerlaubte Handlung begangen hat.¹⁰

S. 64. Ueberlastung des Beamten, die ihn entschuldigt: RGerZ. 90, S. 385; Bayr. ObLGZ. Bd. 19, A.S. 253.

⁷ Beispiel: Der zuständige Beamte beglaubigt, ohne nähere Erkundigung eingezogen zu haben, daß die unter eine Vollmacht gesetzte Unterschrift des A. echt sei. Mit Hilfe dieser Vollmacht erhebt der Fälscher B. bei der Bank von dem Konto des A. eine große Gelssumme und verschwindet damit. Hinterher kommen Fälschung und Betrug ans Tageslicht. Der geschädigte A. kann den beglaubigenden Beamten nur dann in Anspruch nehmen, wenn es ihm nicht gelingt, den Betrag von dem Fälscher herauszubekommen. R e g e r, Erg.-Bd. IV, S. 447. — Vgl. dazu auch RGerZ. Bd. 74, S. 253; 78, S. 241; Bd. 80, S. 252; Bd. 81, S. 126, 428; Bd. 96, S. 164. JW. 1911, S. 452.

⁸ Seufferts Archiv Bd. 75, S. 171. S c h e l h o r n, Amtshaftung, S. 27 („Rechtsmittel“).

⁹ E n d e m a n n, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, S. 726.

¹⁰ RGerZ. 103, 429. Der Beamte ist außerhalb der staatlichen Funktion, für die er angestellt worden ist, Privatmann. Infolgedessen haftet der absolut unzuständige Beamte (vgl. oben S. 203) nicht nach § 839 BGB., sondern nach den allgemeinen Grundsätzen §§ 823 ff. G i e r k e, Genossenschaftstheorie und deutsche Rechtsprechung, S. 768. Im selben Sinn wohl auch E n d e m a n n, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, I S. 1271. Dagegen nimmt die Praxis an, der örtlich und sachlich unzuständige Beamte bleibe Beamter im Sinne von BGB. § 839. Wenn deshalb ein unzuständiger Beamter aus Fahrlässigkeit eine gefälschte Unterschrift als echt beglaubige, so hafte er gemäß BGB. § 839. S o e r g e l, II S. 29, Nr. 839. K a m p t z und D e l i u s, Rechtsprechung des Reichs- und Kammergerichts, I S. 68. RGerZ. 4. Mai 1909 (R e g e r, Erg.-Bd. IV 447); ebenso v. 30. April 1909 (PrVBl. 31, 447). Diese letztere Lösung ist nicht folgerichtig, aber sie entspricht einem

Der Unterschied von obrigkeitlichen und nicht obrigkeitlichen Handlungen wird erst von Bedeutung für die Beurteilung des Bedenkens, ob und wieweit der Dienstherr des Beamten (der Staat oder ein anderer öffentlich-rechtlicher Verband) dem geschädigten Dritten an Stelle des Beamten haftet. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch §§ 31 und 89 ist der Staat oder ein anderer öffentlich-rechtlicher Verband für eine nichtobrigkeitliche Handlung eines zu selbständigem Willensentschluß berufenen Organs dem Dritten gegenüber direkt verantwortlich;¹¹ die persönliche Haftung des schuldigen Beamten gegenüber dem Geschädigten bleibt daneben bestehen.¹² Nimmt dagegen ein Beamter einem Dritten gegenüber eine Handlung vor, „in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt“, so haftete dem Geschädigten nach dem früheren Recht (bis 1919), gemäß dem Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 77), an Stelle des schuldigen Beamten oder neben ihm der Staat oder die Gemeinde nur, wenn und soweit ein Gesetz dies ausdrücklich vorschrieb. Das Reich und die meisten Gliedstaaten erließen demgemäß besondere Gesetze über die Staatshaftung oder ordneten sie in den Ausführungsgesetzen zum Bürgerlichen Gesetzbuch an.¹³

praktischen Bedürfnis. Denn die deutschen Staaten haben eine Haftung an Stelle des Beamten nur für die Fälle übernommen, die durch den § 839 BGB. gedeckt werden.

¹¹ BGB. § 31: „Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadenersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt.“ § 89, Abs. 1: „Die Vorschrift des § 31 findet auf den Fiskus sowie auf die Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechtes entsprechende Anwendung.“ Vgl. dazu v. T u b r, Der Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, I S. 620 f. Das Gesetz bezeichnet das mit selbständigem Willensentschluß betraute Organ, im Gegensatz zu den Hilfsorganen, als „verfassungsmäßig berufenen Vertreter“. Dieser unklare und vieldeutige Ausdruck hat die Judikatur lebhaft beschäftigt. Vgl. K a m p t z und D e l i u s, Rechtsprechung des Reichsgerichts, I S. 65; Erg.Bd. 1906—1910, S. 17 f. S e n g, in der Bad. VerwZft., 1909, S. 41. R e g e r, Erg.Bd. IV, S. 299. HWR. II 450 Art. „Fiskus“ von S t i e r - S o m l o. RGerZ. 4, 22 und dazu J o s e f im PrVBl. 45, 415. M o s e l, HWB.¹² I 977. Ueber die Stellung der Personen, die nicht verfassungsmäßig berufene Vertreter sind: RGerZ. Bd. 74, S. 21, 250 (Lotsen); Bd. 79, S. 101; Bd. 81, S. 316.

¹² S c h e l c h e r, Amtshaftung, S. 13, 49. RGerZ. 78, S. 329; JW. 1909, 483.

¹³ Ueber den Rechtszustand im Reich und in den Ländern vor Inkrafttreten der Weimarer RVerf. s. die 7. Aufl. dieses Buches S. 266—269. M e y e r-

Diese Entwicklung brachte die Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919 zum Abschluß.¹⁴ Sie hat (Art. 131) die Alleinhaftung des Gemeinwesens, dem der Beamte dient, gegenüber dem Geschädigten angeordnet, mit Rückgriffsrecht des Gemeinwesens gegen den Beamten und im übrigen für derartige Klagen den Rechtsweg vorgeschrieben.¹⁵ Obgleich die Verfassung „die nähere Regelung“ der Gesetzgebung vorbehält, hat das Reichsgericht die erwähnten Verfassungsbestimmungen als unmittelbar geltende Rechtssätze erklärt,¹⁶ die ohne weiteres von Reichs wegen auch in den Gliedstaaten (Ländern) gelten, deren Gesetze bisher eine Staatshaftung nicht kannten. Aus den früheren Staatshaftungsgesetzen des Reichs und der Länder¹⁷ haben nur noch jene Vorschriften Bestand, die im Rahmen der Reichsverfassung die Staatshaftung „näher regeln“, also z. B. Bestimmungen über die Verjährung des Rückgriffsrechts aufstellen, oder die Staatshaftung auch auf Fälle erstrecken, in denen der Beamte nicht haften würde (infolge von Geisteskrank-

A n s c h ü t z ⁷, S. 609 f. W. Kr ö n e r, Die Beamtenhaftpflicht im Reiche und in den Bundesstaaten, 1911. O t t o M a y e r, Die Haftung des Staats f. rechtswidrige Amtshandlungen (Sächs. Arch. f. RPfl. VIII [1913], S. 1 f.).

¹⁴ Schon vor 1919 hatte vor allem die Genossenschaftstheorie und ihr geistiges Haupt, O t t o G i e r k e, die These vertreten, der Staat hafte von Rechts wegen auch ohne besondere gesetzliche Regelung, für Verschulden seiner Organe. G i e r k e, Haftung des Staats und der Gemeinden für Beamte, Referat f. d. 28. Deutschen Juristentag (Verhandl. Bd. I, 1905, S. 102 f.) und Deutsches Privatrecht, I S. 532. Vgl. dagegen v. T u h r, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, I S. 461 f.

¹⁵ RVerf. Art. 131: „Verletzt ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienste der Beamte steht. Der Rückgriff gegen den Beamten bleibt vorbehalten. Der ordentliche Rechtsweg darf nicht ausgeschlossen werden. — Die nähere Regelung liegt der zuständigen Gesetzgebung ob.“ Vgl. dazu die Kommentare zu Art. 131 von A n s c h ü t z, von G i e s e und von P o e t z s c h.

¹⁶ RGerZ. 29. April 1921, Entsch. 102, S. 168 und 393; ebenso Bd. 103, S. 430; 104, S. 291; abschließend der Beschluß des Reichsgerichts, gemäß RVerf. Art. 13, Abs. 2, v. 20. Febr. 1923: RGerZ. 103, S. 34. RGBl. 1923, I 292. Vgl. G i e s e, Komm. zu Art. 131, Erl. 1.

¹⁷ Es sei besonders hingewiesen auf das — zum Teil noch gültige — Reichsgesetz ü. d. Haftung des Reiches für seine Beamten v. 22. Mai 1910 und auf das preuß. Gesetz ü. d. Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentl. Gewalt v. 1. Aug. 1909 (W. S c h o e n b o r n, JahrböfR. IV 297, 301; R. C o e s t e r, ebenda V S. 285).

heit u. dgl.) oder die Staatshaftung gegenüber einem Ausländer von der Verbürgung des Gegenrechts abhängig machen.¹⁸ Das Reichsgericht geht noch einen Schritt weiter: es läßt als „nähere Regelung“ im Sinne der Reichsverfassung Art. 131 Abs. 2 auch den **Ausschluß** der Staatshaftung für bestimmte Beamtenkategorien gelten (Diplomaten; ohne feste Besoldung angestellte, sondern bloß auf Gebühren angewiesene Beamte u. dgl.)¹⁹ — eine Anschauung,²⁰ die sich auf die Erwägung stützt, daß nach dem Wortlaut der Verfassungsvorschrift die Staatshaftung nur „grundsätzlich“, d. h. der Regel nach gilt, somit Ausnahmen zuläßt, die sich durch bestimmte politische oder staatsrechtliche Rücksichten rechtfertigen lassen.

Der Staat — das gilt auch für jedes andere Gemeinwesen — haftet dem Geschädigten nur in dem Umfang, in welchem auf Grund des bisherigen Rechts (BGB. § 839) eine Verantwortlichkeit des Beamten selbst besteht.²¹ Aber andererseits deckt die verfassungsrechtliche Staatshaftung nur die Fälle, in denen der Beamte „in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt“ gehandelt hat. Das trifft nicht bloß zu bei Hoheitsakten, die gegebenenfalls mit Zwangsgewalt vollstreckt werden, sondern auch bei Akten staatlicher Fürsorge, oder der öffentlichen Anstaltsgewalt (Schule, Strafanstalt usf.) oder der öffentlichen Beurkundung u. dgl.²² Zu Schaden-

¹⁸ Vgl. z. B. Reichshaftungsges. v. 22. Mai 1910, § 1 Abs. 2: „Ist die Verantwortlichkeit des Beamten deshalb ausgeschlossen, weil er den Schaden im Zustand der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit verursacht hat, so hat gleichwohl das Reich den Schaden zu ersetzen, wie wenn dem Beamten Fahrlässigkeit zur Last fiel, jedoch nur insoweit, als die Billigkeit die Schadloshaltung erfordert.“ § 7: „Den Angehörigen eines ausländischen Staates steht ein Ersatzanspruch auf Grund dieses Gesetzes nur insoweit zu, als nach einer im Reichsgesetzblatt enthaltenen Bekanntmachung des Reichskanzlers durch die Gesetzgebung des ausländischen Staates oder durch Staatsvertrag die Gegenseitigkeit verbürgt ist.“

¹⁹ Reichshaftungsgesetz v. 22. Mai 1910, § 5: „Die Vorschriften dieses Gesetzes finden keine Anwendung: 1. soweit es sich um das Verhalten solcher Beamten handelt, die, abgesehen von der Entschädigung für Dienstaufwand, auf den Bezug von Gebühren angewiesen sind; 2. soweit es sich um das Verhalten eines mit Angelegenheiten des auswärtigen Dienstes befaßten Beamten handelt und dieses Verhalten nach einer amtlichen Erklärung des Reichskanzlers politischen oder internationalen Rücksichten entsprochen hat.“

²⁰ RGerZ. 102, S. 170 f.

²¹ RGerZ. 102, S. 168. Schelhorn, Amtshaftung, S. 32 f.

²² „In Ausübung öffentlicher Gewalt“: Verhaftung, „Sistierung“; Er-

ersatz, und damit zur Staatshaftung, kann verpflichten nicht bloß eine amtliche Handlung, sondern auch das Unterlassen einer sol-

richtung eines Testamentes durch den Notar; Beschäftigung, Leitung und ärztliche Behandlung der Strafgefangenen (RGERZ. 56, 215; 78, 325); Soldaten, die während des Dienstes plündern oder die Dienstwaffe ge- oder mißbrauchen (RGERZ. 91, 385; 101, 355; 107, 59); Amtstätigkeit des Lehrers auch in den Pausen und auf Schulwanderungen (RGERZ. 84, 27; Fischers Zft. 54, 82). Grundbuchbeamte s. Grundbuchverordnung v. 24. März 1897 § 12 und RGERZ. 66, 107; 78, 243); Erstattung von (unwahren) Amtsberichten über einen Untergebenen (RGERZ. 105, 196); gesetzwidrige Beschlagnahme einer Wohnung (Wohnungszwangswirtschaft) RGERZ. 7. März 1922 (PrVBl. 43, 558); Haftung des Reichs für Schäden, die auf Grund schuldhafter Handhabung der Militärgewalt entstehen: RGERZ. 56, 19; 79, 179 (Schiffszusammenstoß). Bad. Rechtspraxis 1912, 38 (losgerissene Pontons); DJZ. 18, 703 (Biwak). Vgl. ferner RGERZ. 107, 270; 108, 366 und 387; 109, 209. — Es muß stets ein innerer Zusammenhang mit dem Dienst bestehen: ein Schutzmann rennt bei Verfolgung eines Verdächtigen einen Unbekannten um (RGERZ. 108, 366). Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeit für Staat und Gemeinde ist nicht Ausübung öffentl. Gewalt: Bayr. VGH. 24. März 1920 (RGER 41, 112); aber Ausübung der Bahnpolizei ist hoheitlich („Recht“ 1923, N. 1237). Vgl. zu den vorstehenden Erörterungen: *Delius*, Die Beamtenhaftpflicht bei Ausübung öffentl. Gewalt (PrVBl. 45, 1924, S. 247 f). *Mosel*, HWB.¹³ I 975. *Dyrolff*, Bayr. VerwGerGes.⁶, S. 230 f. — Für rein technische Beamte, die weder privatrechtliche Verrichtungen, noch obrigkeitliche Handlungen vorzunehmen haben, haften Staat oder Gemeinde gemäß BGB. § 31 und § 89, falls diese Beamte als verfassungsmäßig berufene Vertreter erscheinen. Denn hier ist der Grundsatz zur Anwendung zu bringen, daß sich das öffentliche Recht gegenüber dem Privatrecht als ein Spezialrecht darstellt; soweit keine speziellen Rechtsnormen vorhanden sind, gelten infolgedessen die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts. v. *Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I S. 624, Anm. 19. Im selben Sinn auch Urteil des Bayr. VGH. v. 29. Nov. 1905 (Sammlung von Entsch. des Bayr. VGH. 27, S. 40). *Reger* 28, S. 431. — Bedienen sich Staat oder Gemeinde bei Erfüllung einer Pflicht, die sie aus privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Gründen einem Bürger schulden (ärztliche Verpflegung in einem Krankenhaus usw.), der Hilfskräfte, die keine verfassungsmäßig berufenen Vertreter sind, so haften sie (Staat oder Gemeinde) für diese Angestellten (Erfüllungsgehilfen) auf Grund des BGB. § 278; ein Entlastungsbeweis, nach Analogie von BGB. § 831, ist hier ausgeschlossen. RGERZ. 4, 231; 65, 115; 67, 340. Ueber die Haftung für ärztliche Pflege in einem öffentlichen Krankenhaus s. die Aufsätze von *Kiesel* und von *Rosenstock* im PrVBl. 34, S. 181, 264. *M. Rümelin*, Haftung im klinischen Betrieb, 1913. — Nach der Reichstelegraphenordnung v. 30. Juni 1926, § 24, leistet die Telegraphenverwaltung für die richtige Uebermittlung der Telegramme keine Gewähr. Der durch einen Telegraphiefehler Geschädigte kann sich allein an den schuldigen Beamten halten. *Staedler*, HWR. V 880.

chen.²³ Soweit die öffentliche Gewalt innerhalb der Grenzen des freien Ermessens betätigt wird, liegt keine Amtspflichtverletzung vor und ist kein Raum für die Staatshaftung.²⁴ Ebenso fallen alle Akte, die der Beamte nicht in Ausübung der öffentlichen Gewalt, sondern nur bei Gelegenheit der Ausübung vornimmt, in dessen persönliche private Sphäre und lösen keine Amtshaftung aus.²⁵

Zu den wertvollen Errungenschaften der reichsgerichtlichen Rechtsprechung gehört ferner die Feststellung, daß im Sinne des Art. 131 der Reichsverfassung als „Beamter“, für dessen Verfehlung der Staat einzustehen hat, jede Person zu betrachten ist, „die der Staat mit öffentlicher Gewalt und zwar mit der Gewalt betraut hat, in deren Ausübung sie pflichtwidrig handelte“; gleichgültig, ob diese Betrauung durch einen öffentlich-rechtlichen Staatsakt oder durch einen privatrechtlichen Dienstvertrag erfolgt ist.²⁶ Damit hat die Praxis für die Beurteilung der Staatshaftung einen einheitlichen Rechtszustand geschaffen, hinter dem die reichs- und die landesgesetzlichen Verschiedenheiten in der Ausprägung des Beamtenbegriffs zurücktreten. Für das Anwendungsgebiet des erwähnten Verfassungsgrundsatzes gelten als Reichsbeamte auch Offiziere und Mannschaften der Reichswehr²⁷, ebenso wie die ehrenamtlich tätigen Bürger (z. B. in der staatlichen oder kommunalen Wohlfahrtspflege), falls diese mit obrigkeitlichen Befugnissen ausgestattet sind²⁸ — gleichgültig bleibt, ob ihnen die zuständige Gesetzgebung Beamteneigenschaft zuerkennt.

Der Staat, der den Geschädigten infolge eines verurteilenden

²³ Wenn nämlich eine Pflicht zum Handeln (z. B. zum Erlaß eines polizeilichen Verbots, die Straße zum Rodeln zu benützen oder einen Akt öffentl. Fürsorge vorzunehmen usf.) bestand. PrVbl. 49, 218. Das wird als selbstverständlich vom GVG. § 71 vorausgesetzt („Ansprüche wegen Ueberschreitung ihrer amtlichen Befugnisse oder wegen pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen“). Andererseits keine Haftung für freie Akte (Amtsübertragung usf.). Reger 43, 318.

²⁴ S. oben Anm. 5.

²⁵ Wohl aber, da der Schädiger gemäß BGB. 823 haftet, kann eventuell der Staat haftbar werden gemäß BGB. 831. RGerZ. 15. März 1928 (JW. 1928, 1289). Vgl. ferner: RGerZ. 105, 230: beim Verteilen des Mannschaftsessens spielt ein Kanonier mit dem Revolver und verletzt ein Kind, keine Amtshaftung. Vgl. auch RGerZ. 104, 266.

²⁶ RGerZ. 104, 260 f.; 105, 335; 114, 197.

²⁷ Staatshaftungsgesetz d. Reichs v. 22. Mai 1910, § 1, Abs. 3.

²⁸ Hanseat. OLG. 2. Febr. 1927 (Hanseat. RechtsZft. 10, 287; JW. 1926, 2264).

Gerichtsspruchs oder freiwillig befriedigt hat, kann, wenn er es für angemessen erachtet, den Rückgriff gegen den schuldigen Beamten nehmen.²⁹ Diesem steht es jedoch frei, gegenüber der Rückgriffsklage den Beweis zu führen, daß er nicht verantwortlich sei.³⁰

Wie sich aus den vorstehenden Erörterungen ergibt, haftet der Staat dem Geschädigten an Stelle des Beamten und zwar ausschließlich, d. h. für den Dritten wird durch die Staatshaftung die direkte Klage gegen den Beamten ausgeschlossen. Der Geschädigte besitzt nicht die Wahl, ob er sich an den Beamten oder aber an den Staat halten will; der Staat allein ist seine Gegenpartei.

Die Amtshaftungsklage ist gegen das Gemeinwesen zu richten, „in dessen Diensten der Beamte steht“. Daher haftet z. B. die Gemeinde auch dann, wenn im konkreten Fall ein Gemeindebeamter die schadenstiftende Handlung bei der Besorgung einer Angelegenheit des „übertragenen Wirkungskreises“ vorgenommen hat (s. oben S. 113).

Mit der Einführung der Staatshaftung steht in einem inneren Zusammenhang die unbeschränkte Oeffnung des Rechtsweges für Staatshaftungsklagen.³¹ Das bedeutet nicht bloß, daß derartige Klagen vor die Zivilgerichte und nicht vor die Verwaltungsgerichte gehören,³² sondern daß bei ihrer Beurteilung den Zivilgerich-

²⁹ Dieses Rückgriffsrecht beruht direkt auf der RVerf. Art. 131, Satz 2, es bedarf nicht erst der Anerkennung und Ausgestaltung durch die Landesgesetzgebung. Die herrschende Meinung entscheidet anders: *A n s c h ü t z*, Komm.⁸, S. 348. *P o e t z s c h*, Handkomm.³, S. 440. Der ganze Art. 131 Abs. 1 RVerf. enthält jedoch unmittelbar anwendbares Recht. Der Zusatz in RVerf. Art. 131, Satz 2, es bleibe der Rückgriff gegen den schuldigen Beamten „vorbehalten“, bedeutet lediglich, daß der Staat nach freiem Ermessen im Einzelfall von seinem Rechte Gebrauch machen kann. Vgl. nämlich Reichshaftungsgesetz v. 22. Mai 1910, § 2: „Das Reich kann von dem Beamten Ersatz des Schadens verlangen . . .“ Vgl. dazu auch RGerZ. 74, 342.

³⁰ *S c h e l h o r n*, Amtshaftung, S. 40 f., 96 f.

³¹ Gemäß GVG. (Fassung 1924) § 71 Abs. 2 sind die Landgerichte für die Beurteilung derartiger Klagen gegen den Reichsfiskus zuständig ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes, und gemäß Abs. 3 kann die Landesgesetzgebung dasselbe anordnen für Amtshaftungsklagen gegen den Staat (das Land). Dasselbe gilt für Amtshaftungsklagen gegen Kommunalverbände: *B a r t m a n n*, DJZ. 18, 581. RGerZ. 107, 61. Nach ZPO. (Fassung 1924) § 547 Ziff. 2 ist, wenn die vorgenannten Voraussetzungen zutreffen, die Revision beim Reichsgericht zulässig ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes — daher die ausgedehnte Rechtsprechung des Reichsgerichts in Amtshaftungs-Sachen.

³² Trotzdem die RAO. § 227 „in Steuersachen“ den Rechtsweg aus-

ten auch die Prüfung aller rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen zusteht, von denen die Staatshaftung abhängig ist. Sie haben insbesondere die Vorfrage von sich aus und selbständig zu beantworten, ob sich der Beamte, für den der Staat eintreten muß, einer zu Schadenersatz verpflichtenden Amtspflichtverletzung in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt schuldig gemacht hat.³³ Darin liegt eine reichsrechtliche Neuerung. Vor dem Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze (1. Oktober 1879) wurde die Verfolgung des schuldigen Beamten in einer großen Zahl deutscher Staaten abhängig gemacht (nach französischem Vorbild)³⁴ von einer vorgängigen Ermächtigung der dem Beamten vorgesetzten Behörde. Das Reichsrecht beseitigte dieses System.³⁵ Nur eine „Vorentscheidung“ durfte das Landesrecht zum Schutze der Beamten gegen willkürliche Klagen vorbehalten. Diese Vorentscheidung aber hatte sich auf die Feststellung zu beschränken, „ob der Beamte sich einer Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe.“ Die Vorentscheidung mußte dem Verwaltungsgerichtshof des betreffenden Staates oder, wenn ein solcher nicht bestand, dem Reichsgericht übertragen werden.³⁶ Sie hatte jedoch nur prozessuale Wirkung: sie öffnete oder sie

schließt, gehören Schadenersatzklagen gegen Steuerbeamte bzw. gegen das zuständige Gemeinwesen aus der Amtshaftung vor die Zivilgerichte: RGerZ. 106, 43.

³³ Die selbständige Prüfung steht den ordentlichen Gerichten selbst dann zu, wenn die Rechtsmittelinstanzen der Verwaltung gemäß BGB. 839 Abs. 3 (oben Anm. 3 und 8) die vom Kläger angefochtene Verfügung als rechtmäßig erklärt haben. Soll diese unbeschränkte Kompetenz einem Landgerichte auch zustehen, nachdem das oberste Verwaltungsgericht des Landes eine angefochtene Verfügung als rechtmäßig befunden hat? Gegen eine derartige Lösung wendet sich mit Fug *Drews* (PrVbl. 47, 571). Der Ausweg scheint mir in der Ueberlegung zu liegen, daß die Amtshaftung eine Rechtskontrolle der ordentlichen Gerichte gegenüber der Verwaltung herbeiführt. Diese Kontrolle ist jedoch auch vorhanden, nachdem ein Verwaltungsgericht in der Sache gesprochen hat. Dann steht Gericht gegen Gericht, und m. E. hat der Zivilrichter diese Entscheidung der gleichgeordneten Justizbehörde anzuerkennen. Es bedarf dazu keiner Abänderung des Art. 131 der RVerf.

³⁴ *Hauriou*, Précis de Droit administratif¹¹, p. 309. Ueber den heutigen Standpunkt der franz. Praxis: *Laferrière*, Jurisdiction administrative, I p. 637. *Duguit*, Transformations du Droit public, p. 254, 269.

³⁵ EG. z. GVG. § 11. *Georg Meyer-Anschütz*⁷, S. 795 f. *Laband*, Staatsrecht, III⁵ S. 389. *Stein*, Justiz und Verwaltung, S. 112 ff.

³⁶ Dies traf z. B. für Mecklenburg und für Elsaß-Lothringen zu. *Regere* 24, S. 186. RGerZ. 64, 249; 70, 102.

verschloß den Rechtsweg, hinderte aber, wenn der Rechtsweg für zulässig erklärt war, das urteilende Zivilgericht nicht an der selbständigen Prüfung daüber, ob eine zu Schadenersatz verpflichtende Amtspflichtverletzung vorgelegen hatte.³⁷ Das System der Vorentscheidung enthielt einen Kompromiß zwischen zwei Rechtsanschauungen. Es nahm den Verwaltungsbehörden die Macht, einen schuldigen Beamten dem Richter zu entziehen, suchte aber andererseits den Beamten gegen leichtfertige Klagen zu schützen.³⁸ Die Vorentscheidung war nicht bloß eine Schutzwehr zugunsten des Beamten, sie kam auch dem Staate zugute, der an Stelle des schuldigen Beamten die Haftung dem Dritten gegenüber übernommen hatte.

Die Weimarer Reichsverfassung hat diese Beschränkungen bei Staatshaftungsklagen weggeräumt. Aufgehoben ist das System der „Vorentscheidung“, und ebenso sind die landesgesetzlichen Vorschriften beseitigt, denen zufolge der Staat wegen einer schadensstiftenden Polizeiverfügung nur dann haftbar gemacht werden konnte, wenn die Verfügung vorher von den zuständigen Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten aufgehoben war.³⁹ Die alte landesgesetzliche „Vorentscheidung“ ist heute nur noch zulässig in den Fällen, auf die sich die Staatshaftung nicht erstreckt, sondern in denen der Beamte persönlich dem Geschädigten haftet, ferner bei Rückgriffsklagen und Strafklagen gegen Beamte.⁴⁰ Aber auch dieses „ultimum refugium“ ist im Wanken.

³⁷ Für das Einzelne sei auf die 7. Auflage dieses Buches S. 270 f. und insbesondere auf *Otto Mayer*, I³ S. 192 f., hingewiesen, wo (S. 199) eine feine Würdigung der politischen Seite der Vorentscheidung gegeben ist.

³⁸ Eine Vorentscheidung war nicht vorgesehen z. B. bei der Verfolgung der Reichsbeamten; sie war ferner dem württembergischen Recht unbekannt. In Preußen dagegen konnte die Regierung eine Vorentscheidung („Konflikt“) durch den Verwaltungsgerichtshof sogar herbeiführen in einem Falle, in dem der Verwaltungsgerichtshof eine Verfügung bereits im Verwaltungsstreitverfahren als rechtswidrig aufgehoben hatte (Entsch. des PrOVG. Bd. 8, S. 409).

³⁹ Beschluß des Reichsgerichts v. 20. Febr. 1923, gemäß RVerf. Art. 13, Abs. 2 (PrVBl. 44, 434). Bekanntmachung der Reichsregierung v. 9. Mai 1923 (RGBl. I 292). v. *Marschall*, Verfassungsrechtl. Reichsgesetze, S. 800. Vgl. auch RGerZ. 102, 393; 104, 24, 160, 243, 291; 106, 36. Ueber frühere abweichende Auffassungen deutscher Gerichtshöfe: *Giese*, Komm.⁷, S. 347 bis 348.

⁴⁰ Vgl. namentlich die bayr. Novelle v. 7. März 1924 zum Verwaltungsgerichtsgesetz, welche die Vorentscheidung für die reichsgesetzlich zuge-

2. Nicht bloß der Zivilrichter, sondern auch der Strafrichter kommt in die Lage, seine Gerichtsbarkeit zum Schutze des Bürgers gegen die Verwaltung auszuüben. Wir denken hier nicht an die Ahndung der Amtsdelikte, sondern an die Fälle, in denen sich der Bürger gegen die Staatsgewalt aufgelehnt hat und der Strafrichter berufen wird, über die Rechtswidrigkeit dieser Handlung sein Urteil zu fällen. Der Widerstand gegen die Staatsgewalt ist nur dann strafbar, wenn er sich gegen rechtmäßige amtliche Anordnungen richtet. Nach staats- und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen hat daher der Richter zu urteilen, ob ein Bürger „zum Ungehorsam gegen Gesetze oder rechtsgültige Verordnungen oder gegen die von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffenen Anordnungen“ aufgefordert hat (StGB. § 110), oder ob ein Bürger einem Vollstreckungsbeamten in der „rechtmäßigen Ausübung seines Amtes“ durch Gewalt oder Bedrohung mit Gewalt Widerstand geleistet oder einen solchen Beamten während der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes tätlich angegriffen hat (StGB. § 113) usf.⁴¹

II. Die Eigenart der in den vorstehenden Erörterungen dargelegten Erscheinungen liegt darin, daß Zivil- und Strafgerichte dem Bürger Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung gewähren, auch wenn sie nicht befugt sind, die von ihnen mißbilligten Verwaltungsakte aufzuheben.

Nun kann aber, sogar in Ländern mit ausgebildeter Verwaltungsgerichtsbarkeit, den Zivilgerichten in gewissen Fällen vom Gesetze ausdrücklich die Kompetenz übertragen sein zur Aufhebung und Abänderung von Verfügungen oder Entscheidungen der Verwaltungsbehörden. Damit hat die Gesetzgebung den Zivilgerichten

lassenen Fälle beibehält (D y r o f f, Bayr. VerwGerGes.⁶, Nachtrag v. 1926, S. 2 f.). S c h e l c h e r, Amtshaftung, S. 39. — Preußen hatte schon vorher durch Ges. v. 16. Nov. 1920 den „Konflikt“ bei der Beamtenverfolgung beseitigt und ihn nur noch für die schwebenden Prozesse beibehalten. F r i e d r i c h s, VerwRPfl., II 1052. Auch dieser letzte Rest fiel seit dem reichsgerichtlichen Beschluß (oben Anm. 39) dahin.

⁴¹ Vgl. weiter Strafgesetzbuch §§ 116, 117. F r a n k, Strafgesetzbuch¹⁷, S. 287 f., 289 f. Ueber die Frage, wieweit ein Irrtum des Angeklagten über die Rechtswidrigkeit der amtlichen Handlung zu berücksichtigen ist: StGB. § 59. B i n d i n g, Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allg. Teil, 8. Aufl., S. 104 ff. Max Ernst M a y e r, Widerstand gegen die Staatsgewalt (Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts; Besonderer Teil, Bd. I, 1906, S. 349 ff.). v. L i s z t - S c h m i d t, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts²⁵, S. 248 f.

die Beurteilung von Verwaltungsstreitsachen übertragen und sie insoweit mit Verwaltungsrechtsprechung ausgestattet. Es sei erinnert an die Gesetze über die „Erweiterungen des Rechtswegs“ (vgl. oben § 16), an die Vorschriften der Expropriationsgesetze, welche eine Anfechtung der Entscheidungen der Schätzungskommissionen vor den ordentlichen Gerichten zulassen (vgl. unten § 18) und an anderes mehr.⁴²

Keine Verwaltungsrechtsprechung, sondern ihre eigenste Gerichtsbarkeit üben dagegen die ordentlichen Zivil- und Strafgerichte aus, wenn sie als Berufungsinstanzen bürgerliche Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen beurteilen, die in erster Instanz von Verwaltungsbehörden entschieden worden sind (vgl. oben § 2).⁴³ Beispiele für eine Zivilgerichtsbarkeit der Verwaltungsbehörden bieten die sog. Verwaltungsprovisorien: nach der Reichsgewerbeordnung § 75 hat die Ortspolizeibehörde Beschwerden Reisender zu entscheiden wegen Ueberschreitung des in einem Wirtschaftslokal angeschlagenen Preisverzeichnisses; nach der Reichsstrandungsordnung hat das Strandamt über Ansprüche auf Berge- oder Hilfslohn⁴⁴ zu urteilen usw. Verwandte Erscheinungen sind die Fälle, in denen Verwaltungsbehörden über Existenz und Umfang einer zivilrechtlichen Schadenersatzpflicht zu befinden haben. Dies trifft beispielsweise zu bei der Feststellung des Kassendefekts eines Beamten.⁴⁵ In allen diesen Fällen entscheiden die Verwaltungsbehörden nicht endgültig. Der von der Entscheidung der Verwaltungsbehörden betroffenen Person bleibt die Anrufung der Zivilgerichte vorbehalten; diese werden dadurch in den Stand gesetzt, die angefochtenen Sprüche der Verwaltungsbehörden zu überprüfen. — Analog ist die strafgerichtliche Kontrolle der ordentlichen Gerichte ausgestaltet. Nach der Reichsstrafprozeßordnung §§ 413 und 419 kann den Polizei- und den Finanzbehörden die Ahndung von Polizei- und von Finanzdelikten übertragen werden (oben S. 14).⁴⁶ Allein

⁴² Ottmar Bühler, Die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegenüber der Verwaltung im Württembergischen Recht, Tübinger Juristische Doktor-dissertation, 1911.

⁴³ Otto Mayer, I³ § 17. Sarwey, Oeffentliches Recht und Verwaltungsrechtspflege, S. 627 ff.

⁴⁴ RStrandungsordnung v. 17. Mai 1874, §§ 36 f. Stier-Somlo, HWR. V 800, Art. „Strandrecht“.

⁴⁵ Reichsbeamten-gesetz v. 17. Mai 1907, §§ 134 f., 144. Alfred Schulze, Das Reichsbeamten-gesetz, 1908, S. 323 ff.

⁴⁶ E. Loening, VerwArch. 3, S. 133. James Goldschmidt, Ver-

auch hier ist dem Angeschuldigten die Möglichkeit gegeben, den Spruch der Verwaltungsbehörde an das ordentliche Strafgericht weiterzuziehen.

§ 18. Öffentlich-rechtliche Entschädigung.¹

I. Der Schutz des Rechtsbestandes ist das Ziel des modernen Rechtsstaates geworden. Ihm dienen die in den vorhergehenden Erörterungen dargestellten Einrichtungen. Aber derselbe Rechtsstaat, der so kräftig Recht und Vermögen der einzelnen Bürger schützt, hat auf der andern Seite dem Grundsatz zur Anerken-

waltungsstrafrecht, S. 317. *Thoma*, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 189. RAO. §§ 355, 385.

¹ *Anschütz*, Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt (VerwArch. 5, S. 1 ff.; auch separat erschienen, 1897). Ders., Verfassungsurkunde für den Preuß. Staat, I S. 153 ff. *Ottomayer*, II³ §§ 53, 54, und von demselben Verfasser ferner: Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht, 1904 und der Art. „Entschädigungspflicht des Staates“ im WBStVR.² I, S. 731. *Georg Meyer-Anschütz*, § 222, mit Literaturangaben. *Georg Meyer*, Der Staat und die erworbenen Rechte, 1895 (Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von Georg Meyer und Jelinek, Bd. I, Heft 2). *Walz*, Ueber die Entschädigungspflicht bei rechtmäßiger Ausübung der Staatsgewalt nach badischem Landesrecht (Bad. VerwZft. Bd. 33 [1901], S. 233, 245, 253). *v. Stengel*, in den Annalen des Deutschen Reichs, 1901, S. 490 ff. *Fleischmann*, Die Entschädigung der öffentlichen Betriebsunternehmungen bei polizeilich verfügbarer Straßensperrung (Eisenbahnrechtliche Entscheidungen Bd. 20, S. 286, 370; Bd. 21, S. 309, 423). *Perlmann*, Ueber die Entschädigung für Einwirkungen der öffentlichen Gewalt in die Privatrechtssphäre (Grünhuts Zft. Bd. 34, S. 57) und Studien zur Frage der Schadenshaftung des Staates und ihrer Geltendmachung (ArchöfR. 24, S. 520). *Molitor*, Ueber die Haftung des Staates bei Verletzung von Privatrechten (ArchöfR. Bd. 20, S. 265). *Tezner* im ArchöfR. Bd. 9, S. 495. *Arndt*, Ueber die Haftung für Eingriffe der Reichs- und Staatsgewalt in Privatrechte (Festgabe für Güterbock, 1910, S. 149). *Erich Neuhaus*, Die Unverletzlichkeit des Eigentums, 1909. *Kormann*, Grundzüge, S. 202 (Annalen des Deutschen Reichs 1912). *Schoen* in Enzykl., IV 279 f. *Erich Vogt*, Rechtmäßige Eingriffe des Staates in subjektive Privatrechte nach der Praxis des schweiz. Bundesgerichts, 1910 (Zürch. Beiträge z. RWissenschaft, Heft 26). *Andreas v. Sprecher*, Ueber die Entschädigungspflicht des Staates bei Ausübung der öffentl. Gewalt, Berner Diss. 1921. His. Zft. f. Schweiz. R. u. F. 42, 22. *Schelcher*, Haftung des Staates für Eingriffe in Privatrechte (Fischers Zft. 52, S. 96 f.). *Martin Wolff*, Reichsverfassung und Eigentum (Berliner Festgabe für Kahl, 1923). *Kruckmann*, Enteignung und Entziehung nach alter und neuer Reichsverfassung, 1925. *Stier-Somlo*, HWR. V 286. *W. Jelinek*, VerwR. 387. *Drews*, Polizei und Schadenersatz

nung verholten, daß das Gesetz zu obrigkeitlichen Eingriffen in Freiheit und Eigentum der Bürger ermächtigen darf, so oft dies das öffentliche Interesse verlangt. Denn ohne diese Eingriffe vermag der Staat seine Aufgaben nicht zu erfüllen. Man denke hier in erster Linie an die Zwangsenteignung, die der öffentlichen Verwaltung die Möglichkeit gewährt, sich die Privatgrundstücke zur Errichtung öffentlicher Unternehmungen durch hoheitlichen Akt zu verschaffen. Die Expropriation stellt den vornehmsten, aber nicht den einzigen Fall dieser Art dar. Je weiter der Aufgabenkreis des Staates wird, um so größer wird naturgemäß die Zahl solcher staatlicher Eingriffe: Aufhebung der Privatpostanstalten im Interesse des staatlichen Postregals; Nutzloswerden von Fabrikeinrichtungen infolge Einführung eines Phosphorverbots; Vernichtung eines ganzen Industriezweigs durch Einführung des Absinthverbots;² Lahmlegung der privaten Abfuhrunternehmungen durch Kommunalisierung der Fäkalienabfuhr;³ Schädigungen der Fischerei durch Flußregulierungen;⁴ Auferlegung von Bauverboten im Interesse zu-

nach Preuß. Recht (PrVBl. 47, 571). Die Kommentare zu RVerf. Art. 153 von **Anschtz**, von **Giese** und von **Poetzsch**. **Paul Tirard**, *De la responsabilité de la puissance publique*, Paris 1906. **Laferrière**, *Traité de la juridiction administrative*, 2 éd. II, p. 155. **Hauriou**, *Précis de Droit administratif*¹¹, p. 303, 335, 761. **L. Duguit**, *De la responsabilité pouvant naître à l'occasion de la loi* (Revue du Droit public 1910, p. 637). **Duez**, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris 1927. **Jacques Masteau**, *La responsabilité de l'Etat*, Paris 1927. **Duguit**, *Transformations*, p. 232 f. **Santi Romano**, *Principii di Diritto amministrativo italiano*³, Nr. 33. **Presutti**, *Istit. di diritto amm. ital.*, II² p. 274.

² Ein solches Verbot ist in der Schweizerischen Eidgenossenschaft durch eine Partialrevision der Bundesverfassung v. 7. Okt. 1908 eingeführt worden; es untersagt Fabrikation, Ausfuhr, Transport und Verkauf des Absinths. **Fléiner**, *Schweiz. Bundesstaatsrecht*, 391. — Französisches Absinthverbot: **Hauriou**, *Précis de droit admin.*¹¹, p. 305. **Jéze**, *Principes*, 366.

³ **Reger**, *Erg.-Bd. II S. 159*.

⁴ **F. Großmann**, *Schadenersatzanspruch von Fischereiberechtigten gegen den Staat infolge von Flußregulierungen* (Heidelberger juristische Doktordissertation, 1910). Denselben Gegenstand behandelt **Haller** in der *Württ. Zft. f. Rechtspf. u. Verwaltung* IV 160. Reichsgericht 3. Juli 1906 und 26. Juni 1912 (RGerZ. Bd. 64, S. 24; Gruchots Beiträge Bd. 56, S. 1115). Vgl. auch das Preuß. Gesetz ü. d. Erwerb von Fischereiberechtigungen für den Staat v. 2. Sept. 1911 (Giese im *JahrböfR.* 7, 157; **Bitters** HWB. I³ S. 537). Preuß. Wassergesetz v. 7. April 1913, §§ 51, 77, 157, 159. Bad. Wassergesetz v. 12. April 1913, § 110, Ziff. 3.

künftiger Straßen;⁵ Aufhebung der Privatschlächtereien durch Einführung des Schlachthauszwangs;⁶ Schädigung einer Fähre infolge der durch die Errichtung einer Brücke bedingten Entziehung der Kundschaft⁷. Tötung eines Passanten bei der Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung durch das Militär;⁸ Entziehung der Kundschaft (Gotthard-Hospiz) infolge militärischer Sperrung der Gotthardstraße (1914—18)⁹ u. a. m. Alle diese Einwirkungen schädigen das Vermögen der von ihnen betroffenen Privaten. Sie sind die notwendigen und unausbleiblichen Folgen der Verwaltungstätigkeit. Sie als unzulässig erklären, hieße die Verwaltung zum Stillstand verdammen. Soweit das Gesetz die Verwaltung zu derartigen Eingriffen ermächtigt, handelt die Verwaltung bei deren Vornahme rechtmäßig. Von einem Verschulden des Staates oder seiner Organe ist in allen diesen Fällen keine Rede. Es entsteht deshalb die Frage, ob der Staat dem betroffenen Bürger zum Ersatz verpflichtet ist, weil er objektiv den Schaden verursacht hat. Außer Betracht bleiben hier die Vermögensschädigungen, die auf *privatrechtliche* Eingriffe des Staates oder einer Gemeinde zurückgehen.¹⁰ Dahin gehören vor allem die Akte der Vermögensverwaltung (s. unten § 21). Die folgende Betrachtung hat sich allein mit *hoheitlichen* Akten des Staates¹¹ oder eines mit obrigkeitlicher Herrschaft ausgestatteten Verbandes zu beschäftigen. Das Privatrecht ist unanwendbar. Denn dem rechtmäßig auftretenden Staat gegenüber versagen die Vorschriften über unerlaubte Handlungen. Die Antwort kann allein aus Grundsätzen des öffentlichen Rechts abgeleitet werden.¹² Man darf sich an der Richtigkeit dieses Satzes

⁵ Baltz-Fischer, Preuß. Baupolizeirecht⁶, S. 154 f.

⁶ GewO. § 23, Abs. 2. Landmann-Rohmer, Komm. I⁸, S. 268 f.

⁷ Striethorst, Archiv für Rechtsfälle des preuß. Obertribunals, XXIV S. 1.

⁸ RGerZ. 104, S. 260, 346, 362. Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 647 f.

⁹ Urt. d. Schweiz. Bundesgerichts 4. Febr. 1921, Entscheidungen 47, II S. 71 f.

¹⁰ Bayr. KompGerH. 17. Dez. 1881 (Sammlung d. Entsch. I S. 32). Anschütz, VerwArch. 5, 95.

¹¹ Zu unterscheiden ist der Schaden, der in Ausübung von Hoheitsrechten erfolgt, von dem, der bei Gelegenheit der Ausübung eintritt. RGerZ. 96, S. 74 und 215 (Schießübungen auf einem Artillerieschießplatz; Autofahrt eines Offiziers).

¹² Das EG. z. BGB. Art. 106 f. hat infolgedessen die Regelung der Materie der Landesgesetzgebung überlassen, soweit das Reich nicht selbst für die reichsrechtlichen Materien eine spezielle Normierung getroffen hat.

nicht durch die Tatsache irremachen lassen, daß in Deutschland auch nach der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Kompetenz zur Beurteilung derartiger Schadenersatzklagen den Zivilgerichten verblieben ist. Ist der Staat oder ein anderer öffentlich-rechtlicher Verband dem Bürger entschädigungspflichtig für Vermögensschädigungen, die er ihm in rechtmäßiger Ausübung der öffentlichen Gewalt zugefügt hat?

1. Bei der Beantwortung der Frage fällt in erster Linie die in den modernen Verfassungen aufgestellte Eigentumsgarantie in Betracht und die darauf gegründete staatliche Kompetenz zur Zwangsenteignung. Die verfassungsmäßige Gewährleistung erstreckt sich nicht bloß über das Eigentum i. e. S. des Bürgers, sondern über alle seine vermögenswerten Rechte.

Der Staat ist nach öffentlichem Rechte befugt, dem Privaten Rechte zu entziehen und sie sich selbst anzueignen, sobald das öffentliche Interesse dies verlangt. Aber der Staat ist verpflichtet, dem Geschädigten dafür vollen Ersatz in Geld zu leisten. Weil dieser Anspruch einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis entspringt, so ist er öffentlich-rechtlicher Natur.¹³ Auf Grund dieser Ermächtigung haben die Staaten Expropriationsgesetze erlassen, in denen sie die Voraussetzungen und Formen bestimmen, unter denen der Staat für ein bestimmtes in Aussicht genommenes öffentliches Unternehmen Rechte der Bürger zwangsweise enteignen darf. Die Weimarer Reichsverfassung hat ihrerseits (Art. 153) das Eigentum von Reich wegen gewährleistet und bestimmt, unter welchen Voraussetzungen die Enteignung in Deutschland verfassungsmäßig zulässig ist. Die Vorschriften sind unmittelbar verbindlich für Ge-

¹³ Eine Rechtfertigung der Ansicht, der Entschädigungsanspruch trage zivilrechtliches Gepräge, unternimmt James Goldschmidt, Rechtsgrund und Rechtsnatur der staatl. Entschädigungspflicht, S. 146 (Festgabe der Berliner jurist. Fakultät f. Gierke, 1910, Bd. III). Ueber die Streitfrage im allgemeinen: W. Scheicher, Sächs. Enteignungsgesetz, S. 31 ff. — Trotz ihrer öffentlich-rechtlichen Natur sind derartige Entschädigungsansprüche in den meisten deutschen Staaten der Beurteilung der Zivilgerichte unterstellt geblieben. Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 51 ff., 219 ff. In Sachsen jedoch hat der Verletzte solche Entschädigungsforderungen vor den Verwaltungsbehörden geltend zu machen; deren Entscheidungen können sodann mit der Anfechtungsklage der Beurteilung des Obergerichts unterbreitet werden. Sächs. OVG. 7. Jan. 1911 (Jahrbücher 16, S. 292). Anderer Ansicht; das RGerZ.; 73, 271, das auch für Sachsen den Rechtsweg als allein zulässig betrachtet. Mosel, HWB.¹³, I S. 979—980. Ueber die Verjährung des Anspruchs: RGerZ. 78, S. 202.

richte und Verwaltungsbehörden und enthalten nicht bloß ein Programm für die Reichs- und Landesgesetzgebung.¹⁴ Enteignung aber im Sinne der Reichsverfassung ist, gemäß der ganzen geschichtlichen Entwicklung in Deutschland, Ueberführung von Rechten der Bürger in den Bereich eines zum Wohle der Allgemeinheit errichteten öffentlichen Unternehmens, das dieser Rechte bedarf. Dieser Grundsatz greift nicht bloß Platz in den Fällen, für die in den Expropriationsgesetzen das besondere Expropriationsverfahren vorgesehen ist. Der im Enteignungsbegriff verkörperte Gedanke muß zur Anwendung gebracht werden überall dort, wo der Staat mit Hilfe seiner Befehlsgewalt ein dem Bürger zustehendes — privates oder öffentliches¹⁵ — Einzelrecht in einer Weise der öffentlichen Verwaltung dienstbar macht, die es nach seinen wesentlichen Richtungen der Verfügung des Privaten entzieht. Auch auf diese Art werden Individualrechte in den Bereich der öffentlichen Verwaltung übergeführt. Es liegen somit Erscheinungen vor, die der Expropriation gleichartig sind. Daraus ergibt sich aber die Pflicht des Staates, das Vermögen des betroffenen Privaten auch hier durch Geldersatz auszugleichen.¹⁶ Was für den Staat gilt, muß ebenso

¹⁴ A n s c h ü t z , Komm.®, S. 402 und dort zitierte Entscheidungen.

¹⁵ Öffentliches Einzelrecht: der Gehaltsanspruch der Beamten (s. dazu RVerf. Art. 129, Abs. 1); auch der „Bürgernutzen“ kann ein derartiges Einzelrecht darstellen. G i e r k e , Deutsches Privatrecht, I S. 610. Rechtsprechung des bad. VGH., I S. 206, Nr. 392, 393.

¹⁶ Das wird sehr gut ausgeführt in einem Urteil des Reichsgerichts v. 16. Oktober 1906 (Entsch. 64, S. 184): Bei Kanalisierungsarbeiten stoßen städtische Arbeiter auf einen in den Straßenkörper hineinragenden Hohlraum, der zu einer Anliegerliegenschaft gehört. Der Eigentümer wird durch Verfügung aufgefordert, den Hohlraum zu räumen, kommt jedoch der Verfügung nicht nach, ficht sie aber auch nicht an. Darauf wird der Hohlraum nach der Liegenschaft hin abgesperrt und ohne weiteres zur Straße gezogen. Das Reichsgericht hat mit Grund dem Eigentümer Entschädigung zugesprochen. — Wenn von einem Militärschießplatz aus Kugeln sich auf Privatgrundstücke verirren und diese dadurch für den Eigentümer in einzelnen Zonen unbrauchbar machen, so hat der Eigentümer Anspruch auf Schadenersatz. Denn der Grundeigentümer kann sich dieser Inanspruchnahme nicht widersetzen. R e g e r , Erg.-Bd. I S. 384. K a m p t z und D e l i u s , Rechtsprechung des Reichsgerichts auf den Gebieten des öffentl. Rechts, II S. 344—346. (Unrichtig die Urteile des Reichsgerichts: R e g e r 24, S. 384 und RGerZ. Bd. 55, S. 55.) Ein unter die Enteignung fallender Tatbestand liegt ferner vor bei der Geltendmachung der patentrechtlichen Zwangslizenz zugunsten des Reichs: RPatentges. i. d. Fassung v. 7. Dez. 1923, § 11. Für die verwandte Erscheinung auf Grund des Patentges. von 1891, § 51: Urt. d. Reichsgerichts

gelten für die Gemeinden und den Inhaber einer auf Grund staatlicher Konzession errichteten öffentlichen Anstalt, insbesondere für den Unternehmer einer öffentlichen Eisenbahn.¹⁷ Ein solcher expropriationsähnlicher Tatbestand liegt ferner vor, wenn die Polizei in einem sog. polizeilichen Notstand privates Eigentum, z. B. zur Bekämpfung einer Wasser- oder Feuergefahr, in Anspruch nimmt (Zerstörung einer Mauer, eines Dammes usw.).¹⁸

2. Staatliche Eingriffe, die nicht auf Uebereignung der betroffenen Einzelrechte hinauslaufen, fallen nicht unter den Begriff der Enteignung. Das trifft z. B. zu für die Aufhebung von rechtlichen Einrichtungen, die der Gesetzgeber als überlebt betrachtet (Familienfideikommiss, RVerf. 155, Abs. 2). In gleicher Weise gilt dies für die Einführung von polizeilichen Eigentumsbeschränkungen¹⁹ (Bau-

v. 19. Juni 1912 (DJZ. 17, 1186) und RGerZ. Bd. 77, S. 14. — Verfehlt ist das Urteil, welches das Schweiz. Bundesgericht am 16. Nov. 1911 in Ausübung seiner Verfassungsgerichtsbarkeit fällte und worin es den Gesetzgeber Graubündens für befugt erklärte, zugunsten einer zu gründenden kantonalen Gebäudeversicherungsanstalt die laufenden Versicherungsverträge der privaten Versicherungsgesellschaften mit Einwohnern des Kantons entschädigungslos aufzuheben (Entsch. d. Schweiz. Bundesgerichts Bd. 37 [1911], T. 1, S. 503). Das Urteil widerspricht nicht bloß einem anerkannten Grundsatz des Rechts und der Gerechtigkeit, sondern auch der positiven Vorschrift der Graubündnerischen Kantonsverfassung Art. 9. Es sei daran erinnert, daß kraft seiner Verfassungsgerichtsbarkeit das Bundesgericht im einzelnen Streitfall prüft, ob ein kantonales Gesetz die kantonale verfassungsmäßige Eigentumsgarantie nicht verletzt hat; erklärt es den Rekurs für begründet, so hat es das Gesetz aufzuheben und nicht etwa von sich aus eine Entschädigung auszusprechen. Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 442 f. Leider hat die Bundesverfassung von 1874, Art. 113 Abs. 3, dem Bundesgericht dieses Prüfungsrecht gegenüber Bundesgesetzen genommen (Fleiner, a. a. O. 276, 443).

¹⁷ Der Eigentümer einer an einer Eisenbahnlinie gelegenen Liegenschaft kann, wenn vom Funkenwurf der Lokomotiven Bäume versengt oder Gebäulichkeiten in Brand gesetzt werden oder wenn ein ganzer Streifen dauernd versengt und unbrauchbar gemacht wird, von der Eisenbahnverwaltung Schadenersatz verlangen. Hörle im VerArch. 10, S. 367. RGerZ. Bd. 17, S. 103; Bd. 32, S. 337. DJZ. 16, 473. Seuffert, Archiv 34, Nr. 94. Walz, in der Zft. f. bad. Verwaltung, 1901, S. 246. Kleeberg, § 75, Einleitung z. ALR., 1909, S. 15. Viel weiter zugunsten des geschädigten Eigentümers geht Vossen, Ueber das Grenzgebiet zwischen Enteignung und polizeilichem Eingriff ins Privateigentum (ArchöfR. 22, S. 246). Fritzscher, Eisenbahnrecht, S. 272 f. (mit privatrechtlicher Begründung).

¹⁸ Friedrichs, Polizeinotstand und Schadenersatz (PrVbl. 45, 2). Drews, PrVbl. 47, 573 (s. oben Anm. 1).

¹⁹ Günther Holstein, Die Lehre von der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung, 1921.

linien usf.) und von allen anderen Beschränkungen der individuellen Freiheit und der Eigentumsfreiheit, die unmittelbar auf dem Gesetze oder aber auf gesetzvollziehenden Verwaltungsakten beruhen (Schlachthauszwang, kommunale Fäkalienabfuhr u. a. m.) Hier kann die Vermögensschädigung von zufälligen äußeren Umständen (Beruf des Einzelnen, Lage seines Grundstückes usf.) abhängen. Es ist daher möglich, daß vom Staat dem einen Bürger ein finanzielles Opfer auferlegt wird, während der andere davon verschont bleibt. In dieser Weise kann die Vollziehung eines Gesetzes im Ergebnis Ungleichheiten unter den Bürgern begründen. Keinen Unterschied macht dabei, ob die Vermögensschädigung ihren Grund in einer Vernichtung oder aber bloß in einer Beschränkung individueller Rechte hat.

Diesen Umständen hat in erster Linie der Gesetzgeber selbst Rechnung zu tragen und die Härte durch Gewährung einer Entschädigung zu mildern oder zu beseitigen. Allgemeine gesetzliche Vorschriften, die uns hier den Weg weisen könnten, gibt es nur in wenigen Staaten. Am weitesten geht in dieser Richtung das Allgemeine Preußische Landrecht (Einleitung § 75), wonach der Staat „denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens zu opfern genötigt wird, zu entschädigen gehalten wird“. Eine Kabinettsordre vom 4. Dezember 1831 hat diese Bestimmung eingeschränkt auf die Aufopferung eines zum Privateigentum gehörigen Rechtes und auch im übrigen weitgehende Ausnahmen von der Entschädigungspflicht (namentlich bei Kriegs- und Justizschäden) vorbehalten.²⁰ In den übrigen

²⁰ Erich Kleeberg, § 75, Einleitung z. ALR. (Leipz. Diss. 1909). Anschütz, VerwArch. 5, S. 76. Dreyer, ebenda 17, S. 213. RGerZ. 26. Juli 1912 (Gruchots Beiträge Bd. 56, S. 1115, Eingriff in „besondere Vorteile“). Unter Berufung auf diesen landrechtlichen Grundsatz (§§ 74, 75 Einl. z. ALR.) hat das Reichsgericht am 11. Juli 1927 die Aufhebung eines Kirchenstuhlvorrechts durch kirchenpolizeiliche Verfügung nur als statthaft erklärt, wenn dafür Entschädigung gewährt werde. „Eine Verdrängung privater Herrschaft durch polizeiliche Gewalt ist keine Enteignung in dem in Art. 153 Abs. 2 RVerf. vorausgesetzten technischen Sinn.“ RGerZ. 118, 26. — S. auch das EG. z. ZGB. f. d. Kanton Zürich von 1911, § 227: „Der Staat haftet für den Schaden, der jemandem bei Ausübung der Staatsgewalt aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt, z. B. bei Ueberschwemmungen, Brandausbrüchen oder durch polizeiliche Maßnahmen zugefügt wurde, wenn der Geschädigte den Schaden nicht aus öffentlich-rechtlichen Gründen zu tragen verpflichtet ist oder sich selber zuzuschreiben hat.“

Staaten hat sich der Gesetzgeber darauf beschränkt, in Einzelfällen zu helfen.²¹

Für die Entscheidung des Gesetzgebers über Gewährung oder Versagung der Entschädigung sind naturgemäß in erster Linie Erwägungen der Billigkeit maßgebend. Regelmäßig fällt ferner in Betracht, wie der Gesetzgeber vom ethischen Standpunkt aus die Privattätigkeit würdigt, in die er eingreift. Bei der Aufhebung der Privatpostanstalten hat der Reichsgesetzgeber den beteiligten Gewerbetreibenden Schadenersatz zugesprochen, während er den Fabrikanten, die von dem Phosphorverbote betroffen worden sind, Schadenersatz versagt hat.²² Von besonderer Wichtigkeit ist die Re-

²¹ Ein Teil der Landesgesetze spricht den durch die Einführung des Schlachthauszwangs (RGewO. § 23, Abs. 2) geschädigten Metzgern Schadenersatz zu; ein Teil versagt ihn stillschweigend. L a n d m a n n - R o h m e r , 1^o S. 270 f.

²² Reichsgesetz betr. einige Aenderungen von Bestimmungen über das Postwesen v. 20. Dez. 1899, Art. 3—5. Reichsgesetz betr. Phosphorzündwaren v. 10. Mai 1903. Vgl. auch das Reichsgesetz wegen Aenderung des Tabaksteuergesetzes v. 5. Juli 1909, Art. II a: „Die mehr als ein Jahr im Tabakgewerbe beschäftigt gewesenen Hausgewerbetreibenden und Arbeiter, welche nachgewiesenermaßen infolge dieses Gesetzes innerhalb des ersten Jahres nach dessen Inkrafttreten entweder vorübergehend oder für längere Zeit arbeitslos werden, ohne anderweit entsprechende Beschäftigung zu finden, oder wegen notwendig gewordenen Berufswechsels oder wegen Einschränkung des Betriebs geschädigt werden, erhalten Unterstützungen bis zu einem Zeitraume von zwei Jahren. Zu diesem Zwecke werden den Einzelstaaten die erforderlichen Mittel bis zum Gesamtbetrage von 4 Mill. Mark, dem festgestellten Bedürfnis entsprechend, überwiesen.“ In ähnlicher Weise spricht das Schweiz. Bundesgesetz betr. das Absinthverbot v. 24. Juni 1910, Art. 4, den Unternehmern, Angestellten und Arbeitern der Berufskreise, die durch das Verbot unmittelbar empfindlich geschädigt werden, „aus Billigkeitsgründen“ teilweise Entschädigung zu. F l e i n e r , Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 391. Ueber die durch die Einführung des Alkoholmonopols in der Schweiz (1886) geschaffene Rechtslage: Entsch. des Schweiz. Bundesgerichts 15 (1889), S. 474, 651, 657. F l e i n e r , Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 388 f. Ueber den Standpunkt des preußischen Gesetzgebers bei der Aufhebung von sog. Steuerprivilegien: B i t t e r s HWB. d. preuß. Verwaltung, Art. „Entschädigung bei Aufhebung von Steuerbefreiungen“, I^o S. 496. S. auch Hess. Gesetz v. 8. Juli 1911 betr. Ablösung der Steuerfreiheit einzelner gemeindesteuerfreier Grundstücke. Besonders beachtenswert ist auch nach dieser Richtung das Preuß. Wassergesetz v. 7. April 1913; es reiht die Wasserläufe in einer Anlage zum Gesetz in Kategorien (erster, zweiter, dritter Ordnung) ein und schreibt vor (§ 3), das Verzeichnis der Wasserläufe erster Ordnung könne nur durch Gesetz geändert werden. „Wird infolge einer solchen Aenderung jemand in der Ausübung eines Rechts am Wasserlauf beeinträchtigt

gelung der sog. Justizschäden und der Kriegsschäden. Für sie hat der moderne Gesetzgeber — abweichend vom Allgemeinen Landrecht Preußens — eine weitgehende staatliche Entschädigungspflicht eingeführt. Den Unschuldigen, der auf Grund eines äußerlich formgerechten Verfahrens verurteilt oder verhaftet worden ist, hat ein formell rechtmäßiger Akt der Staatsgewalt getroffen; aber dieser Akt ist objektiv rechtswidrig, und um dieser Tatsache willen hat das Gesetz dem Geschädigten Ersatz gewährt.²³ In gleicher Weise gewährt das Reich denjenigen seiner Bürger Versorgung, die durch den Weltkrieg innerhalb oder außerhalb des Reichsgebietes Schädigungen an Leib und Leben erlitten haben und nicht zu den militärversorgungsberechtigten Personen gehören, und ebenso hat es die Pflicht zum Ersatz für den Schaden übernommen, der durch die Abtretung von Reichsgebieten und durch den Krieg in den ehemaligen deutschen Schutzgebieten und im Ausland entstanden ist.²⁴

oder ein Grundstück beschädigt, so ist dem Benachteiligten Entschädigung vom Staate zu gewähren . . .“ vgl. dazu § 45 des zit. Gesetzes. — Italien hat in dem am 22. April 1912 verkündigten Gesetz ein Lebensversicherungsmonopol zugunsten einer Staatsanstalt begründet und damit den privaten Versicherungsgesellschaften nach Ablauf einer bestimmten Zeitdauer die Möglichkeit zum Geschäftsbetrieb auf diesem Gebiet entzogen, ohne Entschädigung zuzusprechen. Vgl. darüber und über den Standpunkt der betroffenen Versicherungsgesellschaften *Rocca* in der *Zft. f. d. gesamte Versicherungswissenschaft* XII 524. *Wehberg*, ebendasselbst S. 534; vgl. auch daselbst S. 852. Ein Monopol zugunsten einer staatlichen Unfallversicherungsanstalt hat ferner das Schweiz. Bundesgesetz v. 13. Juni 1911 über die Kranken- und Unfallversicherung eingeführt, ohne den betreffenden Gesellschaften Entschädigung zu gewähren. *Flainer*, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 549 f.

²³ Reichsgesetz betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen v. 20. Mai 1898. Reichsgesetz betr. die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft v. 14. Juli 1904. *Hans Tobler*, Die Entschädigungspflicht des Staates gegenüber schuldlos Verfolgten, Angeklagten und Verurteilten, 1905 (Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft I). *James Goldschmidt*, Rechtsgrund und Rechtsnatur der staatlichen Entschädigungspflicht gegenüber unschuldig Verhafteten und Bestraften, 1910 und dort zitierte Literatur (Festgabe der Berliner jurist. Fakultät für Gierke, Bd. III, S. 111) und von demselben Verfasser: Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb, S. 8, 15, 74. *Bitters HWB.*³, Art. „Entschädigung für Straf- und Untersuchungshaft“, Bd. I, S. 455. *Otto Mayer*, II³ S. 313. *Beling*, Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege, Tübinger Rektoratsrede 1913, S. 31. *W. Jelinek*, 310, 318. *Duguit*, Transformations, p. 252.

²⁴ Ueber die Kriegsschädengesetze des Reichs: *Hue de Grais*²⁴, S. 928. *Mosel*, HWB.¹², I 1285, Art. „Kriegsschäden“. *Liebrecht*,

Bei diesen gesetzgeberischen Einzellösungen hat sich jedoch die Praxis nicht beruhigt, sondern nach einem allgemeinen Grundsatz gesucht, der neben jedem Gesetze gelten solle und der besonderen Bestätigung des Gesetzgebers im Einzelfalle nicht bedürfe.

Den ältesten Lösungsversuch stellt die naturrechtliche Theorie von der Unverletzlichkeit der „wohlerworbenen Rechte“ (*iura quaesita*) dar. Eine, namentlich in der Rechtsprechung verbreitete, Anschauung behauptet, diese Theorie enthalte auch heute noch die gemeingültige Lösung des Problems.²⁵ Eine zweite Mei-

PrVbl. 45, 283. Erich Kaufmann, Der Ersatzanspruch für Schäden durch außerordentliche Kriegsmaßnahmen, 1923. — Frankreich (*dommages de guerre*): Berthélemy, *Droit administr.*¹¹, p. 457. — Ueber die Tumultgesetze, welche wegen der bei inneren Unruhen verursachten Schäden Ersatz zusprechen: RG. ü. d. durch innere Unruhen verursachten Schäden v. 12. Mai 1920 (mit Abänderungen v. 15. Juli 1922 und 29. Mai 1924). Stier-Somlo, HWR. V 22. A. Olshausen, PrVbl. 46, 451. Karl Müller, PrVbl. 47, 533. Französisches Recht: Berthélemy, *Droit administr.*¹¹, p. 622.

²⁵ Ein Urteil des RGerZ. v. 13. Jan. 1883 (Entsch. Bd. 12, S. 3) hat noch als gemeine Auffassung bezeichnet, daß „im Falle der Aufhebung eines wohlerworbenen Rechts durch die Gesetzgebung ohne weiteres ein privatrechtlicher Anspruch gegen den Staat auf volle Entschädigung stattfindet, soweit nicht ein solcher Anspruch durch die Gesetzgebung besonders ausgeschlossen worden ist.“ Ebenso RGerZ. Bd. 16, S. 161 (Aufhebung von Kirchenstuhlvorrechten); Bd. 41, S. 145 (Schmälerung der Fischerei durch Stromregulierung). In der Folge sind dem Reichsgericht Bedenken gekommen (RGerZ. Bd. 61, S. 11), so daß es sich in der Folge (Urteil v. 16. Okt. 1906) beiläufig dahin ausgesprochen hat, „nur wenn ein solches Gesetz selbst eine Entschädigung anordnet, kann deshalb eine solche beansprucht werden“ (RGerZ. Bd. 64, S. 185). Dieser Auffassung gemäß hat das Reichsgericht in den Urteilen v. 12. März 1912 und 26. Juni 1912 den infolge des preuß. Gesetzes betr. Verbesserung der Oder v. 6. Juni 1888 geschädigten Flußanliegern (Steigen des Grundwassers, Versanden eines Oderarms u. dgl.) Entschädigung versagt (RGerZ. Bd. 79, S. 64 und Gruchots Beiträge Bd. 56, S. 1115). Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts Bd. 36 (1910), Teil 2, S. 308. Für eine allgemeine Entschädigungspflicht: Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I S. 195. Vgl. ferner Württ. Verfassungsurkunde v. 1819, § 95: „Keinem Bürger, der sich durch einen Akt der Staatsgewalt in seinem auf einem besonderen Titel beruhenden Privatrechte verletzt glaubt, kann der Weg zum Richter verschlossen werden.“ Vgl. dazu Ottmar Bühler, *Zuständigkeit der Zivilgerichte gegenüber der Verwaltung im württ. Recht*, S. 94 ff. Fleiner, *Staatsrechtl. Gesetze Württembergs*, S. 55. Ueber die Rechtslage in den Hansastädten: oben S. 245. Ähnlich ist die Auffassung des Braunschweigischen Rechts. Mansfeld, *Der publizistische Reaktionsanspruch im Herzogtum Braunschweig*, 1895. Rhamm, *Staatsrecht des Herzogtums Braunschweig*, 1908, S. 37.

nung²⁶ sucht dagegen der Schwierigkeit Herr zu werden an Hand der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie. Sie erblickt in dieser eine Gewährleistung des Vermögensbestandes der Bürger gegenüber der Staatsgewalt überhaupt und folgert daraus, der Staat schulde Entschädigung nicht bloß in den Fällen, in denen er auf dem Expropriationsweg Privatrechte entziehe, um sie sich anzueignen, sondern allgemein für jede beliebige durch eine obrigkeitliche Verfügung verschuldete Schädigung des Privatvermögens der Bürger. — Eine dritte Meinung geht davon aus, das Prinzip der Rechtsgleichheit verbiete eine ungleiche Belastung der Staatsbürger. Jede über das allgemeine Maß hinaus auferlegte Beschränkung stelle deshalb „ein besonderes Opfer“ dar, und es habe sich seit den Tagen des Polizeistaates in einer langen und beständigen Uebung ein Satz zum Gewohnheitsrecht verdichtet, demzufolge der Staat für die Auferlegung jedes besonderen Opfers dem betroffenen Bürger Ausgleich in Geld schulde. Auf Grund dieses gemeindeutschen Gewohnheitsrechtes greife daher eine Entschädigungspflicht Platz auch dort, wo eine besondere gesetzliche Vorschrift darüber fehle.²⁷ Im Anschluß an diese Anschauung behauptet in der neuesten Zeit eine verbreitete Meinung, „Enteignung“ im Sinne der Weimarer Reichsverfassung (Art. 153) sei jede durch Gesetz oder Verwaltungsakt verursachte Schädigung des Privatvermögens, die bestimmte Personen oder einen verhältnismäßig engen Kreis von Personen mit besonderen Opfern zugunsten der Allgemeinheit belaste, gleichgültig, ob dabei eine Uebereignung von Gegenständen oder Rechten bewirkt werde und ob eine Zweckbeziehung auf ein bestimmtes gemeinnütziges Unternehmen obwalte oder nicht. Die Auferlegung

Ueber die damit übereinstimmende Rechtsauffassung in der Schweiz vgl. Hans Sträuli, Verfassung des Standes Zürich, 1902, S. 42—43. Verfassung des Kantons Uri v. 6. Mai 1888, Art. 51. Verfassung des Kantons Nidwalden v. 2. April 1877, Art. 43: „Sofern sich jemand durch einen Beschluß der Landsgemeinde in seinen Privatrechten verletzt glaubt, kann der gesetzliche Richter angerufen werden.“ Vgl. dazu die oben Anm. 1 zitierte Arbeit von Erich Vogt.

²⁶ Sie war z. B. in Baden verbreitet und suchte ihre Stütze in Art. 545 des Code civil (bzw. des bad. Landrechts): „Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité.“

²⁷ Otto Mayer, II³ § 53. — Otto Mayers Theorie ist von der Rechtsprechung des Sächs. OVG. vorbehaltlos übernommen worden. Wachler und Naundorff, Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. OVG., I S. 24, Nr. 1 c. Mosel, HWB. I¹³, S. 979 f.

dieses besonderen Opfers ziehe verfassungsgemäß die staatliche Entschädigungspflicht nach sich.²⁸ Eine vierte Theorie endlich lehrt, Entschädigung schulde der rechtmäßig handelnde Staat nur in den Fällen, in denen ein Gesetz oder ein Gewohnheitsrecht eine Schadenersatzpflicht ausdrücklich anordne.²⁹

Jeder der erwähnten Lösungsversuche faßt das Problem als eine Kollision rechtmäßiger Interessen auf³⁰ und jeder von ihnen erblickt den Ausgleich für die Preisgabe des Privatinteresses in der vom Staate dem betroffenen Privaten geschuldeten Geldentschädigung. Keine dieser wissenschaftlichen Theorien will jedoch dem Privaten eine solche Entschädigung zusprechen wegen j e d e r Schädigung, die er durch rechtmäßige Handlungen der öffentlichen Verwaltung erleidet. Denn bestände eine so weitgehende Pflicht des Staates, so würde jeder neue Schritt der Verwaltung unübersehbare Schadenersatzansprüche auslösen. Es sind, darüber herrscht Einverständnis, stets nur besondere Fälle, die für die Entschädigungspflicht in Betracht fallen. Welches sind diese aber? Die drei zuerstgenannten Theorien versuchen, jede in ihrer Art, die Frage mit einer a l l g e m e i n e n F o r m e l zu beantworten. Darin liegt die werbende Kraft dieser Lehren. Die Theorie von den wohl erworbenen Rechten behauptet, Schadenersatz werde vom Staate wegen jeder Entziehung oder Beschränkung eines Individualrechtes geschuldet, dem eine besondere Stärke gegen staatliche Eingriffe zuerkannt sei.³¹ Die Theorie ist im Polizeistaat entstanden und hat dort, da andere Garantien gegen willkürliche Eingriffe des Staats in Freiheit und Eigentum der Bürger fehlten, den Untertan gegen den absoluten Herrscher geschützt. Im Verfassungsstaat sind besondere Rechtsschutzrichtungen (Beschwerde, Verwaltungsgerichtsbarkeit u. a. m.) vorhanden, die den Bürger gegen Willkür und Gesetzwidrigkeit der

²⁸ A n s c h ü t z , Komm.⁸, S. 398 f. und dort zitierte Literatur.

²⁹ Gegen eine allgemeine Entschädigungspflicht u. a. L o e n i n g , Verwaltungsrecht, S. 255. VerwArch. II, S. 461. v. S t e n g e l und A n s c h ü t z in den oben Anm. 1 zitierten Arbeiten. A n s c h ü t z ist seit seinem Komm.³ u. ⁴ zu RVerf. von 1919, Art. 153, von dieser Auffassung abgekommen. S. Anm. 27.

³⁰ Für das zivilrechtliche Gebiet: R u d o l f M e r k e l , Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, 1895. Z i t e l m a n n , Ausschluß der Widerrechtlichkeit (Archiv-Praxis Bd. 99 [1906], S. 1 ff.).

³¹ C. C h r i s t i a n s e n , Ueber erworbene Rechte, Kiel 1856. G i e r k e , Deutsches Privatrecht, I S. 192 ff.

Verwaltungsbehörden sichern. Damit ist dem Ersatzmittel, nämlich der Schadenersatzklage wegen Verletzung wohlervorbener Rechte, in weitem Umfang sein Geltungsbereich entzogen worden. In das geltende Recht übergegangen ist jedoch der Satz, daß individuelle Befugnisse, die in abgelaufenen Perioden der Rechtsentwicklung als private Vermögensrechte begründet wurden (Realgewerberechte, Kirchenstuhlvorrechte, Fischereigerechtsame, „ehehafte“ Wasserrechte u. dgl.) dauernd zum Vermögen der begünstigten Personen gehören und ihnen nur gegen volle Entschädigung entzogen werden können, gemäß den Grundsätzen über die Zwangsenteignung — auch wenn solche Rechte nach der modernen Gesetzgebung nur in veränderten Formen und zum Teil mit verändertem Inhalt neu zu entstehen vermögen. Innerhalb des Kreises der Individualrechte kennt übrigens heute in Deutschland die einfache Gesetzgebung im allgemeinen keine Gradunterschiede mehr. Anders das moderne Verfassungsrecht. Wenn heute die Weimarer Reichsverfassung z. B. von der Unverletzlichkeit der „wohlervorbenen Rechte der Beamten“ spricht, so weist sie damit selbst auf besondere, mit dem Wesen des deutschen Beamtenstaates untrennbar verbundene Rechte der Berufsbeamten hin, die sie auch unter der Herrschaft des neuen Freistaates aufrechterhalten will.³²

³² Vgl. Giese, Komm. zu Art. 129 RVerf., Erl. 5. Poetzsch, Handkomm.³, S. 435. Mosel, HWB.¹³, I S. 980; II S. 1084 („wohlervorbene Rechte“). Hans Abmann, Wohlervorbene Beamtenrechte³, 1925. — Ueber „wohlervorbene Rechte“ der Berufssoldaten (RVerf. Art. 129, Abs. 4) s. den Aufsatz von F. Koblner in Hirths Annalen Bd. 59 (1926), S. 389 f., insbes. S. 392—398. Gehört die Anstellung der Beamten auf Lebenszeit, wie sie auch RVerf. Art. 129 Abs. 1 Satz 1 vorsieht, zu den unverletzlichen „wohlervorbenen Rechten“ (RVerf. Art. 129, Abs. 1, Satz 3)? Die RVerf. Art. 104 hat die Gesetzgebung ermächtigt, für die Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit Altersgrenzen einzuführen und die Praxis nimmt deshalb mit Fug an, daß die Gesetzgebung hierzu auch für nichtrichterliche Beamte befugt sei. Streitig ist jedoch, ob auch auf die Beamten, die bei Einführung der Altersgrenzengesetze bereits im Amte gestanden haben, diese Vorschriften haben zur Anwendung gebracht werden dürfen. Das Reichsgericht hat — m. E. zu Recht — mit Urteil v. 14. März 1922 (RGerZ. 104, 58) zuungunsten der klagenden Beamten entschieden, da zu den „wohlervorbenen Rechten“ nicht alle Vorteile gehörten, die dem Beamten auf Grund der Anstellung zukommen. Insbesondere bestehe kein Rechtsanspruch der Beamten auf unveränderte Beibehaltung der individuellen Prüfung der Dienstunfähigkeit. Vgl. auch RGerZ. 104, 66; 111, 291. Vgl. über die ganze Streitfrage die Kommentare zur RVerf. Art. 104 und Art. 129 von Anschütz (Anhänger des reichsgerichtl. Urteils) und von Giese (Gegner des erw. Urteils) und

In den erwähnten Fällen handelt es sich um echte, erworbene subjektive Rechte der Einzelnen, während die Theorie von den wohl-erworbenen Rechten in dem Bestreben, einen Ersatzanspruch stets zu gewähren wenn die Billigkeit dies forderte, auch dazu gelangte, bloßen Interessen der Einzelnen den Stempel von individuellen Rechten aufzudrücken.³³ Diese Theorie vermag daher keine Begründung für eine allgemeine staatliche Entschädigungspflicht zu liefern. — Aber auch die Theorie vom „besondern Opfer“ ist hierzu nicht imstande. Jedes neue Unternehmen der öffentlichen Verwaltung erzeugt für die verschiedenen Klassen der Bürger ungleiche Schädigungen und ungleiche Vorteile. Das liegt im normalen Lauf der Dinge, und niemand denkt daran, daß hier Anlaß für eine finanzielle Ausgleichung nach der aktiven oder passiven Seite vorhanden ist. Erst wenn der Nachteil ein besonderes Opfer einer bestimmten Person darstelle, das durch den staatlichen Eingriff in den unmittelbaren rechtlichen Machtkreis des betreffenden Individuums auferlegt worden sei, werde Entschädigung geschuldet. Diese Auffassung gibt als altes Gewohnheitsrecht aus, was bloß eine alte Forderung der Billigkeit ist. Einen solchen Rechtssatz darf der Richter aber auch nicht aus seinem Rechtsgefühl frei heraus entwickeln. Das wäre ihm höchstens erlaubt, wenn sich das, was er für gerecht hält, zu einer allgemeinen Rechtsüberzeugung verdichtet hätte. Dafür fehlen aber die Voraussetzungen. Wir wissen, daß die staatlichen Akte und Einrichtungen für die Einzelnen in ungleichem Maße Vorteile und Nachteile erzeugen, und es gilt uns als selbstverständlich, daß der Begünstigte dem Staate eine Vorteilsausgleichung nur kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung schuldet; das Gesetz aber trifft eine solche Vorschrift nur für die Fälle, in denen nach seiner Auffassung der durch die öffentliche Tätigkeit dem Einzelnen zugewandte individuelle Vorteil das übersteigt, worauf jeder Einwohner einen unentgeltlichen Anspruch besitzt. Ebenso verhält es sich aber mit den Schädigungen. Die Anschauung darüber, ob eine bei rechtmäßiger Ausübung der öffentlichen Gewalt zugefügte Ver-

die dort zitierten Schriften und Gerichtssprüche; vgl. ferner für das reichsgerichtliche Urteil W. Jellinek 181, 200, 342, 355.

³³ So hat diese Theorie z. B. rein faktische Vorteile (Lage eines Grundstückes an einer öffentlichen Straße usf.) zu „Rechten“ gestempelt (Anliegerrecht). Fleiner, Umbildung zivilrechtl. Institute durch das öffentliche Recht, S. 20

mögensbeschädigung, die nicht durch die staatliche Aneignung eines Privatrechts verursacht worden ist, als ein von der allgemeinen Untertanenpflicht gefordertes Opfer vom Bürger stillschweigend getragen werden muß, hängt von der Stärke des Gemeinsinns der Einzelnen und von der Bedeutung ab, die man dem individuellen Vorteil beimißt, der durch den staatlichen Eingriff geschmälert worden ist. Eine solche Anschauung hat sich stets nur im Hinblick auf einen konkreten Eingriff entwickeln und daher nicht zu einem **a l l g e m e i n e n** Gewohnheitsrecht ausweiten können, das für eine unübersehbare Zahl voneinander abweichender Fälle Geltung beansprucht. Die Verbindung endlich dieser Theorie mit der Zwangsenteignung erscheint in Deutschland deshalb als unhaltbar, weil die Weimarer Reichsverfassung, in Uebereinstimmung mit ihren historischen Vorbildern, nämlich den alten Verfassungen der Gliedstaaten, die „Enteignung“ als eine **U e b e r e i g n u n g** von Rechten zugunsten eines öffentlichen Unternehmens auffaßt.

Aus diesen Erörterungen folgt, daß Entschädigung nur geschuldet wird, wenn ein Rechtssatz eine solche zuspricht.³⁴ In erster Linie hat man daher zu ergründen, ob eine ausdrückliche **g e s e t z l i c h e** Vorschrift vorhanden ist, welche die Entschädigung anordnet. Es braucht nicht wiederholt zu werden, daß — soweit eine Materie nicht reichsrechtlich geordnet ist³⁵ — die Landesgesetzgebungen bei der Beantwortung der Frage, für welche Schädigungen Ersatz geleistet wird, erheblich voneinander abweichen.³⁶ Schweigt das Gesetz, so

³⁴ Gegen die staatliche Entschädigungspflicht hat sich u. a. ein Erkenntnis der Jenenser Juristenfakultät v. 14. Juni 1879 mit eingehender Begründung ausgesprochen. **S e u f f e r t**, Archiv f. d. Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe, Bd. 37, S. 312. Vgl. auch oben Anm. 24.

³⁵ Eine solche reichsrechtliche Regelung enthält z. B. die ReichsGewO. § 51 (polizeiliche Untersagung eines Gewerbebetriebs gegen volle Entschädigung des Gewerbetreibenden). S. den Text der Stelle unten § 25. PrVBl. 34, 81. RGerZ. Bd. 80, S. 299 und dazu **L a n d m a n n - R o h m e r**, 1^o S. 637 f. **L a g e n s t e i n**, Gewerbepolizeierlaubnis, S. 132 ff. S. Näheres darüber unten § 25. Ferner Preuß. Wassergesetz von 1913, § 84 (Rücknahme einer Verleihung aus Gründen des öffentlichen Wohles gegen Entschädigung). Reichsviehseuchengesetz v. 26. Juni 1909, §§ 66 f. (Entschädigung für Tiere, die auf polizeiliche Anordnung usf. getötet wurden). RGes. v. 6. Juli 1904 zur Reblausbekämpfung: für die angeordneten Maßregeln wird von den Ländern Schadenersatz gewährt (§§ 5, 6 zit. Gesetz).

³⁶ Beispiele: Wegen Einziehung oder Niveauveränderung einer Ortsstraße wird in dem einen Staat Entschädigung gewährt, im andern gar nicht oder nur in beschränktem Umfang (vgl. z. B. über die Entwicklung in Baden:

darf trotzdem nicht der rasche Schluß gezogen werden, es gehe der durch den staatlichen Eingriff geschädigte Bürger leer aus. Denn wenn es auch einen *a l l g e m e i n e n* gewohnheitsrechtlichen Satz über die öffentlich-rechtliche Entschädigung nicht gibt, so ist doch in allen deutschen Staaten bei gewissen Arten von staatlichen Eingriffen die Vorstellung, die staatliche Entschädigungspflicht entspreche der Gerechtigkeit, so allgemein geworden, daß sie sich zu einer festen Rechtsüberzeugung verdichtet hat. Diese hat dabei regelmäßig nur den durch den staatlichen Eingriff verursachten Schaden berücksichtigt und hat nicht unterschieden, ob dieser Schaden durch eine Vernichtung oder Beschränkung von subjektiven (privaten oder öffentlichen) Rechten des Individuums oder von bloß tatsächlichen Vorteilen (Vorteil der Lage eines Hauses usf.) veranlaßt worden ist.³⁷ Wenn die Gerichte auf derartige feste und seit langem eingewurzelte Rechtsüberzeugungen gestoßen sind, haben sie diese mit Hilfe überlieferter Formeln zu rechtfertigen versucht, und so hat auch das bequeme Dogma von der Unverletz-

Walz, Bad. Ortsstraßenrecht, 1900, S. 329. Flad, Bad. Ortsstraßengesetz, 1909, S. 331 ff., dazu Neue württ. Bauordnung v. 28. Juli 1910, Art. 18). Wegen der Verhängung einer Bausperre wird in beschränktem Umfang Entschädigung gewährt nach dem preuß. Fluchtliniengesetz von 1875, § 13, keine Entschädigung dagegen nach dem bad. Ortsstraßengesetz von 1908, §§ 6, 30 und der württ. Bauordnung von 1910, Art. 15. Vgl. dazu die Artikel „Bauwesen“ im WBStVR. Bd. 1² S. 308 ff. Entsch. d. Schweiz. Bundesgerichts Bd. 31 (1905), Teil 2, S. 543 (keine Entschädigung bei Bauverbot). — Besonders interessant: Reichsgesetz betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten v. 30. Juni 1900, § 28 (Entschädigung von Arbeitern für den Lohnausfall infolge von sanitärischer Absonderung). — In weitgehendem Maße haben die neuen Wassergesetze Preußens und Badens den Interessenten, welche durch Herstellung, Verbesserung und Ausbau von Wasserwegen oder infolge der Verleihung von Sondernutzungsrechten (Stauwehren usw.) geschädigt werden, Ersatzansprüche zugebilligt. Z. B. Preuß. Wassergesetz v. 7. April 1913, §§ 45, 51, 77, 157, 159 ff.; nach § 45 ist jedoch Entschädigung nur „insoweit zu gewähren, als die Billigkeit nach den Umständen eine Schadloshaltung erfordert“. Bad. Wassergesetz v. 12. April 1913, §§ 41, 110 usw.

³⁷ v. Tuhr, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, Bd. I, S. 156, 319, 320. — Eine Verletzung eines subjektiven *ö f f e n t l i c h e n* Rechts liegt vor, wenn die Verwaltungsbehörde von dem Eisenbahnkonzessionär im öffentlichen Interesse Leistungen verlangt, die nicht in den Konzessionen vorgesehen sind; die Praxis läßt in solchen Fällen einen Entschädigungsanspruch zu (vgl. unten § 20). Ueber einen analogen Fall, nämlich die Entschädigung wegen Verkürzung des Beamtengehalts: Entsch. des Schweiz. Bundesgerichts 16 (1890), S. 435.

lichkeit „wohlerworbener Rechte“ sein Leben weiter gefristet. So haben die Gerichte nicht selten, um die Schadenersatzpflicht aus ihnen vertrauten Anschauungen heraus zu begründen, ihre Zuflucht zu der Behauptung genommen, das durch den staatlichen Eingriff geschädigte Recht des Individuums habe auf einem zwischen der öffentlichen Verwaltung und dem Privaten geschlossenen Vertrag beruht; der staatliche Eingriff stelle somit eine zu Schadenersatz verpflichtende Vertragsverletzung dar. Auf diese Weise hat die Rechtsprechung in der Rheinprovinz und im Gebiete des Allgemeinen Landrechts, um bei der Verlegung von Ortsstraßen die von der allgemeinen Rechtsüberzeugung geforderte Entschädigungspflicht der Gemeinden zu beweisen, zu der Theorie gegriffen, es sei zwischen dem Straßenanlieger und der Gemeinde durch stillschweigenden Vertrag ein besonderes servitutarisches Anliegerrecht begründet worden.³⁸ In Wirklichkeit ist unter dieser falschen Flagge ein Gewohnheitsrecht gesegelt. Nachdem die Flagge ihren Dienst getan, ist es nunmehr unsere Aufgabe, die wahre Natur des Satzes, den sie gedeckt hat, zu erkennen und zur Geltung kommen zu lassen.

Ersatzpflichtig ist regelmäßig derjenige Verband (Staat, Gemeinde usw.), in dessen Interesse der Eingriff vorgenommen worden ist.³⁹ Gegenstand der Ersatzpflicht bildet der durch den obrigkeit-

³⁸ Es genügt zu verweisen auf *Germershausen*, *Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen*, 3. Aufl., I S. 147, und vor allem auf die eingehende Abhandlung von *W. Dreyer*, *Der Entschädigungsanspruch der Straßenanlieger* (*VerwArch.* 17, 195; 20, 161 und die dort in umfassender Weise angeführte Literatur und Judikatur). *W. Jellinek*, 388, 483. Dazu noch die Urteile des *RGerZ.* v. 2. Dez. 1908, 16. Sept. 1911 und 8. Juli 1912 (*Entsch. Bd.* 70, S. 77; *Soergel*, V 354; *PrVBl.* 34, 151). *Kamptz* und *Delius*, *Rechtsprechung, Erg.-Bd.* 1906—1910, S. 114 ff. Siehe auch unten § 23. Vgl. ferner *Herbert Schelcher*, *Entschädigung des Straßenanliegers* (*Fischers Zft.* Bd. 34 [1908], S. 1 ff.).

³⁹ Wenn gemäß *GewO.* § 51 wegen überwiegender Nachteile und Gefahren für das Gemeinwohl die fernere Benützung einer gewerblichen Anlage durch die höhere Verwaltungsbehörde untersagt wird, so ist der öffentlich-rechtliche Verband (Staat, Gemeinde) ersatzpflichtig, welcher aus der Einstellung den Vorteil zieht. *Landmann-Rohmer*, I⁸ S. 643 f. *Gierke*, *Deutsches Privatrecht*, II S. 473. *RGerZ.* Bd. 78, S. 340; Bd. 80, S. 299 (Staat und Gemeinde als Gesamtschuldner). Nach dem *Reichsviehseuchengesetz* v. 26. Juni 1909 § 67 müssen die Entschädigungen für Tiere, die auf polizeiliche Anordnung getötet worden sind, aus Staatsmitteln bestritten werden, während für alle übrigen Fälle die Landesgesetzgebung frei bestimmen darf, von wem Entschädigung für Viehverluste zu gewähren ist.

lichen Eingriff entstandene Vermögensschaden.⁴⁰ Diesen — und nur diesen — hat der Verpflichtete in Geld auszugleichen.⁴¹ Daher darf er bei der Bemessung der Schadensersatzsumme auch die allfälligen Vorteile in Anrechnung bringen, die dem Vermögen des Geschädigten zugeführt worden sind durch die Errichtung des öffentlichen Unternehmens (Verbreiterung einer Straße, Veränderung des Flußlaufs usf.), zu dessen Gunsten der Eingriff erfolgt ist.⁴²

II. Im Kreise der besprochenen Erscheinungen nimmt, wie gezeigt wurde, die *Zwangsenteignung* im eigentlichen Sinne (Expropriation) eine besondere Stellung ein.⁴³ Die maßgebenden

⁴⁰ Der Anspruch verjährt im allgemeinen in 30 Jahren. RGerZ. Bd. 78, S. 202.

⁴¹ Nur für den erlittenen Vermögensschaden wird grundsätzlich Ersatz gewährt — auch bei der Entschädigung unschuldig Verhafteter und unschuldig Verurteilter (vgl. das oben Anm. 22 zitierte Reichsgesetz von 1898, § 2 und Reichsgesetz von 1904, § 3). Wie oben im Text hervorgehoben wurde, liegt ein Vermögensschaden nicht bloß bei Verletzung von Vermögensrechten, sondern auch bei Verletzung von vermögenswerten Rechtsgütern und Interessen vor. v. Tuhr, Allg. Teil des Bürgerl. Rechts, I S. 320. Nicht jeder durch den staatlichen Eingriff verursachte Nachteil ist jedoch Schaden im Rechtssinn. Bestritten ist in dieser Hinsicht, ob die Verscheuchung von Wild durch Truppenübungen für den Jagdberechtigten einen „Schaden“ darstellt, der nach dem Naturalleistungsgesetz v. 24. Mai 1898 (i. d. Fassung v. 6. April 1925), § 14, von der Militärbehörde entschädigt werden muß. Laband, Staatsrecht, IV⁵ S. 281, verneint die Frage mit Recht, Karl Dickel bejaht sie („Ueber das Hegerecht des sog. Jagdberechtigten und die Ersatzpflicht des Militäriskus für Schädigung der Jagd durch Truppenübungen“, Festgabe der Berliner jurist. Fakultät f. Gierke, Bd. II [1910], S. 357, besonders S. 490). — Die Höhe einer öffentlich-rechtlichen Schadensersatzsumme ist im Zweifel nach Billigkeit zu bemessen. Dies hebt ausdrücklich das Preuß. Wassergesetz § 45 hervor.

⁴² Ueber die ganze Frage F. Fleiner, Öffentlich-rechtliche Vorteilsausgleichung (Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Basel für Andreas Heusler, 1904, S. 92 ff., insbes. 110 ff.). Ausdrücklich wird bei der Zubilligung öffentlich-rechtlicher Entschädigung die Vorteilsanrechnung verfügt in den Vorschriften des preußischen und des badischen Wasserrechtes. Preuß. Wassergesetz von 1913, §§ 3, 84; Bad. Wassergesetz von 1913, § 110, Ziff. 3. Berechnung des Wertes nach der inneren Kaufkraft des Geldes zur Zeit des Urteils (Aufwertung): RGerZ. 16. Febr. 1925 (Fischers Zft. 58, 66; DJZ. 1925, 513).

⁴³ Die Darstellung des Textes beabsichtigt, nicht mehr zu erörtern, als die Grundgedanken. Ausgezeichnete Uebersichten über das geltende Recht der Zwangsenteignung geben Gierke, Deutsches Privatrecht, II S. 464 ff. (dasselbst auch reiche Literaturangaben) und Leo Wittmayer, Art.

Grundsätze wurden in Deutschland seit der Einführung der Verfassungsurkunden in den Gliedstaaten (Ländern) durch allgemeine Expropriationsgesetze ausgebildet. Die Weimarer Reichsverfassung von 1919 hat dann im Anschluß an ihre Eigentumsgarantie (Art. 153) vier Leitsätze für die Enteignung überhaupt aufgestellt: Zulässigkeit der Enteignung 1. nur zum Wohle der Allgemeinheit; 2. nur auf gesetzlicher Grundlage; 3. gegen angemessene Entschädigung; 4. Entschädigungsfeststellung im Streitfalle „auf dem Rechtsweg bei den ordentlichen Gerichten.“ — Soweit die bisherigen Landesgesetze mit diesen Grundsätzen übereinstimmen, sind sie in Kraft geblieben. Das Reich hat von der Zuständigkeit, für seinen Bereich ein allgemeines Enteignungsgesetz zu erlassen (RVerf. Art. 7, Ziff. 12) noch keinen Gebrauch gemacht. Hält man die Grundsätze der Reichsverfassung mit denen zusammen, auf denen die Landesgesetze beruhen, so gewinnt man einen Stamm von übereinstimmenden Vorschriften, welche die deutsche Auffassung der Enteignung zum Ausdruck bringen.⁴⁴ Aber die Gesetze der Kriegs- und der Nachkriegszeit haben an zahlreichen Stellen die alten strengen Grundsätze des deutschen Enteignungsrechtes entsprechend den wirtschaftlichen und politischen Bedürfnissen der Zeit durchlöchert und gelockert. Um so ratsamer erscheint es, in den folgenden Erörterungen zunächst die festen überlieferten Formen der Zwangsenteignung darzustellen, die auch heute noch für alle Enteignungen verbindlich sind, für die keine neue abweichende Regelung besteht. Erst an zweiter Stelle soll auf die neuen Auffassungen hingewiesen werden.

„Enteignung“ im HWStW.⁴, 1924. Schelcher, Art. „Enteignung“ WStVR. I² S. 717 f. Vgl. ferner Layer, Prinzipien des Enteignungsrechts, 1902 (Staats- und völkerrechtl. Abhandlungen von Jellinek und Anschütz, Bd. III). Otto Mayer, II §§ 33, 34 (2. und 3. Aufl.). Robert Haab, jun., Das Objekt der Expropriation, 1916 (Gmürs Abhandlungen z. schweiz. R., Heft 73). Schelcher, Eigentum und Enteignung nach der RVerf. (Fischers Zft. 60 [1927], S. 137). Ferner Hans Müller, Das Enteignungsrecht i. d. Schweiz (Schweiz. Zbl. f. Staats- u. Gemeindeverw. 15, 85 f.). Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, 585 f. W. Marwitz Art. Enteignung HWR. II 272. Jabino Alvarez Gendin, Expropriacion Forzosa, Madrid 1928. Aus der Kommentarliteratur: Georg Eger, Das preuß. Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum v. 11. Juni 1874, 3. Aufl., 2 Bde., 1911. Schelcher, Das Enteignungsgesetz für das Königreich Sachsen v. 24. Juni 1902, Leipzig 1903. Weitere Literatur s. oben Anm. 1 und W. Jellinek S. 387.

⁴⁴ Für das französische Recht: Hauriou, Précis de Droit adm.¹¹ p. 725 suiv. Für Oesterreich: Herrnritt, Oesterr. VerwR., S. 59 f.

1. Enteignung ist Entziehung oder Beschränkung eines privaten oder öffentlichen Einzelrechts durch einen Akt der Staatsgewalt zugunsten eines bestimmten öffentlichen Unternehmens. Enteignung und Uebereignung ergreifen die Objekte, die für das konkrete öffentliche Unternehmen notwendig sind. Objekte der Expropriation waren ursprünglich nur Grundeigentum und beschränkte dingliche Rechte. Trotzdem der Kreis der der Expropriation unterworfenen Objekte im Laufe der Zeit erweitert wurde,⁴⁵ ist die Enteignung von Grundeigentum und der ihm gleichgestellten dinglichen Rechte der Hauptfall der Expropriation geblieben, an den die Enteignungsgesetze zuerst denken. Das Ziel der Expropriation ist, dem Enteigner (Exproprianten) die volle Herrschaft über die an einem Grundstück bestehenden Rechte zu verschaffen, deren er, der Expropriant, für Errichtung und Betrieb seines Werkes (Straße, Kanal, Krankenhaus usf.) bedarf. Darum ist die Expropriation darauf gerichtet, dem Exproprianten Eigentum oder ein anderes dingliches Recht (z. B. Wegrecht) zuzuführen oder zugunsten des Exproprianten beschränkte dingliche Rechte, z. B. Dienstbarkeiten oder nachbarrechtliche Beschränkungen, aufzuheben, die der Herrschaft des Exproprianten über eine Sache entgegenstehen.⁴⁶

Die Expropriation erfolgt regelmäßig zu dem Zwecke, dem Exproprianten private Rechte zu verschaffen. In diesem Sinn ist sie ein öffentlich-rechtlicher Akt mit privatrechtlichen Wirkungen.⁴⁷ Aber der Expropriant (Enteigner) leitet sein Recht nicht von der Person des bisherigen Berechtigten ab. Dieser ist bei dem ganzen Vorgang nur passiv beteiligt: er muß die Rechtsentziehung über sich ergehen lassen.⁴⁸ Die Zwangsentzeignung vermittelt originären Rechtserwerb. Darum erlöschen von Gesetzes wegen mit dem Uebergang des enteigneten Rechts auf den Exproprianten alle dinglichen

⁴⁵ Den dinglichen Rechten stellt in extensiver Interpretation die Praxis der meisten Staaten auch subjektive öffentliche Rechte von Vermögenswert gleich: Wasserkraft, Bürgernutzen usf. Sie können Gegenstand der Enteignung sein, selbständig oder als Bestandteil eines Grundstückes. *L a y e r*, Enteignungsrecht, S. 567 f. *E g e r*, Preuß. Enteignungsgesetz, I S. 102 f. *H a a b*, Objekt der Expropriation, S. 41 f.

⁴⁶ Keine Enteignung liegt vor, wenn der Staat einen Gegenstand um seiner selbst willen begehrt: *JW.* 1927, 1290.

⁴⁷ *L a b a n d*, Das Wesen des Retrakts und der Expropriation (Archiv-Praxis Bd 52, S. 151).

⁴⁸ *K o r m a n n*, Rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 112. *S c h e l c h e r*, Sächs. Enteignungsgesetz, S. 23 ff.

Rechte, die auf der Sachherrschaft des Enteigneten (Expropriaten) beruht haben, und ferner ist bei der Expropriation der Eigentumsübergang unabhängig von der Eintragung in das Grundbuch.

Nur der Herrscher Staat besitzt die Gewalt, den Bürgern Privatrechte in dieser Weise zu entziehen. Er ist überall der Enteigner (Expropriant). Das schließt nicht aus, daß er enteignet zugunsten eines öffentlich-rechtlichen Verbands innerhalb des Staats (Gemeinde, Kommunalverband usf.) oder gar eines Privaten, der auf Grund staatlicher Konzession ein öffentliches Unternehmen betreibt (Eisenbahnunternehmen). Eine solche „Verleihung des Enteignungsrechtes“ begründet in der Person des „Unternehmers“ ein subjektives öffentliches Recht, kraft dessen er vom Staate verlangen darf, daß dieser zu seinen, des Unternehmers, Gunsten Dritten dingliche Rechte entzieht, und daß er ihn im Expropriationsverfahren als beteiligte Partei zuläßt.⁴⁹

a) In jedem deutschen Staat hat ein allgemeines Expropriationsgesetz die Voraussetzungen und das Verfahren der Expropriation bestimmt.⁵⁰ Neben diesen allgemeinen Gesetzen gibt es für Spezialzwecke noch Spezialgesetze.⁵¹ Ueberall ist die Expropriation nur

⁴⁹ Die verschiedenen Meinungen über die Frage stellt zusammen Otto Fischer, Expropriationsverträge (Heidelberger juristische Doktordissertation, 1910), S. 9 ff. Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 91. Jacobi, Arbeitsrecht, S. 379. — Verleihung des Enteignungsrechts an die Reichsbahngesellschaft gemäß dem Reichsgesetz v. 30. Aug. 1924, § 38. Weitere Verleihungsfälle: Bitter, HWB. I⁸ S. 450. HWR. II 276. In der Schweiz besitzt gemäß dem BGes. von 1872 Art. 12 jede mit der Eisenbahnkonzession des Bundes ausgestattete Eisenbahngesellschaft von Gesetzes wegen das Expropriationsrecht. Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 480, 586.

⁵⁰ Eine Zusammenstellung der Gesetze bei: Georg Meyer-Dochow, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts⁴, § 54. H. Rottmann, Ueberblick über die Enteignungsgesetzgebung (Bayr. VerwBl. 73, 305).

⁵¹ Ein solcher spezieller Expropriationsfall ist z. B. das in den Eisenbahngesetzen dem Staate vorbehaltene Recht des „Rückkaufs“ einer Privatbahn. Gierke, Deutsches Privatrecht, II S. 469, Anm. 17. Fritsch im HWStVR., 2. Aufl., I S. 664. Ders., Deutsch. Eisenbahnrecht, (1927) S. 20 f., 429, 435. Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 469 f. A. M.: Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 148; er erblickt in der „Rückkaufsklausel“ der Eisenbahnkonzessionen einen Widerrufsvorbehalt. Vgl. auch unten § 20. — In diesem Zusammenhang sind ferner zu erwähnen das Preuß. Quellenschutzgesetz v. 14. Mai 1908, das zur Expropriation von gemeinnützigen Quellen ermächtigt, die vom Eigentümer nicht in einer den Bedürfnissen der öffentlichen Gesundheitspflege entsprechenden Weise unter-

für ein gemeinnütziges Unternehmen zulässig; zur Förderung rein fiskalischer Zwecke ist sie ausgeschlossen.⁵² Ein „Expropriationsfall“ liegt nur vor, wenn ein in einem bestimmten Unternehmen verkörpertes öffentliches Interesse die Aufopferung eines Einzelrechtes fordert.⁵³ Den Schutz gegen eine Ueberspannung des öffentlichen Interesses haben einzelne Gesetzgebungen (z. B. Bayern) durch Aufstellung eines allgemeinen Kataloges der Expropriationsfälle zu erreichen versucht. Dadurch ist jedoch die Bewegungsfreiheit der Verwaltung wesentlich erschwert worden. Andere Staaten (Hamburg, Lübeck, Bremen) verlangen für jeden Fall der Zwangsenteignung einen besonderen Beschluß der gesetzgebenden Behörde. Die meisten deutschen Landesgesetze dagegen behalten im allgemeinen die Entscheidung über die Zulässigkeit der Expropriation einer von Fall zu Fall zu erlassenden besonderen Verfügung des Staatsministeriums vor (Preußen, Württemberg, Sachsen, Baden usf.), die für Gerichte und Verwaltungsbehörden bindend ist.⁵⁴ Diese

halten werden (JahrböfR. III 463). Ueber Zwangsenteignung zum Zwecke der Feldbereinigung s. WBSTVR. 3 I 752, Art. „Feldbereinigung“. Ueber die „Umlegung“ von Grundstücken s. unten Anm. 56.

⁵² Ein Unternehmen „zum allgemeinen Wohl“ liegt auch vor, wenn z. B. ein Elektrizitätswerk von Privaten betrieben wird, falls es bestimmungsgemäß die Gemeinden mit elektrischer Energie versorgt. Fischers Zft. 58, 263; JW. 53, 209. Aber niemals darf das Enteignungsrecht an ein öffentliches oder privates Unternehmen verliehen werden zu dem Zwecke, damit ihm die Erweiterung, für die die Expropriation verlangt wird, vermehrte Einnahmen zuführe. Gegen diesen Grundsatz verstößt der in den Entsch. d. Schweiz. Bundesgerichts abgedruckte Fall: Entsch. 51 I S. 241 (Urteil v. 15. Juli 1925 i. S. Baselland gegen Bundesrat).

⁵³ Ueber das öffentliche Interesse bei der Expropriation: L a y e r, Prinzipien des Enteignungsrechts, S. 176—226. Zu einer Kollision kommt es, wenn für ein mit dem Expropriationsrechte ausgestattetes Unternehmen ein Objekt beansprucht wird, das selbst einem öffentlichen Zwecke dient und das vielleicht sogar seinerzeit selbst durch Expropriation dem betreffenden öffentlichen Unternehmen gewidmet worden ist. In solchen Fällen hat die zuständige Verwaltungsbehörde darüber zu entscheiden, welches Interesse vorgeht. (Eine Vorschrift dieses Inhalts im Württ. Zwangsenteignungsgesetz, Art. 3.) Als ausgeschlossen erscheint, daß z. B. der mit dem Expropriationsrechte ausgestattete Eisenbahnunternehmer einen öffentlichen Weg einfach expropriieren dürfe. Otto M a y e r, Eisenbahn- und Wegerecht (ArchöfR. 15, S. 511; 16, S. 38, 203). Ueber die ganze Frage: S c h e l c h e r, Sächs. Enteignungsgesetz, S. 52 ff. E g e r, Preuß. Enteignungsgesetz, I S. 15 ff. G. E g e r, Die Kollision mehrerer Enteignungsrechte (Eisenbahn-Entsch. 18 [1902], S. 164 f.).

⁵⁴ F l e i n e r, Einzelrecht und öffentl. Interesse, S. 20 ff. Nur in Bayern

Lösung setzt die Verwaltungsbehörde in den Stand, bei der Zulassung der Expropriation den fortschreitenden Anforderungen der Zeit Rechnung zu tragen.⁵⁵

b) Die Enteignung darf dem Privaten nicht mehr wegnehmen, als für die Errichtung des öffentlichen Unternehmens unbedingt erforderlich ist. Daher ist Totalenteignung eines Grundstückes ausgeschlossen, wenn mit der Teilenteignung den Zwecken des öffentlichen Unternehmens genügend gedient ist, und zu einer Entziehung des Eigentums darf überhaupt nicht geschritten werden, wenn zur Befriedigung des öffentlichen Bedürfnisses die Auferlegung einer Servitut ausreicht.⁵⁶

ist die Frage, ob das einzelne, an sich zur Erwerbung des Expropriationsrechts geeignete Unternehmen in concreto „öffentlichen notwendigen und gemeinnützigen Zwecken dient“ zur Verwaltungsrechtssache gestempelt, über die in erster Instanz die Kreisregierung, in zweiter Instanz der Verwaltungsgerichtshof zu urteilen hat. *Soergel*, V 324. v. *Seydel-Piloty*, *Bayr. Staatsrecht*, I S. 889. *Dyroff*, *Bayr. VerwGerGes.*⁶, S. 299.

⁵⁵ *Bayr. VGH*. 19. April 1911: Die „Abtretungspflicht“ greift nicht nur dann Platz, wenn das Unternehmen ohne die in Anspruch genommenen Grundstücke überhaupt nicht zu erreichen ist, sie tritt schon dann ein, „wenn der ins Auge gefaßte Zweck nach allen vorliegenden Umständen am besten und sachgemäßesten durch die Verwendung bestimmter Grundstücke erreicht wird“. *Soergel*, IV S. 442. Ueberblick über die Expropriationsfälle bei *Eger*, *Preuß. Enteignungsgesetz*, I S. 20.

⁵⁶ Demselben Gedanken ist die Vorschrift einzelner Gesetze über den „Rückerwerb“ expropriierten Gutes entsprungen: wird das Unternehmen nicht ausgeführt, so sollen der Enteignete und seine Erben gegen Rückzahlung der Expropriationsentschädigung das nicht verwendete Grundstück zurückverlangen können. *Schelcher*, *Sächs. Enteignungsgesetz*, S. 448 und dort zitierte Stellen. *Layer*, *Enteignungsrecht*, S. 432 f. — In Abweichung von diesen Grundsätzen über die Beschränkung der Expropriation auf das unbedingt Erforderliche gewähren die meisten Gesetze bei der Teilenteignung dem Expropriaten das Recht, vom Exproprianten die Uebernahme des ganzen Grundstückes verlangen zu dürfen, „wenn das Grundstück durch die Abtretung so zerstückelt werden würde, daß das Restgrundstück nach seiner bisherigen Bestimmung nicht mehr zweckmäßig benutzt werden kann“ (*Preuß. Enteignungsgesetz* § 9). *Layer*, *Enteignungsrecht*, S. 422 ff. Man spricht hier von einem „Ausdehnungsrecht“. Andererseits haben neuere, namentlich außerdeutsche Gesetze ausnahmsweise den Stadtverwaltungen als Exproprianten die Enteignung ganzer Zonen gestattet (Zonenexpropriation), um in städtischen Quartieren bessere sanitäre Zustände herbeiführen zu können. *Flieiner*, *Oeffentlich-rechtliche Vorteilsausgleichung* (Festgabe der jurist. Fakultät Basel f. *Heusler*, 1904), S. 108 ff. *Entsch. des Schweiz. Bundesgerichts* 31 (1905), Teil I, S. 645. *Bredt*, *Die Zonenenteignung*, 1909. *Emerich*, *Art. „Zonenenteignung“ HWB. Komm. W. IV*. Ueber das neuere französische

c) Die Zwangsenteignung darf nur gegen vorgängige volle Geldentschädigung erfolgen.⁵⁷ Diese hat alle, auch die indirekten, Nachteile auszugleichen,⁵⁸ welche dem Vermögen des Expropriaten durch die Expropriation zugefügt werden. Die Enteignungsent-schädigung ist bestimmt, das Gleichgewicht herzustellen zwischen dem Zustand des Vermögens des Expropriaten vor der Enteignung und dem nach der Enteignung.⁵⁹ Daher sind bei der Teilenteignung,

Recht: J è z e , im JahrböfR. VII 316. H a u r i o u , Précis d. droit adm.¹¹, p. 730 (loi 6 nov. 1918 sur l'expropriation par zone). — Ebenso ist zur Gewinnung günstigerer Ueberbauungsverhältnisse in Frankfurt a. M., gestützt auf ein preußisches Spezialgesetz (lex Adickes) v. 28. Juli 1902, 8. Juli 1907, das später durch die Gesetze v. 28. Juli 1911 auf die Städte Posen und Köln und durch die Gesetze v. 3. Juni 1912 und 5. Juni 1913 auf Wiesbaden und Griesheim a. M. ausgedehnt wurde, und ferner im Großherzogtum Baden, gestützt auf das Ortsstraßengesetz von 1908, §§ 13 ff., die sog. Umlegung von Grundstücken eingeführt worden, d. h. die zwangsweise Zusammenlegung und Neueinteilung von Bauplätzen. Bitter, HWB. II ², S. 751, Art. „Umlegung von Grundstücken“. F l a d , Bad. Ortsstraßengesetz, S. 86 ff. 238 ff. Betr. Sachsen: Mosel, HWB.¹³ I 223. v. Ziegler, Umlegung von Baugrundstücken i. d. deutschen Gesetzgebung (Hirths Annalen 1906, 201). Betr. Umlegung landwirtschaftlicher Grundstücke: Preuß. Umlegungsverordnung 21. Sept. 1920. Peters i. Brauchitsch IV ¹⁷, S. 315. H u e d e G r a i s ²⁴, S. 745. Bayr. Flurbereinigungsgesetz v. 5. Aug. 1922. M o l i t o r , Landwirtschaftsrecht, 1923.

⁵⁷ Dem Expropriaten steht es frei, an Stelle der Geldentschädigung eine vom Unternehmer angebotene Naturalentschädigung (Grundstücke, elektrische Energie u. a. m.) anzunehmen. Aber weder ist der Enteignete hierzu verpflichtet, noch der Unternehmer berechtigt, Naturalentschädigung aufzudrängen, es wäre denn, daß Spezialgesetze dies besonders anordneten. Das trifft z. B. bei der Zusammenlegung der Grundstücke zum Zwecke der sog. Feldbereinigung zu. Ein interessanter Fall ist ferner im Schweiz. Zivilgesetzbuch Art. 711 erwähnt: Wenn eine Quelle enteignet wird zu Zwecken einer Trinkwasserversorgung, so kann die Entschädigung des Eigentümers in der Zuleitung von Wasser aus der neuen Anlage bestehen. S. auch Schweiz. BGes. ü. d. Nutzbarmachung der Wasserkräfte v. 23. Dez. 1916, Art. 47, Abs. 2: „Werden Besitzer von bestehenden Wasserwerken oder andere Nutzungsberechtigte in ihrem Nutzungsrecht beeinträchtigt, so können sie nach dem Ermessen des Gerichts ganz oder teilweise durch Abgabe von Wasser oder Kraft entschädigt werden.“

⁵⁸ Aber nur soweit sie durch die Expropriation verschuldet sind. RGerZ. Bd. 80, S. 329 (Wertzuwachssteuer?); Spruchsammlung 1912 der DJZ. S. 178 (gezahlte Anliegerbeiträge?).

⁵⁹ RGerZ. 27. Jan. 1925: Der Enteignete ist so zu stellen, wie wenn er das Eigentum nicht verloren hätte; dabei ist bei Beurteilung des Geldstandes die wirkliche Kaufkraft des Geldes entscheidend (Fischers Zft. 58, 287). Maßgebend für den Geldwert (Aufwertung) ist der Zeitpunkt des Urteiles. Fischers

sofern die Gesetze nicht ausdrücklich ein anderes vorschreiben, die Vorteile, die dem Restbesitz des Expropriaten infolge der Errichtung des neuen öffentlichen Unternehmens zufließen, auf die Entschädigungssumme anzurechnen.⁶⁰ Die Höhe der Entschädigung wird durch besondere Schätzungskommissionen festgestellt. Doch steht es dem Expropriaten und dem Exproprianten frei, nach ergangenem Spruch der Schätzungskommission die Entscheidung des ordentlichen Richters anzurufen.⁶¹

d) Das Expropriationsverfahren gliedert sich in vier Stadien, deren Aufgaben aus den vorstehenden Erörterungen ersichtlich sind: Bestimmung des Expropriationsfalles, Feststellung des Expropriationsobjektes, Feststellung der Entschädigung⁶², Vollziehung der Expropriation. Dieser letzte Akt stellt den Abschluß, das Ziel des ganzen Verfahrens dar. Er setzt somit voraus, daß alle Stadien formgerecht durchlaufen und alle Anstände beseitigt sind. Dazu gehört aber, daß die Entschädigungssumme gezahlt oder sichergestellt ist. Denn nach allen Verfassungsurkunden ist die Expropriation nur zulässig nach v o r g ä n g i g e r voller Entschädigung des Enteigneten. Ist dies alles in Ordnung, so wird die Rechtsver-

Zft. Bd. 58, S. 59; Bd. 59, S. 119; DJZ. 1925, S. 750, 1805; RGerZ. 15. Jan. 1924: Die Geldentwertung ist bei Bemessung der Entschädigungssumme voll zu berücksichtigen (Fischers Zft. 57, 253). T i e t z, Der Einfluß d. Geldentwertung auf die Enteignungsentschädigung (JW. 1928, 456). Ueber die Enteignungsentschädigung (Expropriationssumme) im allgemeinen: Walther B u r c h a r d t, Zft. f. Schweiz. Recht, n. F. 32, 45.

⁶⁰ Das ist sehr bestritten. Vgl. die nähere Begründung bei F l e i n e r, Öffentlich-rechtliche Vorteilsausgleichung, S. 111 ff. E g e r, Preuß. Enteignungsgesetz, I S. 264 ff. und dort zitierte Autoren. R. S t r a u b, Die Wertbemessung nach badischem Enteignungsrecht, Heidelberger Dissertation, 1911, S. 55 ff. Das Reichsgericht versucht zwischen den allgemeinen Vorteilen, welche das Unternehmen jedermann bringt, und den besonderen Vorteilen zu unterscheiden, welche dem Expropriaten speziell erwachsen. Nur die besonderen Vorteile erklärt es für anrechnungsfähig. RGerZ. Bd. 53, S. 194; Bd. 57, S. 242; Eisenbahnrechtl. Entscheidungen Bd. 28, S. 437. Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts 29 (1903), II, S. 222. F l e i n e r, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 588. M a r w i t z i, HWR. II 275. M o s e l, HWB.¹⁸ I S. 503.

⁶¹ Die RVerf. Art. 153 (Rechtsweg obligatorisch) hindert nicht, daß zunächst Verwaltungsbehörden die Entschädigungssumme festsetzen, wenn nur hinterher der Rechtsweg offen steht. RGerZ. 30. Okt. 1925 („Staats- und Selbstverwaltung“ 7, 245).

⁶² Klage auf Einleitung der Entschädigungsfeststellung (preuß. Recht): RGerZ. Bd. 69, S. 159; Bd. 78, S. 425; Spruchsammlung 1912 der DJZ. S. 179.

änderung vollzogen durch eine Verfügung der zuständigen Staatsbehörde.

Der Expropriant (oder der Unternehmer) und der Expropriat haben es regelmäßig in der Hand, die Umständlichkeiten dieses Verfahrens abzuschneiden durch Abschluß eines Vertrages, in dem entweder eine Einigung über das Expropriationsobjekt oder über die Höhe der Entschädigung oder über beides zugleich herbeigeführt wird. Solche Verträge bilden einen Teil des Expropriationsverfahrens. Sie stehen unter dem Bann der Expropriation; ihr Gegenstand bildet somit ein durch das öffentliche Recht geregeltes Rechtsverhältnis. Damit ist ausgesprochen, daß diese Verträge selbst dem öffentlichen Rechte unterstellt sind.⁶³

2. Die in den bisherigen Erörterungen dargestellte Eigenart der Enteignung war schon vor dem Weltkrieg durch Gelegenheitsgesetze der Länder verwischt worden.⁶⁴

So hatte die preußische Gesetzgebung (1908) die „Stärkung des Deutschtums in den Provinzen Westpreußen und Posen“ zum Expropriationsfall gestempelt, der der Regierung erlaubte, aus Gründen der preußischen Polenpolitik umfassende Zwangsenteignungen polnischen Grundbesitzes zum Zwecke der Ansiedlung deutscher Bauern vorzunehmen.⁶⁵ In der Weimarer Reichsverfassung ist die Abkehr endgültig vollzogen von der bisherigen Anschauung, welche Enteignung regelmäßig nur zugunsten eines Unternehmens zuließ, in welchem das öffentliche Interesse in bestimmten technischen Vorkehren (Flußregulierung, Straßenbau, Kanalisation u. dgl.) zu sichtbarem Ausdruck kam. Der Weimarer Reichsverfassung (Art. 153 Abs. 2) genügt zur Rechtfertigung einer Enteignung schon eine abstrakt umschriebene Bestrebung „zum Wohle der Allgemeinheit“⁶⁶, und einen Anwendungsfall dieser veränderten Auffassung

⁶³ Diese Ansicht ist angefochten. Vgl. darüber die Arbeit von Otto Fischer, Expropriationsverträge, 1910. Dasselbst sind S. 34 ff. die verschiedenen Ansichten erörtert. (Fischer erblickt in solchen Vereinbarungen privatrechtliche Verträge.) Die öffentlich-rechtliche Bedeutung eines Expropriationsvertrages würdigt gut ein Urteil des RGerZ. v. 9. Juni 1905 (Entsch. Bd. 61, S. 102). Vgl. auch Soergel, I S. 426. Schweiz. Juristenzeitung V S. 169. Bitters HWB. I³ S. 451 (gütliche Einigung).

⁶⁴ Vgl. dazu auch in dem oben Anm. 43 zitierten spanischen Buch über die Zwangsenteignung die Abhandlung von Civilo Martin Retortillo, Nuevas orientaciones, 1928.

⁶⁵ Preuß. Ges. v. 20. März 1908; JahrböfR. III 451.

⁶⁶ OLG. Jena 20. März 1925 (JW. 1926, 1476): Der Mühlgraben des A. wird

stellt die Vorschrift der Reichsverfassung (Art. 155) dar, wonach „Grundbesitz, dessen Erwerb zur Befriedigung des Wohnungsbedürfnisses,⁶⁷ zur Förderung der Siedlung und Urbarmachung oder zur Hebung der Landwirtschaft nötig ist, enteignet werden kann“.

Die Reichsverfassung erklärt eine Enteignung nur als erlaubt „auf gesetzlicher Grundlage“. Das bedeutet zunächst, im Sinne der gliedstaatlichen Vorbilder des objektiven Enteignungsrechtes, daß ein Gesetz die allgemeinen, für Alle gültigen Voraussetzungen über die Zulässigkeit der Expropriation zu regeln habe, nach denen sich die Anwendung des Gesetzes auf den Einzelfall richten müsse.⁶⁸ Allein die Verwendung des Gesetzes im formellen Sinne hat der Praxis die Möglichkeit verschafft, Enteignungen durch Spezialgesetze vorzunehmen,⁶⁹ immerhin unter dem Vorbehalt, daß das Gesetz die reichsverfassungsmäßigen Enteignungsgrundsätze beobachtet, insbesondere auch eine angemessene Entschädigung zuspricht.⁷⁰

a. Im Zusammenhang mit der Erweiterung der „Expropriationsfälle“ steht die Ausdehnung des Kreises der Objekte der Expropriation: neben der Enteignung von Liegenschaften beginnt die Enteignung von Mobilien eine immer größere Rolle zu spielen. Zunächst traf dies im Krieg für den „Kriegsbedarf“ zu, und in der Gesetzgebung über die Wohnungszwangswirtschaft⁷¹ ist der zuständigen Gemeindebehörde die hoheitliche Verfügungsmacht über unbenützte Räume verliehen worden, in welche kraft der öffentlichen Fürsorgetätigkeit Mieter eingewiesen werden können, — eine echte Enteignung des Eigentümers.⁷²

enteignet, um dem B. die Wasserkraft zum Betriebe der Sägerei zu erhalten, welche 200 Arbeiter beschäftigt. Das OLG. Jena erblickt in der Erhaltung der Arbeitsgelegenheit ein dem „Wohle der Allgemeinheit dienendes Unternehmen“ im Sinne des § 1 des thüring. Enteignungsges. v. 18. April 1921 und 8. März 1923.

⁶⁷ Vgl. z. B. preuß. Wohnungsges. v. 28. März 1918 (erläutert von *Stoezel* bei *Brauchitsch* IV¹⁷ S. 315): Enteignung (Art. 2) zur Befriedigung der Bedürfnisse nach Mittel- und Kleinwohnungen.

⁶⁸ *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, S. 152.

⁶⁹ RGerZ. 109, 310 (Enteignung einer Kohlenrente durch Gesetz). *O. Bühler*, Recht und Unrecht i. d. Frage der Fürstenabfindung, 1926, S. 20.

⁷⁰ S. die Fälle bei *Mosel*, HWB. I¹⁸ S. 513.

⁷¹ Reichswohnungsmangelverordnung v. 23. Sept. 1918. Reichswohnungsmangelges. v. 26. Juli 1923. *Huede Grais*²⁴, S. 887 f.

⁷² RGerZ. 13. Febr. 1925 (*Fischers Zft.* 59, 122); 3. Juli 1925 (*JW.* 1925, 2227). Entschädigungspflichtig ist die Gemeinde, trotzdem es sich um eine

Ferner sei aber darauf hingewiesen, daß — bei der Vollziehung des Versailler Friedensvertrages — durch Bescheid der zuständigen deutschen Behörde dem Eigentümer einer Sache die obligatorische Pflicht zu deren Rechtsübertragung an eine bestimmte Stelle auferlegt werden kann; hier liegt in der sog. Anforderung eine summarische Enteignung.⁷³

b) Auch der Grundsatz, daß nur spezielle Objekte enteignet werden dürfen, ist gesprengt durch die Vorschrift der Reichsverfassung (Art. 156 Abs. 1), die das Reich ermächtigt, gegen Entschädigung „in sinngemäßer Anwendung der für Enteignung geltenden Bestimmungen für die Vergesellschaftung geeignete private wirtschaftliche Unternehmungen in Gemeineigentum überzuführen.“

c) Die erste und wichtigste Forderung der Eigentumsgarantie, daß nämlich nur gegen volle Entschädigung enteignet werden darf, läßt die Reichsverfassung nicht undurchbrochen gelten. Sie verlangt nur „angemessene Entschädigung“, und läßt damit eine Ausgleichung zu, welche dem Betroffenen nur unvollkommenen Ersatz bietet;⁷⁴ doch steht sie andererseits einem vollen Ersatz nicht im Wege. Wichtiger ist jedoch ein anderes Moment. Sie gestattet dem Reichsgesetzgeber — nicht dem Landesgesetzgeber —, eine Enteignung entschädigungslos durchzuführen. Sie hat jedoch zur Beruhigung der Kirchen, der Länder, der Gemeinden und der gemeinnützigen Verbände ausdrücklich die entschädigungslose Wegnahme ihres Gutes verboten, und zugunsten dieser Körperschaften die verfassungsmäßige Eigentumsgarantie nach allen Seiten wiederhergestellt (RVerf. Art. 138 Abs. 2; Art. 153 Abs. 2 Satz 4).

d) Die Reichsverfassung überträgt im Streitfalle die Entscheidung über die Höhe der Entschädigung dem ordentlichen Richter.

Auftragsangelegenheit handelt. *Jaschkowitz*, JW. 1927, 1921. Gegen eine Entschädigungspflicht, mit der m. E. unzutreffenden Begründung, es liege in der Beschlagnahme eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung: *Baak*, PrVBl. 49, 17 und 33.

⁷³ S. die Fälle bei *Mosel*, HWB. I ¹³ S. 513 und bei *Huede Grais*²⁴ S. 925 f. *Martin Wolff*, Reichsverfassung und Eigentum, S. 22. *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, 1920, insbes. S. 69 f. *Wittmayer*, HWBStW., Enteignung, S. 755 f.

⁷⁴ Dem Eigentümer einer Kiesgrube, dem im Interesse eines benachbarten Denkmals die fernere Ausbeutung untersagt wird, muß „angemessene“ — nicht volle — Entschädigung gewährt werden (Hamburger Fall). RGerZ. 11. März 1927, JW. 1927, 1582 und dazu Oberlandesger. Präs. *Meyer* im PrVBl. 49, 130.

Sie ist darin rechtsstaatlicher gesinnt als manches frühere Landesgesetz. Aber sie behält auch hier dem Reichsgesetzgeber — nicht dem Landesgesetzgeber — die Möglichkeit offen, „ein anderes zu bestimmen“, d. h. die endgültige Entscheidung bei den Verwaltungsbehörden zu belassen, und davon hat z. B. die Siedlungsgesetzgebung des Reiches bei der Regelung der Enteignung Gebrauch gemacht.⁷⁵

So spiegelt die Reichsverfassung und die von ihr abhängige Reichs- und Landesgesetzgebung einen Wandel der rechtlichen Anschauungen wider in der Stellung des Staates zum Privateigentum. Man hat die dargestellten Besonderheiten aus dem Programmsatze der Reichsverfassung Art. 153 erklären wollen: „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste“. In diesem Satze wird eine Wiederbelebung „deutscher Rechtsgedanken“, „alten germanischen Geistesgutes“ erblickt, die sich in der Pflicht offenbare zu sozial sachgemäßer Verwendung des Eigentums.⁷⁶ Näher scheint mir eine andere Erklärung zu liegen. Die Enteignungsvorschriften der Reichsverfassung enthalten einen Kompromiß zwischen den rechtlichen Anschauungen des bürgerlichen Staates und denen des Sozialismus.

⁷⁵ Reichssiedlungsges. v. 11. April 1919, ergänzt durch Ges. v. 7. Juni 1923. Vgl. dazu den Komm. von Hans Peters bei Brauchitsch IV¹⁷ S. 158 f. Ponfick, Art. „Siedlungsgesetzgebung“ HWR. V 478. Nach dem zit. Reichsgesetz sind zur Schaffung neuer Ansiedlungen sowie für Hebung bestehender Kleinbetriebe von den gemeinnützigen Siedlungsunternehmungen die erforderlichen landwirtschaftlichen Grundstücke in erster Linie durch das gesetzliche Vorkaufsrecht zu beschaffen (§§ 4 f. leg. cit.); wo das nicht zum Ziele führt, kann geeignetes Siedlungsland aus dem Besitzstand der großen Güter im Wege der Enteignung beschafft werden (§§ 15 f.). Die Länder können mit der letztinstanzlichen Feststellung der Entschädigung die Verwaltungsbehörden betrauen; in Preußen ist zuständig das Oberlandeskulturamt. G u b a, Die Enteignung nach dem Siedlungsgesetz (Fischers Zft. 53, 1).

⁷⁶ Martin Wolff, Reichsverfassung und Eigentum, S. 10.

Besonderer Teil.

Erstes Kapitel.

Der Verwaltungsapparat und seine Leistungen.

1. Die öffentlichen Anstalten.

§ 19. Begriff der öffentlichen Anstalt.¹

I. Die Verwaltung des Staates und der öffentlich-rechtlichen Verbände faßt sachlich zusammengehörige Aufgaben zu Einheiten zusammen. Dadurch entstehen die verschiedenen Verwaltungs-

¹ Otto Mayer, II³ §§ 51, 52, 56. F. F. Mayer, Grundsätze des Verwaltungsrechts, S. 231 ff. Ernst Toepfer, Der Begriff der öffentlich-rechtlichen Gebühr (Tübinger Staatswissenschaftl. Diss., 1909), S. 39 ff. Hans Nawiasky, Deutsches und österreichisches Postrecht; ein Beitrag zur Lehre von den öffentlichen Anstalten, I, 1909, S. 7 ff. Kormann, Erhebung öffentlicher Abgaben für die Kostendeckung „gewerblicher Unternehmungen“ von Gemeinden und Kommunalverbänden (PrVBl. 34, 393). Ders., Art. „Öffentliche Anstalt“ im WStVR. III² 1; Einführung in die Praxis des Verwaltungsrechts, I, 1914, S. 11 ff. Schoen, Enzykl. IV, S. 281 f. Herrnritt, 229 f. Hatschek, 454 f. W. Jellinek, 483, 493. Mosel, HWB. I¹³ S. 685, Art. „Gemeindeanstalten“; „öffentliche Anstalten“, II¹³ S. 213. Stier-Somlo, Art. „Gemeindeanstalten“ HWR. II 673. Eine geschlossene, für eine bestimmte Anstalt zusammengefaßte, sehr gute Darstellung bietet Friedrich List, Grundriß eines Bibliothekrechts, 1928. Werner Bühler, Begriff und Formen der öffentlich-rechtlichen Anstalt, Züricher Diss. 1928 (als Teil einer größeren Monographie „Die öffentliche Anstalt“, die in den „Neuen Zürcher Beiträgen zur Rechtswiss.“ 1929 erscheinen wird. Gegen den im Text entwickelten Begriff: Kaufmann, WStVR. III² S. 708. Für das französische Recht s. Harriou, Précis de Droit administratif¹¹, p. 15, 441. Berthélemy, Droit administratif¹¹, p. 29. Jèze, Les principes généraux du Droit administratif³, 1926 (Le fonctionnement des services publiques): „Le service public est la pierre angulaire du droit administratif français.“ Duguit, Transformations du Droit public français, p. 255: „L'Etat est l'ensemble des services publics.“ Für das italienische Recht: Presutti, Istituzioni di diritto amm. italiano, I² p. 202.

zweige (Inneres, Finanzen usf.). Es ist möglich, daß auch innerhalb der einzelnen Verwaltungszweige in dieser Weise weitergegliedert wird (Bauwesen, Straßenwesen usw.). Jeder dieser Abteilungen ist zur Besorgung ihrer Aufgaben eine Summe von Arbeitskräften und von sachlichen und rechtlichen Mitteln (von Gebäuden, Bargeld, Apparaten, privatrechtlichen Befugnissen, Herrschaftsrecht u. dgl.) zur Verfügung gestellt. Einen solchen Bestand von Personen und Mitteln, der technisch zu einer Einheit zusammengefaßt und einem besondern öffentlichen Zwecke dauernd zu dienen bestimmt ist, nennen wir eine öffentliche Anstalt. In der öffentlichen Anstalt tritt somit regelmäßig ein fest umschriebenes Stück der öffentlichen Verwaltungstätigkeit in die Erscheinung. Sofern dieses einen Teil der allgemeinen Verwaltungstätigkeit des Staates oder der Gemeinde bildet, besitzt die Anstalt keine eigene Rechtspersönlichkeit; man spricht in diesem Fall von einer unselbständigen Anstalt. Hat aber das Gesetz für die Besorgung einer bestimmten Verwaltungsaufgabe einen Bestand von Mitteln derart aus der allgemeinen Verwaltungsorganisation ausgeschieden, daß er nicht nur technisch, sondern auch rechtlich ein besonderes Dasein mit eigener Rechtspersönlichkeit führen soll, so hat es eine selbständige Anstalt ins Leben gerufen.² Ob daher eine öffentliche Schule oder ein öffentliches Krankenhaus eine selbständige oder unselbständige Anstalt darstellt, läßt sich nur an Hand der für sie geltenden besonderen Rechtsvorschriften beurteilen. Die juristische Selbständigkeit oder Unselbständigkeit einer Anstalt ist in erster Linie von zivilrechtlicher Bedeutung;³ verwaltungsrechtlich dagegen erscheinen die selbständige wie die unselbständige Anstalt in gleicher Weise als Träger öffentlicher Verwaltung.

² G i e r k e , Deutsches Privatrecht, I S. 635. R e g e l s b e r g e r , Pandekten, I S. 341.

³ Ebenso von völkerrechtlicher Bedeutung. Nach der von der II. Haager Konferenz d. J. 1907 beschlossenen Konvention über die Gebräuche des Landkrieges unterliegt der Konfiskation eines siegreichen Feindes nur das Eigentum des besiegten Staates, nicht auch das der selbständigen Anstalten im Feindesland (Art. 53). M a x H u b e r , Revue générale de Droit international public, vol. 20. — Zu staatsrechtlicher Bedeutung gelangte diese Unterscheidung nach der Lostrennung des Kantons Basel-Land von dem Kanton Basel-Stadt; durch Schiedsspruch wurde die Universität zu Basel als eine unselbständige Anstalt erklärt, deren Vermögen in die Teilungsmasse einzubeziehen sei. S n e l l , Handbuch des Schweiz. Staatsrechts, I S. 125; II S. 369 (Literatur). E. H i s , Eine historische Staatsteilung (Festgabe für Fleiner, 1927, S. 75 f.).

Ob eine öffentliche Anstalt von einem öffentlich-rechtlichen Verband (Staat, Gemeinde usw.) aus eigenem freien Willensentschluß oder aber kraft einer vom Gesetze auferlegten Pflicht errichtet wird, ist für ihre rechtliche Ausgestaltung nicht ausschlaggebend.⁴ Alle öffentlichen Anstalten werden durch Sätze des öffentlichen Rechts organisiert. Ihre Grundlage ist öffentlich-rechtlich. Sind sie auch in den übrigen Beziehungen dem öffentlichen Recht unterstellt? Sind sie nicht bloß öffentliche, sondern auch öffentlich-rechtliche Anstalten? Das ist gerade für wichtige Gebilde dieser Art bestritten: für Staatseisenbahnen, städtische Trambahnen, staatliche Post- und Telegraphenanstalt, kommunale Wasserversorgungen, städtische Schlachthöfe, öffentliche Sparkassen und Leihhäuser, städtische Gasanstalten und Elektrizitätswerke, städtische Fäkalienabfuhr, öffentliche Leichenbestattung u. a. m.⁵ Staat und Gemeinden haben häufig derartige Unternehmungen aus den Händen Privater erworben und sie in die staatliche Verwaltung übergeführt, oder sie haben diese Anstalten begründet nach dem Vorbild bestehender Betriebe von Privatpersonen und Privatgesellschaften. Der Gedanke liegt deshalb nahe, in ihnen Gewerbebetriebe zu erblicken und für sie demgemäß nach allen Richtungen das Privatrecht als anwendbar zu erklären. Denn es unterliegt keinem Zweifel, daß auch Staat und Gemeinden ein Gewerbe errichten und betreiben und im juristischen Sinne als Kaufleute auftreten können (fiskalische Unternehmungen, Betriebsverwaltungen).⁶

⁴ Eine Pflicht zur Errichtung einer kommunalen Wasserversorgung und Kanalisation begründet das Reichsgesetz betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten (Epidemiengesetz) v. 30. Juni 1900, § 35: Die Gemeinden können nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit zur Herstellung von „Einrichtungen für Versorgung mit Trink- oder Wirtschaftswasser und für Fortschaffung der Abfälle jederzeit angehalten werden, sofern dieselben zum Schutz gegen übertragbare Krankheiten erforderlich sind“. PrOVG. 2. Febr. 1912 (Entsch. Bd. 61, S. 157). Andererseits Bd. 62, S. 181 (Zwang zur Anlegung von Begräbnisplätzen?). S. auch die Aufsätze über die „Gemeindewasserversorgung vom Standpunkte des preuß. Verwaltungsrechts“ in der Zft. „Wasser und Gas“, Jahrg. 1912/13, S. 282 und im Technischen Gemeindeblatt XVI 59. Wiener, Bad. Wasserrecht, 1913, S. 45. E. Walz, Ist die Versorgung des Gemeindegebiets mit elektr. Strom eine öffentl. Verpflichtung der Gemeinde im Sinne der bad. GemO. § 9, Abs. 2? (Bad. VerwZft. 1928). Bayr. GemO. 1927, Art. 28.

⁵ S. oben § 7 und dort zitierte Literatur.

⁶ Handelsgesetzbuch §§ 1, 343. Heinsheimer, Handels- und Wechselrecht, 1924, S. 5 f. J. v. Gierke, Art. „Kaufmann“ HWR III 513.

Mit dem Betrieb der erwähnten Anstalten suchen Staat und Gemeinden ihren Angehörigen bestimmte Nutzungen zuzuführen. Auf den wirtschaftlichen Erfolg hin angesehen, verrichtet somit die öffentliche Verwaltung nichts anderes, als ein Privater, der ein gleichartiges Unternehmen betreibt. Aber der Zweck beider ist verschieden. Für den Privaten ist der Betrieb des erwähnten Unternehmens ein Mittel zur Gewinnerzielung, die öffentliche Verwaltung dagegen nimmt damit öffentliche Fürsorge wahr. Das wirkt von selbst zurück auf die ganze Natur der Unternehmens. Es genügt, auf ein einziges Beispiel, die staatliche Arbeiterversicherung, hinzuweisen.⁷ Der Zweck der Arbeiterversicherung ist ein wirtschaftlicher: es gilt, den unselbständig Erwerbenden gegen die wirtschaftlichen Folgen von Krankheit, Unfall, Alter und Invalidität sicherzustellen (*securum facere*). Äußerlich betrachtet, gewinnt somit der versicherte Arbeiter durch die staatliche Arbeiterversicherung dasselbe, was er durch den Abschluß eines privaten Versicherungsvertrags mit einer Versicherungsgesellschaft erreicht. Trotzdem sind die von Reichs wegen zur Gewährung von Versicherungsleistungen verpflichteten öffentlich-rechtlichen Verbände, die sog. Träger der Versicherung, juristisch nicht einfach an die Stelle von privaten Versicherungsanstalten getreten. Die öffentliche Arbeiterversicherung ist ein Akt der Fürsorge des Staates für seine Bürger. Ob die obenerwähnten Unternehmungen des Staates und der Gemeinden als Gewerbebetriebe zu betrachten sind, läßt sich somit nicht mit einer allgemeinen Formel und nicht nach äußerlichen Merkmalen beantworten. Man hat in jedem Einzelfall zu untersuchen, ob in dem konkreten Unternehmen die für den Gewerbebetrieb charakteristische Erwerbsabsicht zutage tritt. Ist die Uebernahme oder die Gründung einer der erwähnten Anstalten in erster Linie darum erfolgt, um durch den Betrieb der Anstalt der öffentlichen Kasse eine Einnahmequelle zu verschaffen, so liegt ein Gewerbe vor. Hat sich dagegen die zuständige Behörde bei der

Riesenfeld, Kaufmannseigenschaft und Eintragungspflicht der Kommunalverbände nach dem Handelsgesetzbuch (PrVBl. 20, S. 106; vgl. dazu die Erörterungen von Stier-Somlo im VerwArch. 10, 571) RGerZ. 116, S. 227 und dazu Nicolai, Die Kaufmannseigenschaft der Sparkassen (PrVBl. 49, 455).

⁷ Ueber das Wesen der Arbeiterversicherung: Laband, Staatsrecht, III⁵ S. 289. v. Seydel-Graßmann, Bayr. Verwaltungsrecht, § 237. Rosin, Recht der Arbeiterversicherung, Bd. I (1893), S. 255. Lippmann, Art. „Arbeiterversicherung“ HWR. I 261 und dort zitierte Literatur.

Errichtung der Anstalt von der Erwägung leiten lassen, es sei Sache der öffentlichen Verwaltung, dafür zu sorgen, daß die durch die bestimmte Anstalt erzeugten Leistungen allen Bürgern gleichmäßig und zu gleichen, billigen Bedingungen zuteil werden, — dann betreibt die öffentliche Verwaltung kein Gewerbe.⁸ Dieser Satz erleidet keine Einschränkung, auch wenn das Unternehmen einen Gewinn abwerfen sollte; denn ein solcher würde sich lediglich als zufälliges Nebenprodukt darstellen.⁹

Mit der Feststellung, ein konkretes Unternehmen sei kein Gewerbe, ist aber nicht endgültig entschieden, daß darauf das öffentliche Recht Anwendung finden muß. Denn das Gesetz hat es in der Hand, auch einzelne Beziehungen einer nichtgewerblichen Anstalt dem Privatrecht zu unterstellen.¹⁰ Es sei nur daran erinnert, daß das Verhältnis der Staatseisenbahnen zu ihren Benutzern im wesentlichen als ein privatrechtliches ausgestaltet worden ist.¹¹ Wir stehen eben bei der rechtlichen Behandlung der öffentlichen Anstalten mitten in einer noch un abgeschlossenen Entwicklung, und da gilt es, doppelt behutsam zu sein. Aber man konnte vor dem Weltkrieg behaupten, daß diese Entwicklung auf eine Unterwerfung aller nicht — gewerblichen Unternehmungen (Post, Telegraph, Wasser-

⁸ Landmann-Rohmer, GewO. I⁸ S. 41 f. Nelken, Gewerbe-recht in Preußen I, 1906, S. 177. Stier-Somlo, Art. „Gewerbe“ HWR. II 907. — Kein Gewerbe stellt ferner dar die Herstellung von Waffen, von Druckarbeiten usw. für den eigenen Bedarf des Staats; staatliche Waffenfabrik und Staatsdruckerei sind im allgemeinen „hauswirtschaftliche Betriebe“ des Staats, aber keine Gewerbebetriebe. Keinen Gewerbebetrieb üben ferner die staatlichen Hinterlegungsstellen aus: Art. „Hinterlegungswesen“ im WBStVR. II² 408, 946. S. unten Anm. 66.

⁹ PrOVG. v. 8. Juni 1898 (Entsch. Bd. 34, S. 134 ff., insbes. 139). — Wohl aber können beim Betrieb von nichtgewerblichen Unternehmungen einzelne Nebenbetriebe den Charakter von Gewerben annehmen. Dann entsteht die Frage, ob und wie weit die Gewerbeordnung auf diese Anwendung findet. Vgl. speziell für die Nebenbetriebe der Eisenbahnen (Reparaturwerkstätten, Bahnhofswirtschaften usw.): Landmann-Rohmer, GewO. I⁸ S. 121 f. Betr. Konzessionspflicht des Pächters einer Bahnhofswirtschaft: PrOVG. 10. Dez. 1925 (PrVBl. 47, 245) und der Aufsatz von Jäger, ebenda 47, 133; vgl. auch RGerSt. 58, 138. JW. 1926, 735 und 2314. Entsch. des Schweiz. Bundesgerichts 31 (1905), Teil 1, S. 636; 33 (1907), Teil 1, S. 780.

¹⁰ v. Seydel-Schelcher, Gewerbepolizeirecht, S. 4. Korman n im PrVBl. 34, 396.

¹¹ Dafür sind ausschließlich historische Rücksichten maßgebend gewesen. PrOVG. v. 27. Juni 1893 (Entsch. Bd. 25, S. 150). Landmann-Rohmer, GewO. I⁸ S. 57.

versorgung usf.) des Staates und der öffentlich-rechtlichen Verbände unter die Herrschaft des öffentlichen Rechtes drängte¹² — gleichgültig, ob die Benützung dieser Anstalten auf einem rechtlichen Zwang oder auf dem freien Willen des Einzelnen beruhte.¹³

Diese Entwicklung ist jedoch in Deutschland zum Teil in andere Bahnen gedrängt worden infolge des Weltkriegs und der weiten, unvorhergesehenen Ausdehnung der wirtschaftlichen Tätigkeit von Staat und Gemeinden. Das Eindringen der öffentlichen Hand in die private Wirtschaft (s. oben § 8) ist nur eines der Merkmale, das die neue Richtung kennzeichnet. Für diesen Zusammenhang fällt vor allem in Betracht, daß Staat und Gemeinde Aufgaben der wirtschaftlichen Fürsorge (Versorgung der Bevölkerung mit Elektrizität, Wasser, Gas usf.) in großem Umfang durch besondere private Gesellschaften besorgen lassen, die unter der bestimmenden Mitwirkung des Staats oder der Gemeinden betrieben werden oder deren sämtliche Anteilscheine dem Staat oder den Gemeinden gehören. Dieser Lösung bedient sich die öffentliche Verwaltung, um das ganze Unternehmen möglichst wirtschaftlich zu betreiben¹⁴. Diese Flucht von Staat und Gemeinde in das Privatrecht zieht von selbst die privatrechtliche Regelung der Benützungsordnung nach sich. Aber auch dort, wo es zu einer solchen rechtlichen Ablösung nicht gekommen ist, haben Staat und Gemeinden wirtschaftliche Betriebe, in denen sich öffentliche Fürsorge verkörpert, technisch verselbstständigt, um ihnen Raum zu schaffen für die Erzielung eines möglichst großen Ertrages („ertragswirtschaftliche Unternehmungen“); es genügt, an das eine Beispiel, die Reichspost, zu erinnern (s. oben S. 123, 127). Wie erwähnt, beginnt deshalb auch der Sprachgebrauch zwischen der „Hoheitsverwaltung“ und der „Betriebsverwaltung“ des Staats und der Gemeinden zu unterscheiden, und ebenso hat die Gesetzgebung angefangen, die „gemeinnützige“ von der „werbenden“ Betätigung der öffentlichen Körperschaften zu sondern.¹⁵ Man geht

¹² Preuß., Städt. Amtsrecht, S. 346 f. Sächs. OVG. 29. Dez. 1902 und 21. Mai 1908 (Jahrbücher 3, S. 349; 12, S. 257).

¹³ Das PrOVG. 19. Mai 1908 (Entsch. 52, S. 29) erblickt in dem Fehlen eines Benützungszwanges ein Merkmal für die gewerbliche Natur des Unternehmens; diese Ansicht ist nicht haltbar.

¹⁴ Vgl. die oben angeführte Literatur § 8, besonders Arnold Köttingen, Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentl. Hand und das öffentl. Recht, 1928.

¹⁵ Vgl. z. B. Gemeinde- und Kreisordnung f. Thüringen v. 8. Juli 1923, § 26 I: „Die Gemeinden sind berechtigt, Anstalten, Einrichtungen und Be-

stillschweigend davon aus, daß die innere Einstellung des handelnden Beamten zu der ihm übertragenen Verwaltungsaufgabe und seine Arbeitsgrundsätze andere sein müssen in der Hoheitsverwaltung als in der Betriebsverwaltung.

Die Steuergesetzgebung des Reichs hat dieser Entwicklung in weitgehendem Maße Rechnung getragen. Sie nimmt, neben den Betätigungen der öffentlichen Gewalt, von der Körperschaftssteuer nur solche Betriebe und Verwaltungen von Körperschaften des öffentlichen Rechts und solche öffentliche Betriebe und Verwaltungen mit eigener Rechtspersönlichkeit aus, die „lebenswichtigen Bedürfnissen der Bevölkerung dienen, zu deren Befriedigung die Bevölkerung auf die Betriebe und Verwaltungen angewiesen ist (Versorgungsbetriebe)“.¹⁶

Bei der Entscheidung darüber, ob eine öffentliche Anstalt, die den Bürgern wirtschaftliche Leistungen gewährt, eine öffentlich-rechtliche ist, darf deshalb heute nicht mehr einseitig auf das Merkmal der Gewinnabsicht abgestellt werden. Ebenso wenig liegt in dem einer Anstalt auferlegten „Kontrahierungszwang“ an sich schon ein Kennzeichen für die öffentlich-rechtliche Natur; denn der Kontrahierungszwang verträgt sich auch mit einer privatrechtlichen Ausgestaltung einer Benützungsbefugnis.¹⁷ Es ist richtig, daß der Streitfrage durch den Erlaß von Spezialgesetzen für einzelne Anstalten ihre alte Bedeutung genommen wurde; so untertriebe gemeinnütziger und gewerbsmäßiger Art zu betreiben“. Im neuesten Entwurf für eine preuß. Städteordnung § 74 werden die Selbstverwaltungsangelegenheiten in „gemeinnützige“ und in „werbende“ Betätigungen gegliedert.

¹⁶ Körperschaftssteuerges. v. 10. Aug. 1925, § 2, Nr. 3 b. Dazu ist zu vergleichen § 7, Abs. 1: „Als Versorgungsbetriebe im Sinne des § 2 Nr. 3 b gelten solche Betriebe oder Verwaltungen, denen die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Gas oder Elektrizität obliegt oder die dem öffentlichen Verkehr oder dem Hafenbetriebe dienen; als Versorgungsbetriebe werden sie aber nur insoweit behandelt, als sie den vorbezeichneten Aufgaben dienen. Der Reichsminister der Finanzen kann mit Zustimmung des Reichsrats weitere Betriebe und Verwaltungen als Versorgungsbetriebe im Sinne des § 2 Nr. 3 b erklären.“ Vgl. über diese Vorschriften die Kommentare zum Körperschaftssteuergesetz von Robert Evers, 1926², S. 236 f., 320 f., und von Albert Kennerknecht, 1926, S. 10 f., 56 f. Ueber die allgemeinen Befreiungen zugunsten der Deutschen Reichspost, der Deutschen Reichsbahngesellschaft, der Monopolverwaltungen des Reichs usw.: Körperschaftssteuergesetz § 9 und die soeben angeführten Kommentare.

¹⁷ Hans Carl Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920.

stehen Post und Telegraphie einer speziellen öffentlich-rechtlichen Regelung. Fehlen aber Spezialgesetze, so hat man aus dem gesamten Inhalt der für die einzelne Anstalt maßgebenden Vorschriften den rechtlichen Charakter dieser zu bestimmen. Von besonderem Gewicht ist hierbei, ob die Benützungsbildung nach öffentlich-rechtlichen oder aber nach privatrechtlichen Gesichtspunkten ausgestaltet ist.

Mit der Entscheidung über den öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Charakter der Anstalt wird das Urteil über alle ihre möglichen rechtlichen Beziehungen gefällt: über die Anwendbarkeit der Gewerbeordnung, über das Erfordernis polizeilicher Genehmigung des Unternehmens,¹⁸ über die Pflicht zur Entrichtung der Gewerbesteuer,¹⁹ über die Zulässigkeit einer staatlichen Beaufsichtigung,²⁰ über den Gerichtsstand für die Beurteilung von Streitigkeiten zwischen der Anstalt und ihren Benutzern (ordentliche Gerichte oder Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte), über den Charakter des Entgelts für die Benutzung der Anstalt (privatrechtliches Entgelt oder Gebühr),²¹ über die Verjährung, über die Haftung des Staats oder der Gemeinde für Versehen oder Vergehen der Beamten²² usf.

¹⁸ Landmann-Rohmer, I⁸ S. 62 f. v. Seydel, Bayr. Staatsrecht, III S. 395. Im Gegensatz zu der im Text vertretenen Auffassung hält Laband, Staatsrecht, III⁵ S. 209, die Gewerbeordnung nicht für anwendbar auf diejenigen Unternehmungen des Reichs, der Bundesstaaten und der Gemeinden, welche gewerbsmäßig betrieben werden.

¹⁹ Urteil des bad. VGH. v. 27. April 1904 (Bad. VerwZft. 1905, S. 50). Soergel, I S. 425; S. 718 Nr. 1; II S. 585. Befreiung eines Gemeindefachthaus von der Grundsteuer: Württ. VGH. 21. Sept. 1910 (Württ. Zft. f. RPfl. 3, 388). Gesetz über die gegenseitigen Besteuerungsrechte des Reichs, der Länder und der Gemeinden v. 10. Aug. 1925, § 5. Finanzausgleichsges. von 1923/27, § 8.

²⁰ Sächs. OVG. v. 19. Sept. 1904 (Jahrbücher 6, S. 123). Mosel, HWB. I¹³ S. 685.

²¹ Fleiner, Öffentlich-rechtliche Vorteilsausgleichung, S. 108 (Festgabe der juristischen Fakultät Basel für A. Heusler, 1904). Köttgen, Erwerbswirtschaftl. Betätigung der öffentl. Hand, S. 19 f. Die Frage, ob privatrechtliches Entgelt oder öffentlich-rechtliche Gebühr vorliege, wird von Wichtigkeit u. a. auch im Konkurse des Schuldners. Vgl. dazu einerseits Jäger in der Leipziger Zft. f. Handels-, Konkurs- u. Versicherungsrecht 1912, S. 296; andererseits Lüttich im Archiv f. Bürgerl. Recht Bd. 37, S. 299.

²² RGerZ. v. 16. Dez. 1907 (R eger 28, S. 431). Friedrichs, Haftung der Gemeinden für Betriebe (Staats- u. Selbstverw. 7 [1926], S. 38 f.).

II. Der öffentlich-rechtliche Charakter dieser Anstalten hat sich nach zwei Seiten hin ausgeprägt:

1. Das in der öffentlich-rechtlichen Anstalt verkörperte Gemeininteresse überwindet alle entgegenstehenden privaten Interessen.²³

a) Errichtung und Betrieb einer öffentlich-rechtlichen Anstalt können durch keine privatrechtlichen Mittel verhindert werden. Da eine öffentlich-rechtliche Anstalt nicht der Gewerbeordnung untersteht, so findet das in der Gewerbeordnung, §§ 17 ff., vorgesehene Genehmigungsverfahren nicht statt, in dem die durch den Betrieb der Anstalt bedrohten Privaten ihre Einsprachen zur Geltung bringen könnten. Ebenso versagt der einmal begründeten Anstalt gegenüber die *actio negatoria*:²⁴ den Lärm einer Kaserne; das Knattern bei militärischen Schießübungen; das Herüberfliegen verirrter Kugeln vom Militärschießplatz aus;²⁵ die Belästigungen, die von einem polizeilichen Arrestlokal ausgehen;²⁶ Lärm, Ruß, Rauch der Eisenbahn;²⁷ die übermäßigen Geräusche einer Rohr-

Ernst Graeffner, Die Rechtsverhältnisse der Beamten und Arbeitnehmer gemeindlicher Betriebsverwaltungen, daselbst 7, S. 41 f.

²³ F. F. Mayer, Grundsätze des Verwaltungsrechts, S. 194 ff., 231.

²⁴ Bayr. VGH. v. 31. Mai 1905 (R e g e r 26, S. 11).

²⁵ RGerZ. 20. Okt. 1900 (R e g e r 21, S. 101) und 24. Sept. 1889 (R e g e r, Erg.-Bd. I S. 384). K a m p t z und D e l i u s, Rechtsprechung des Reichsgerichts, Bd. 41, S. 344. Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 93 ff. Entsch. des Schweiz. Bundesgerichts 29 (1903), Teil II, S. 428. Unrichtig: RGerZ. 27. Mai 1903 (Entsch. Bd. 55, S. 55; daneben R e g e r 16, 99; 17, 109; 24, 384). Das Reichsgericht ging früher noch weiter. Es verschloß durch Urteil v. 28. Juni 1911 (Entsch. in Zivils. Bd. 77, S. 14) einer Zivilklage den Rechtsweg, mit welcher der Inhaber eines Patentbesitzes (betr. Befestigung eines Säbelträgers am Armeesattel) gegen den Militäriskus den Anspruch auf weitere Herstellung und Benutzung des Säbelträgers erhob. Eine Inanspruchnahme der betr. privaten Erfindung für das Heer gemäß Patentgesetz (1891) § 5, Abs. 2 war vorher nicht erfolgt. Das Reichsgericht ging, mit dem Kammergericht, davon aus, die Einführung des Säbelträgers sei auf Grund des Militärhoheitsrechts erfolgt, nicht bloß „aus Anlaß der Ausübung des Militärhoheitsrechts“. Vgl. nunmehr Reichspatentges. v. 7. Dez. 1923, § 11. — Die Erweiterungsbauten am Kaiser-Wilhelm-Kanal in Kiel schädigten infolge der Bodenerschütterungen den Eigentümer einer Villa. Keine *actio negatoria*, wohl aber öffentlich-rechtliche Entschädigung. RGerZ. 5. Juni 1912 (Gruchots Beiträge Bd. 56, S. 1167).

²⁶ RGerZ. 25. März 1908 (Bad. Rechtspraxis, 1908, S. 160).

²⁷ RGerZ. Bd. 7, S. 206; Bd. 57, S. 224; Bd. 58, S. 131; Bd. 59, S. 70. Erschütterung eines Gebäudes durch den Bau eines Eisenbahntunnels; Fischers Zft. Bd. 41, S. 381. F r i t z s c h, Deutsches Eisenbahnrecht, S. 142 f., 181 f., 272 f.

poststation; ²⁸ das Läuten der Kirchenglocken ²⁹ — all dies müssen die Nachbarn über sich ergehen lassen. Sie können im Rechtsweg weder auf Einstellung noch auf Anbringung von Schutzvorrichtungen klagen.³⁰ Denn es handelt sich um rechtmäßige Einwirkungen der öffentlichen Gewalt. Dem Geschädigten steht die Beschwerde und ein Ersatzanspruch gemäß den Grundsätzen über öffentlich-rechtliche Entschädigung zur Seite (oben § 18).

b) Die Organe der öffentlich-rechtlichen Anstalt sind mit der Kompetenz zu unmittelbarer Verteidigung der Anstalt ausgestattet, insbesondere besitzen sie die Befugnis, ohne weiteres zwangsweise alles zu beseitigen, was dem Betrieb der Anstalt im Wege steht und sie an der Erfüllung ihrer Aufgabe hindert. Man bezeichnet den Inbegriff dieser Kompetenzen als *Anstaltspolizei*.³¹ Sie kommt den Organen jeder öffentlich-rechtlichen Anstalt von selbst zu; das Gesetz braucht sie ihnen nicht besonders zu übertragen. Sofern eine öffentlich-rechtliche Anstalt ohnehin eigene Zwangsmittel besitzt, übt sie durch diese unmittelbar die Anstaltspolizei aus; so läßt die Militärbehörde durch Militärpersonen das Gelände absperren, in dem die Truppe übt.³² Besitzt die Anstalt selbst keine ausreichenden Zwangsmittel, so haben die ordentlichen staatlichen

²⁸ RGerZ. Bd. 73, S. 270.

²⁹ RGerZ. 19. Nov. 1903 (Reger 25, 375); RGerZ. 56, 26. Klage der Anwohner auf Abstellung des Turmschlagwerkes während der Nacht: OLG. Karlsruhe 12. Mai 1911 (Bad. Rechtspraxis 1912, 130).

³⁰ Sofern nicht das Landesrecht ein anderes bestimmt. So hat auf Grund EG. z. BGB. Art. 125 das Württ. Ausführungsgesetz z. BGB., Art. 218, die Vorschrift des § 26 der Reichsgewerbeordnung (Klage auf Anbringung von Schutzvorrichtungen oder Schadloshaltung) auf Eisenbahn-, Dampfschiffahrt- und ähnliche Verkehrsunternehmungen erstreckt; die Vorschrift ist jedoch heute z. T. überholt, in Folge der Verschiebungen im Eisenbahnrecht Deutschlands seit 1919.

³¹ Otto Mayer, II³ S. 284 f. Kormann, Grundzüge, S. 195, 199 ff. (Annalen des Deutschen Reichs 1912). Friedrich List, Bibliothekrecht, S. 69 f. Gegen den Begriff der Anstaltspolizei: W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung, S. 278 ff. VerwR. 420, 496. Ohne grundsätzlichen den Begriff der Anstaltspolizei zu verwerfen, wendet sich Waldecker, Die Anstaltspolizei (Hirths Annalen 1915, S. 290 f.) scharf gegen einzelne der oben im Texte bezeichneten Ausstrahlungen, m. E. mit z. T. unstichhaltigen Gründen. Zu Waldeckers Haupteinwand (das Fehlen der gesetzlichen Grundlage) wird oben im Texte Stellung genommen.

³² Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 99. Schadenersatz für Flurschäden gemäß dem Naturalleistungsges. v. 6. April 1925, §§ 11, 14.

Organe die Anordnungen der Anstaltsorgane zu vollstrecken.³³ Ein Akt der Anstaltspolizei liegt z. B. vor, wenn die Polizei dem Inhaber einer privaten Unterrichtsanstalt, um eine Verwechslung mit einem staatlichen Institut auszuschließen, die Führung des Titels „Akademie“ untersagt;³⁴ wenn die Schulbehörde Aufsatzhefte ausgetretener Schüler zurückbehält, um dadurch eine Verwendung ihrer Arbeiten durch die nachfolgende Schüलगeneration zu verhindern;³⁵ wenn die Polizeibehörde einem Privaten den Betrieb eines „Aufsatzinstituts“ verbietet, in dem gegen Entgelt den Zöglingen von Mittelschulen ihre Schulaufsätze angefertigt werden;³⁶ wenn den Angestellten einer privaten Wach- und Schließgesellschaft das Tragen von Uniformen verboten wird, die denen des staatlichen Militärs bis aufs letzte nachgebildet sind³⁷ usf. Es versteht sich von selbst, daß die Anstaltspolizei nie dazu mißbraucht werden darf, die Konkurrenz eines erlaubten privaten Gewerbebetriebs zu unterdrücken.³⁸ Auch die Anstaltspolizei muß, wie jedes andere polizeiliche Eingreifen, ihre Stütze am Gesetz besitzen. Sie findet ihre juristische

³³ Entsch. des PrOVG. Bd. 20, S. 403; Bd. 54, S. 271 (poliz. Schutz der staatl. Telephonanlagen und Telegraphen). — Der Staat kann jedoch den Betriebsbeamten der Eisenbahnen, und zwar sowohl der Staatsbahnen wie der Privatbahnen, polizeiliche Funktionen übertragen. Reichseisenbahnbetriebsordnung §§ 74 ff. H. S c h u n c k, Grundzüge des Bahnpolizeirechts in Preußen (Abhandlungen a. d. Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht, herausgegeben von Z o r n und S t i e r - S o m l o, VII 2, 1910). B i t t e r s HWB. Art. „Bahnpolizei“, Bd. I³, S. 160. F r i t s c h, Art. „Eisenbahnpolizei“ im WStVR.³ I 664. F r a n k, Ueber Kleinbahnpolizei (PrVBl. 33, S. 39). Ueber den heutigen Zustand: F r i t s c h, Deutsches Eisenbahnrecht, S. 259 f. Reichsbahnges. v. 30. Aug. 1924, § 17.

³⁴ Bayr. VGH. v. 18. März 1908 (R e g e r 28, S. 355), s. auch Erg.-Bd. IV, S. 180. S o e r g e l, IV S. 663.

³⁵ PrOVG. v. 10. Juni 1889 (R e g e r 19, S. 287).

³⁶ Sächs. OVG. v. 25. Juli 1906 (Jahrbücher OVG. 9, S. 212. R e g e r 27, S. 496). — Zu weit geht das Urteil des Kammergerichts v. 16. Februar 1911 (DJZ. XVI 597): die Polizei dürfe durch Verordnung den Verkauf von Speiseeis in der Nähe der Schulgebäude verbieten. Gegen diese Ansicht auch: OLG. Karlsruhe 1. Sept. 1910 (Bad. Rechtspraxis 1910, S. 258). Andererseits hat das preuß. Kammergericht am 15. Jan. 1912 (DJZ. XVII 757) der Vorschrift einer Polizeiverordnung, welche die unbefugte Störung des Schulunterrichts oder der Schulzucht mit Strafe bedroht hat, zu Unrecht die Anerkennung versagt.

³⁷ Bayr. Oberstes Landesgericht in Strafs. v. 30. April 1907 und 9. Juli 1907 (R e g e r 28, S. 306).

³⁸ PrOVG. v. 14. Nov. 1887 (Entsch. Bd. 15, S. 427).

Rechtfertigung und ihre Grundlage in denselben Rechtsvorschriften, die für die allgemeine Polizeigewalt bestehen (s. unten § 24), und für die Anstaltspolizei gelten dieselben Schranken, die der Ausübung jeder polizeilichen Tätigkeit aufgerichtet sind.³⁹ Sie darf sich nur innerhalb der allgemeinen Rechtsordnung entfalten und unter Berücksichtigung der gleichartigen Rechte und Kompetenzen Dritter (Privater, wie anderer öffentlicher Behörden). Den Ausgangspunkt bildet der Schutz der in der einzelnen öffentlichen Anstalt verkörpert besonderen öffentlichen Interessen: von dessen Geltendmachung durch den Anstaltsbetrieb sind Störungen abzuwehren. Dieser Aufgabe hat sich die Handhabung der Polizeigewalt anzupassen. Darum dient häufig eine anstaltspolizeiliche Anordnung gleichzeitig den allgemeinen Anforderungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit. Eine Erweiterung der Anstaltspolizei bildet die Zuständigkeit der öffentlichen Behörden, den Privaten, die sich im Verkehr mit ihnen eine Ungebühr zuschulden kommen lassen, eine „Ungebührstrafe“ aufzuerlegen. Da diese Maßregel jedoch über den Rahmen der Selbstverteidigung der Anstalt hinausgeht, so muß sie vom Gesetze besonders zugelassen sein.⁴⁰

c) Im Interesse jeder öffentlich-rechtlichen Anstalt müssen sich aber endlich die Bürger gewisse öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen gefallen lassen.⁴¹

Der einen Gattung ist bereits erwähnt worden: es besteht für alle Bürger die Pflicht, Einwirkungen der öffentlichen Anstalten (Straßenlärm, Schießlärm usf.)⁴² zu dulden, auch wenn diese Belästigungen das Maß dessen überschreiten, was der Privatmann vom Privatmann hinnehmen muß. Keines besonderen Nachweises bedarf es ferner, daß kein Bürger die Vornahme rechtmäßiger amtlicher Handlungen auf seinem Eigentum zu hindern befugt ist. Dem

³⁹ Ebenso *Hatschek*, Lehrb. d. VerwR.⁵, S. 461. Vgl. ferner *PrOVG*. 20, S. 403.

⁴⁰ *Scheurlen*, Ungebühr und Beleidigung (Amtsblatt des württ. Ministeriums des Innern, 1898, S. 388).

⁴¹ *Otto Mayer*, II³ § 41 (= II² § 41). (Mayer unterscheidet, in Anlehnung an das zivilrechtliche Vorbild, öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen und öffentlich-rechtliche Dienstbarkeiten.) *Layer*, Prinzipien des Enteignungsrechts, S. 49 ff. *Gierke*, Deutsches Privatrecht, II S. 407. *Günter Holstein*, Die Lehre von der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung, 1921. *W. Jellinek*, 397 f.

⁴² Keine *actio negatoria* gegen eine staatliche Pulverfabrik. *Entsch. des Schweiz. Bundesgerichts* 24 (1898), T. 2, S. 257.

zuständigen Zollbeamten, der in der Wohnung erscheint, um eine Zollrevision abzuhalten, oder dem Polizeibeamten, der eine amtliche Erkundigung einzuziehen hat, darf der betroffene Bürger nicht die Türe weisen. Wenn endlich im Notstand die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe nur durch Inanspruchnahme des Privateigentums möglich ist, so hat das private Recht zurückzutreten: die Feuerwehr ist befugt, zur Abwendung von Feuersgefahr ein Privatgrundstück zu betreten ohne und auch wider die Erlaubnis des Grundeigentümers, und der Postwagen darf, wenn die Straße verschüttet ist, auch über private Aecker fahren.⁴³ Diese Duldungspflichten braucht das Gesetz nicht besonders aufzuerlegen. Sie ergeben sich aus der Kompetenz der zuständigen Behörden, die erwähnten amtlichen Handlungen vorzunehmen. Soweit diese Eingriffe die Merkmale expropriationsähnlicher Tatbestände an sich tragen, besitzt der betroffene Private ohne weiteres einen Anspruch auf öffentlich-rechtliche Entschädigung (s. oben § 18). Liegt dagegen eine faktische Enteignung nicht vor, so wird Entschädigung nur auf Grund besonderer rechtlicher Anordnung geschuldet (s. oben S. 296).

Eine Belastung des Grundeigentums zugunsten der öffentlichen Verwaltung über das erwähnte Maß hinaus ist jedoch nur möglich, wenn ein Gesetz den Eingriff ausdrücklich gestattet.⁴⁴ Das moderne

⁴³ Reichsgesetz über das Postwesen v. 28. Okt. 1871, § 17, hebt dies zum Ueberfluß noch besonders hervor und gesteht der Post diesen Notweg gegen Entschädigung des benachteiligten Grundeigentümers zu. — Auch der Private hat diesen Notweg über Privatgrundstücke, wenn die öffentliche Straße unpassierbar ist. BGB. § 917, welcher einem Grundstücke die „notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Weg“ sichert durch Inanspruchnahme des Nachbareigentums, enthält die Anwendung eines allgemeinen Rechtsgedankens. S. auch Schweiz. Zivilgesetzbuch Art. 695 (Winterwege). E. H u b e r, Schweiz. Privatrecht, III S. 312. Zu eng legt die Vorschrift über das Notwegrecht aus E n d e m a n n, Notweg und öffentl. Weg (F e s t g a b e Otto Gierke dargebracht von Schülern usw., 1911, S. 950).

⁴⁴ Auch Pflichten zu positiven persönlichen Leistungen kommen vor. Hauptbeispiel: die Vorschriften der Landesgesetze über die von den Verlegern abzuliefernden Pflichtexemplare zum Besten der Landesbibliothek und der Wissenschaften, „deren Kultur durch eine vollständige, wohlgeordnete und in der Hauptstadt zu jedermanns Gebrauch offenstehende Büchersammlung bekanntermaßen nicht wenig befördert wird.“ (Preuß. Allerhöchster Erlaß v. 28. Sept. 1798.) B i t t e r s HWB. I³ S. 292. PrOVG. Bd. 36, S. 435. W o l f s t i e g, Art. „Bibliotheken“ im WBStVR.³ I 467. Die Rechtsverhältnisse sind eingehend erörtert von F r i e d r i c h L i s t, Bibliothekrecht, S. 95 f. W. J e l l i n e k 399, 405. Vgl. auch unten § 26. Im Kanton Zürich hält man sich nicht an den Verleger, sondern an den Verfasser. Die

Leben zeigt derartige Erscheinungen in großer Mannigfaltigkeit: die Behörde bringt an Privathäusern Hausnummern an, Straßenschilder, Träger für Telegraphen- und Telephondrähte, Rosetten zur Befestigung elektrischer Leitungsdrähte usf.;⁴⁵ sie belastet das einer Festung vorgelagerte Land mit den sog. Rayonservituten;⁴⁶ die Militärbehörde läßt die Truppen auf Aeckern und Wiesen militärische Uebungen vornehmen;⁴⁷ die Eisenbahnbehörde verbietet die Bepflanzung eines längs der Eisenbahnlinie gezogenen Schutzstreifens⁴⁸ usf. Dadurch werden keine zivilrechtlichen Grunddienstbarkeiten begründet. Das private Eigentum wird selbst bis zu einem bestimmten Grade in den Machtbereich der öffentlich-rechtlichen Anstalt hineingezogen. Die öffentliche Verwaltung verfügt darüber wie über ihr eigenes Gut. Dies ist ihr nach den Grundsätzen des Rechtsstaats nur möglich, wenn sie für jede Art dieser Eingriffe eine gesetzliche Grundlage besitzt.⁴⁹ Die Ausgleichung für die Be-

Universitätsordnung v. 8. Jan. 1914/11. März 1920 (erlassen vom Regierungsrat) § 54 verpflichtet alle Dozenten, „von jedem wissenschaftlichen Werk, das sie während ihrer Lehrtätigkeit an der Universität veröffentlichen, der Zentralbibliothek ein Exemplar zuzuweisen“.

⁴⁵ Nach dem Reichs-Telegraphenwegesgesetz v. 18. Dez. 1899 § 12 ist die Telegraphenverwaltung von Gesetzes wegen nur befugt, Telegraphen- und Telephonlinien durch den Luftraum von Privatgrundstücken zu führen. Nach den Ausführungsbestimmungen zur Fernsprechgebührenordnung v. 26. März 1900, Ziff. 2, hat sich die Telegraphenverwaltung jedoch das weitere Recht, Leitungsträger auf Privathäusern anzubringen, zunächst dadurch verschafft, daß sie den Anschluß eines Gebäudes an die Telephonleitung abhängig machte von der schriftlichen Genehmigung des Eigentümers zur Einführung der Leitungen und zur Anbringung „aller Vorrichtungen“, Gestänge, Stützen usf., welche zur Herstellung, Instandhaltung und Erweiterung des Telegraphen- und Fernsprechnetzes erforderlich sind. Diese Einwilligung des Eigentümers ist als Bedingung für die Herstellung oder Verlegung des Fernsprechanchlusses ausgestaltet worden.

⁴⁶ Rayonges. v. 21. Dez. 1871 und EG. z. BGB. Art. 54. M o s e l, HWB. I¹³, Art. „Festungen“. L a b a n d, Staatsrecht, IV⁵ S. 260 ff., insbes. 279 und 311 (Rayonservituten).

⁴⁷ Naturalleistungsges. v. 6. April 1925, §§ 11, 14.

⁴⁸ B i t t e r s HWB., Art. „Schutzanlagen“, II² S. 530. — Ein Seitenstück dazu bildet der im Preuß. Quellenschutzgesetz v. 14. Mai 1908, §§ 3 ff., vorgesehene, dem Schutze einer gemeinnützigen Quelle dienende „Schutzbezirk“ (JahrböfR. III 463).

⁴⁹ Ein Urteil des OLG. Karlsruhe v. 4. April 1905 hat zu Unrecht die Kompetenz einer Stadtbehörde zu derartigen Eingriffen (Anbringen einer Straßenbahnrossette an einem Privathaus) auf die sicherheitspolizeilichen Ermächtigungen des Reichs- und Landesrechts gestützt (Bad. VerwZft. 1905, S. 105).

schränkung des Privateigentums vollzieht sich nach den Grundsätzen über öffentlich-rechtliche Entschädigung (oben § 18).⁵⁰

2. Besonders deutlich zeigt sich der öffentlich-rechtliche Charakter in dem Verhältnis der öffentlich-rechtlichen Anstalt zu ihren Benutzern.⁵¹

a) Einen Zwang zur Benutzung einer öffentlichen Anstalt darf die Behörde nur ausüben in den Fällen, in denen sie vom Gesetz dazu ermächtigt worden ist.⁵² Dies trifft zu beim Volksschulzwang, beim Impfwang, beim Zwang zum Anschluß an das Kanalisationsnetz, beim Versicherungszwang der Arbeiterversicherung u. a. m., s. auch unten § 20.⁵³ Ist dagegen die Benutzung einer öffentlichen Anstalt in das Ermessen des einzelnen gestellt, so kann dessen Anspruch auf Zulassung zur Anstalt entweder zu einem subjektiven Rechte erhoben sein oder aber im Gewande des allgemeinen Anspruchs auf Gesetzesvollziehung zur Geltung gebracht werden (vgl. oben § 12).⁵⁴ Gleichgültig ist, ob der Bürger die öffentlich-rechtliche

Reg. Erg.-Bd. III, S. 488). Die gesetzliche Grundlage ist erst erstellt worden durch das bad. Ortsstraßengesetz v. 15. Okt. 1908, § 10, Abs. 5.

⁵⁰ Die elektrischen Rückströme einer im Eigentum einer Privatgesellschaft stehenden Tramanlage haben die Röhren der städt. Wasserleitung angefressen und z. T. zerstört. Keine *actio negatoria*, aber Verurteilung zu Schadenersatz und zur Anbringung von Schutzvorrichtungen. Urteil des Bezirksgerichts Zürich v. 17. März 1904 (*Schweiz. Juristen-Zeitung I, S. 64*).

⁵¹ *Friedrich List, Bibliothekrecht, S. 62 f.*

⁵² Ein Anschlußzwang ist selbstverständlich nur möglich, wenn die Benutzung der Anstalt dem Bürger kraft öffentlichen Rechts zur Verfügung gestellt ist, mit anderen Worten, „wenn dem Anschlußzwang das öffentlich-rechtliche Anschlußrecht entspricht“. *PROVG. 20. Dez. 1912 (Entsch. Bd. 62, S. 243 ff.)*.

⁵³ Volksschulzwang: *RVerf. Art. 145*. Impfwang: *Reichsimpfgesetz vom 8. April 1874*; Versicherungszwang: in der Krankenversicherung *RVO. 165 f.*, in der Gewerbeunfallversicherung *RVO. 537, 544* (daneben kennt die *RVO.* noch eine Versicherungsberechtigung §§ 176 f., 550, 552 f.) u. a. m.

⁵⁴ Ueber das Recht zur Benutzung der Gemeindeanstalten (Trinkwasserversorgung, Gasleitung, Kanalisation, Begräbnisplatz usw.): *Entsch. des PROVG. Bd. 20, S. 22; 21, S. 124; 52, S. 28; 56, S. 252; 41, S. 173. PrVBl. 32, 690. Soergel, I S. 696, II S. 504. Rechtsprechung des Bad. VGII. III, Nr. 54, 56, 58, 59, 594, 597, 976, 977 (Farren)*. Wenn der Gesetzgeber den Anspruch auf Benutzung der Gemeindeanstalten als subjektives Recht ausgestaltet hat, so ist damit in der Regel bei Verletzung dieses Rechts das Verwaltungsstreitverfahren geöffnet. Nach *Bad. VerwRPflGes. § 2, Ziff. 2* entscheiden die Verwaltungsgerichte „über die Bürgernutzungen und sonstige auf dem öffentlichen Recht beruhende Ansprüche Einzeler an die Gemeinde.“ *Bayr. VerwRPflGes. Art. 8, Ziff. 31. Preuß. Zuständigkeitsgesetz § 18, Ziff. 1.*

Anstalt freiwillig oder gezwungen benutzt, — sein Verhältnis zu ihr bleibt dasselbe: es beruht nicht auf einem Vertrag, sondern auf der dem Einzelnen gemäß den Vorschriften des öffentlichen Rechtes erteilten öffentlich-rechtlichen Gebrauchserlaubnis.⁵⁵ Hier treten nun die Vorteile der öffentlich-rechtlichen Regelung in helles Licht. Ist eine öffentliche Anstalt, die den Bürgern Nutzungen gewährt, ein gewerbliches Unternehmen, so besitzt der Herr dieser Anstalt (Staat oder Gemeinde) die Möglichkeit, frei zu bestimmen, mit welchen Personen er Verträge über die Benutzung der Anstalt abschließen will und unter welchen Umständen er sich die Kündigung vorbehält.⁵⁶ Der Bürger, der die Anstalt benutzen will, ist genötigt, unter diesen Bedingungen den Vertrag abzuschließen. Beliebt es dem Eigentümer, die Nutzungen seiner Anstalt bestimmten Personen nicht zukommen zu lassen, so kann ihn niemand, auch nicht die staatliche Aufsichtsbehörde, daran hindern — es wäre denn, daß ein gesetzlicher „Kontrahierungszwang“ besteht. Fällt es einer Gemeinde ein, gegenüber einem Benutzer der Anstalt von dem Kündigungsrecht Gebrauch zu machen aus Gründen, die mit der Anstaltsbenutzung nichts zu tun haben, so übt sie ihr gutes Recht aus u. a. m. Alledem ist vorgebeugt, wenn das Verhältnis der Anstalt zu den Benutzern Vorschriften des objektiven Rechtes unterstellt wird, welche für alle Bürger gleiche Zulassungs- und gleiche Benutzungsbedingungen (gleiche Gebühren usw.) schaffen.⁵⁷ Der Gedanke der

Kein auf dem Rechtsweg klagbarer Anspruch auf Zulassung: Preuß. Kammergericht 3. April 1925 (JW. 1926, 606).

⁵⁵ Friedrich List, Bibliothekrecht, S. 73 f. RGerZ. v. 3. Okt. 1904 (R e g e r, Erg.-Bd. III, S. 483); v. 9. April 1910 (Entsch. Bd. 73, S. 197). Sächs. OVG. v. 24. Aug. 1907 (R e g e r 28, S. 226). Z o r n, Staatsrecht, II S. 274. N a w i a s k y, Der Verwaltungsgerichtshof und die rechtliche Natur des Verhältnisses zwischen Telephonanstalt und Publikum (Sep.-Abdr. aus der Allg. Oesterr. Gerichts-Zeitung 1912, Nr. 21). Gegen diese Auffassung und für die vertragliche Natur der Postbeförderungsgeschäfte: L a b a n d, Staatsrecht, III S. 82 ff. S. auch RGerZ. Bd. 64, S. 231.

⁵⁶ S o e r g e l, I S. 527, Nr. 3. Sehr gut ein Urteil des Württ. VGH. v. 17. Juni 1903 (Jahrbücher der württ. Rechtspflege Bd. XV, S. 225). Ueber die Sperre des Wasserbezugs wegen Nichteinhaltung von Vertragsbedingungen s. E t z e l in der Württ. Zft. f. Rechtspflege und Verwaltung V 111. RGerZ. 29. Sept. 1925 (Staats- und Selbstverwaltung VII, S. 185).

⁵⁷ F. List, Bibliothekrecht, S. 78 f. N i p p e r d e y, Kontrahierungszwang, S. 28. RGerZ. Bd. 47, S. 76. Jahrbücher der württ. Rechtspflege Bd. XII, S. 336. S o e r g e l, I S. 445, Nr. 6; S. 696, Nr. 46; Bd. II S. 504, Nr. 1. E. T o e p f e r, Begriff der öffentlich-rechtlichen Gebühr, S. 36 und dort zitierte Judikatur.

öffentlichen Fürsorge findet deshalb nur in öffentlich-rechtlicher Form seine volle Verwirklichung.

b) Durch die Benutzung tritt der Einzelne in den Bannkreis der Anstalt ein. Zwischen ihm und der Anstalt wird ein besonderes Gewaltverhältnis begründet (vgl. oben § 12); er wird der besonderen Anstaltsgewalt unterworfen.⁶⁰ Diese ist den Anstaltsorganen übertragen und betätigt sich durch die Aufstellung von sog. Anstaltsordnungen,⁶¹ worin die besonderen Pflichten der Anstaltsbenutzer geregelt werden, und durch die Ausübung einer Disziplinargewalt über die Benutzer der Anstalt (Schuldisziplin, militärische Disziplin usw.).⁶² Die Anstaltsordnung ist im juristischen Sinne eine Verwaltungsverordnung (oben S. 72). Daher darf sie nicht Anordnungen treffen, die über den Anstaltszweck hinausgehen, insbesondere nicht Pflichten auferlegen, die zum Vorbehalt des Gesetzes gehören.⁶¹ Das wird besonders wichtig für die Frage der Benutzungsgebühren. Eine allgemeine Pflicht besteht nicht, für jeden Vorteil, den man vom Staat empfängt, einen Entgelt zu leisten. Diese Pflicht muß vom Gesetz besonders begründet sein.⁶² Daher dürfen die

⁶⁰ Friedrich List, Bibliothekrecht, S. 62 f. O. Mayer, II³ S. 285. Der Eintritt in die Anstalt kann besondere Beschränkungen der persönlichen Freiheit nach sich ziehen. Am weitesten gehen diese bei den Strafgefangenen. Friedrichs, Das Recht der Gefangenen (Gruchots Beiträge, n. F. 6 [1927], S. 61 f.).

⁶¹ Thoma, Polizeibefehl, I S. 356.

⁶² Soergel, I S. 572, Nr. 1; S. 573, Nr. 4. Reger 21, S. 193, 195; 23, S. 139; 28, S. 300. — Als zulässiges Mittel des Verwaltungszwangs gilt, aber als ultima ratio, gegenüber dem Benutzer, der die Gebühr für die Anstaltsnutzung nicht entrichtet, die Absperrung vom Leistungsnetz (Fernsprechleitung, elektr. Leitung usw.): Kammerger. 3. April 1925 (JW. 1926, 606). RGerZ. 29. Sept. 1925 (Staats- und Selbstverw. VII, S. 25). Bei dem Benutzer einer öffentlichen Bibliothek, der das geliehene Buch nicht zur Zeit zurückbringt, darf, wenn alle anderen Zwangsmittel versagen, das Buch polizeilich abgeholt werden. Fr. List, Bibliothekrecht, S. 63. Otto Mayer, I³ S. 307, Anm. 12.

⁶¹ Vgl. das in der Zft. f. Schweiz. Recht, n. F. 18, S. 73 abgedruckte Urteil des Luzernischen Obergerichts v. 2. Juli 1896: Eine Strafanstaltsordnung hat verfügt, daß das von den Sträflingen beim Eintritt in die Anstalt verheimlichte Geld zu konfiszieren sei; das Gericht hat mit Recht auf Klage eines entlassenen Sträflings hin die Anstaltsdirektion zur Rückgabe solchen Geldes verurteilt.

⁶² Eine solche Ermächtigung enthält u. a. das Preuß. Kommunalabgabengesetz v. 14. Juli 1893, § 4: „Die Gemeinden können für die Benutzung der von ihnen im öffentlichen Interesse unterhaltenen Veranstaltungen (Anlagen,

Anstaltsordnungen Gebühren nicht festsetzen, wenn nicht ein Gesetz die zuständigen Organe allgemein dazu ermächtigt hat.⁶³ Darin tritt wiederum der Unterschied der öffentlich-rechtlichen Anstalt gegenüber einem Gewerbebetrieb zutage, bei dem Leistung und Gegenleistung durch Vertrag beliebig ausgestaltet werden können.

c) Die öffentlich-rechtliche Natur des Anstaltsverhältnisses kommt endlich auch in der Haftung der öffentlichen Anstalt gegenüber den Anstaltsbenutzern zum Ausdruck.⁶⁴

Diese Haftung bezieht sich einmal darauf, daß der Einzelne infolge seiner Anstaltsbenützung an seiner Person und seiner Gesundheit keinen Schaden erleide. Sie ist, gemäß den vorstehenden Erörterungen, eine gesetzliche Haftung, denn der Besucher steht zur Anstalt in keinem Vertragsverhältnis. — Ebenso haftet die Anstalt für das ihr anvertraute Gut *ex lege* und nicht *ex contractu*. Der Schüler, welcher Hut und Mantel im Schulgebäude aufhängt;⁶⁵ der Student, der zum Zwecke der Immatrikulation seine Zeugnisse und Ausweispapiere der Universitätsbehörde übergibt; der Zollpflichtige, dessen Ware im Zollschuppen zur Verzollung niedergelegt wird; der Bürger, welcher Geld oder Kostbarkeiten einer öffentlichen Hinterlegungsstelle übergibt⁶⁶ — sie schließen keine zivilrechtlichen Verwahrungsverträge (BGB. § 688) ab mit dem Herrn der Anstalt. Die Benutzung der Räume ist nichts anderes als die notwendige Folge der Anstaltsbenützung; der Anstalt kommt an diesen Sachen

Anstalten und Einrichtungen) besondere Vergütungen (Gebühren) erheben. . .“
Ebenso Bayr. GemO. 1927, Art. 44.

⁶³ Ander Ansicht: Friedrich List, Bibliothekrecht, S. 134 f. Otto Mayer, II³ S. 288 f., geht davon aus, dem Benutzer gegenüber erzeuge der in der Anstaltsordnung aufgestellte Tarif keine rechtliche Zahlungsverbindlichkeit; die Anstalt könne die Gebühr nur auf indirektem Weg einziehen. Aber in casu kommt es auf den direkten an.

⁶⁴ Otto Mayer, II³ S. 510 = II³ S. 292. Nach andern Grundsätzen beurteilt sich die Haftung beim Betrieb privatwirtschaftlicher Anstalten. J. Kraft, Die Haftpflicht aus der Anlage und dem Betrieb kommunalgewerblicher Anstalten (PrVbl. 34, 497). Friedrichs, Haftung der Gemeinden f. Betriebe (Staats- u. Selbstverw. VII, S. 38).

⁶⁵ Unrichtig in der Begründung das Urteil des OLG. Rostock v. 12. März 1902 (Reg. 23, 299); das Urteil geht davon aus, durch die Aufnahme eines Schülers in ein staatliches Realgymnasium, zu dessen Besuch kein Zwang bestehe, komme ein Dienstvertrag zustande. Als Nebenleistung dieses Vertrages erscheine die Sorge für die von den Schülern mitgebrachten Gegenstände.

⁶⁶ Art. „Hinterlegungswesen“ im WBStVR.³ II v. Schmitt, Klob, 468, 946. Kopf, Das Hinterlegungsverhältnis, 1903, S. 37 ff.

Besitz kraft ihrer eignen öffentlichen Anstaltsordnung und nicht kraft eines privatrechtlichen Titels zu. Zwischen einer öffentlichen Behörde, die kraft ihres Amtes Sachen in Verwahrung nimmt, und dem Privaten entsteht ein Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur.⁶⁷ Darum kann der Benutzer, dem nach Ablauf der Benutzungszeit oder nach Erreichung des Anstaltszwecks seine Sache vorenthalten wird, die Herausgabe nicht mit der zivilrechtlichen Vertragsklage, sondern zunächst nur mit den verwaltungsrechtlichen Schutzmitteln (Beschwerde, Klage im Verwaltungsstreitverfahren usf.) fordern.⁶⁸ Nur wenn die Sache nicht selbst Objekt für die Anstaltstätigkeit gewesen, sondern bloß gelegentlich einer zu einem anderen Zwecke erfolgten Anstaltsbenutzung in den Bereich der Anstalt gelangt ist (Kleider des Kranken oder des Schülers usf.), steht dem Eigentümer nach Beendigung des Anstaltsverhältnisses

⁶⁷ Nachdem das Reichsgericht in seiner früheren Praxis (RGERZ. 48, S. 256; 67, S. 336) behauptet hatte, das Einbringen des Zollgutes in den Zollschuppen begründe ein quasikontraktliches Verhältnis, ist es in seinem Urteil v. 15. Jan. 1927 (RGERZ. 115, 419) davon abgekommen. Es hat sich der im Texte vertretenen (schon in den früheren Auflagen dieses Buches, 7. Aufl., S. 315 verteidigten) öffentlich-rechtlichen Auffassung angeschlossen. Das Reichsgericht leitet die Haftung der Zollbehörde für abhanden gekommene Verwahrungsgüter zutreffend aus dem Vereinszollgesetz von 1869 § 102 ab (die Behörde muß für „wirtschaftliche Erhaltung des Zollgutes sorgen und haftet bei „ Vernachlässigung dieser Fürsorge“). Wenn eine derartige direkte Haftungsvorschrift im Gesetze nicht enthalten ist, so tritt eine Haftung des Staats usf. über den Umweg der Beamtenhaftung ein. Vgl. dazu W. Weigert, Öffentlich-rechtliche Verwahrungsverhältnisse (Gruchots Beiträge, n. F. 6 (1927), S. 303 f.

⁶⁸ Preuß. Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte 7. Jan. 1911: Für die Klage eines Studenten auf Rückgabe der bei der Immatrikulation abgegebenen Zeugnisse ist der Rechtsweg unzulässig (DJZ. XVI 1279).— Ein Oesterreicher in Zürich klagt gegen das Oesterreichische Generalkonsulat in Zürich vor dem Zivil-(Bezirks-) Gericht auf Herausgabe des wegen Nichtbezahlung der Militärartaxe zurückbehaltenen Arbeitsbuches. Es erfolgte Aufhebung des Urteils wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges. Schweiz. Bundesblatt 1906, I 412. Entsch. d. Schweiz. Bundesgerichts 35 (1909), T. 1, S. 786. — Die Klage auf Herausgabe der bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle verwahrten Gegenstände gehört nicht auf den Rechtsweg, sondern vor die Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte. O. Loening im PrVBl. 34, 614 und die dort zitierte Judikatur. Ueber die Herausgabe der Theaterkaution: L. Geiger, in den Blättern f. administrat. Praxis Bd. 62, S. 29. — Eben-sonenig wird durch die Uebergabe einer Fundsache an die Polizeibehörde (BGB. 965, 967) ein privatrechtlicher Verwahrungsvertrag begründet; das Verhältnis untersteht dem öffentl. Recht.

die Eigentumsklage oder die Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Herrn der Anstalt zur Seite.⁶⁹

Hat bei der Benutzung der Anstalt eine Person oder eine eingebrachte Sache Schaden gelitten infolge eines Versehens oder Vergehens, das sich ein Anstaltsorgan bei der Ausübung der Anstaltsgewalt hat zuschulden kommen lassen, so haftet dem Geschädigten regelmäßig der Herr der Anstalt gemäß den oben S. 279 dargestellten Grundsätzen über die Haftung des Staats und der übrigen Körperschaften des öffentlichen Rechts.⁷⁰ Ist dagegen der Schaden zurückzuführen auf mangelhafte Unterhaltung oder Ueberwachung der Anstaltsräume, so hat auch in diesem Fall der Eigentümer der Anstalt oder der Unterhaltspflichtige (Staat, Gemeinde usw.) für (außervertragliches) Verschulden seiner Organe einzustehen (BGB. §§ 31, 89; oben S. 279). Ein solches Verschulden liegt insbesondere vor, wenn die Anstaltsorgane bei der Instandhaltung und Ueberwachung der Anstaltsräume nicht das den Zwecken jeder einzelnen Anstalt angepaßte Maß von Sorgfalt aufgewendet haben, welches erforderlich ist, um die Benutzer vor Schaden zu bewahren.⁷¹

⁶⁹ Anderer Meinung: *S p r o t t e* (Fischers Zft. Bd. 61, S. 68); er behauptet, der Strafgefangene könne auch nach Verbüßung seiner Strafe den Staat nicht auf dem Rechtsweg auf Herausgabe einer ihm beim Eintritt in die Anstalt abgenommenen Sache verklagen. Vgl. auch RGerZ. 92, 310; 93, 303. — Die *Schadenersatzklage* des Eigentümers wegen mangelhafter Verwahrung gehört auf den Rechtsweg. PrKompG. 28. Okt. 1922 (JW. 1923, 545).

⁷⁰ Ein Gefängniswärter hat einen Strafgefangenen zum Halten einer Zielscheibe benutzt; der Gefangene wird durch eine Flobertkugel verletzt und stirbt; der Witwe haftet der Wärter gemäß BGB. 839 und der Staat eventuell auf Grund von EG. z. BGB. Art. 77; Bayr. VGH. 2. Juli 1902 (Sammlung von Entscheidungen 24, S. 106). Heute haftet in einem solchen Fall der Staat gemäß RVerf. Art. 131. — Das Reichsgericht nimmt an, daß auch die ärztliche Behandlung der Gefangenen in Ausübung eines Hoheitsrechts und nicht bloß gelegentlich der Ausübung eines solchen erfolgt. RGerZ. Bd. 78, S. 325; doch ist die Lösung umstritten, s. oben S. 282. — RGerZ. 16. Febr. 1923: Eine tuberkulöse Telegraphistin wird von der Telegraphenverwaltung unausgesetzt weiter beschäftigt und steckt andre Telegraphistinnen im selben Raum an. Die Angesteckten haben eine Schadenersatzklage gegen die Telegraphenverwaltung (Fischers Zft. 56, 216).

⁷¹ BGB. 31, 89. S. oben S. 279. Im Ergebnis richtig: Urteil des RGerZ. v. 3. Okt. 1904 (R e g e r, Erg.-Bd. III, S. 483). S. ferner Urteile des RGerZ. v. 2. Dez. 1909 (Instandhalten eines öffentlichen Schlachthofs) und v. 26. Sept. 1 11 (PrVbl. 31, 650; 33, 506). — Haftung einer Gemeinde für Unglücksfälle, wenn sie trotz ungenügender Rettungsvorrichtungen bei starkem Seegange ihre Badeanstalt nicht schließt: Urteil des Reichsgerichts 7. Nov. 1910 (DJZ. XVI 283), OLG. Kiel 21. Dez. 1912 (DJZ. XVIII 872).

§ 20. Die Verleihung öffentlicher Unternehmungen.¹

I. Es gibt Tätigkeiten, die Staat und Gemeinden unter Ausschließung jeder privaten Konkurrenz ausüben. Man spricht in solchen Fällen von einem Monopol der öffentlichen Verwaltung oder einem Regal.² Das versteht sich heute für alle Hoheitsakte i. e. S., für die Handhabung der öffentlichen Zwangsgewalt, von selbst. Die Gerichtsbarkeit ist verstaatlicht (GVG. § 15), wie die Polizeigewalt und die Befugnis zur Zwangsenteignung u. a. m. Nur ausnahms-

¹ Otto Mayer, II §§ 49, 50. F. F. Mayer, Grundsätze des Verwaltungsrechts, S. 212 ff. G. Meyer-Anschütz, Art. „Konzessionen“ im WBStVR. II² 630. Mosel, HWB. II¹⁸, Art. „Verleihung“, S. 903. F. Cammeo im Archivio giuridico LV, p. 562 („teoria delle concessioni“) und I monopoli comunali (Archivio giuridico LIV 296; LV 94, 304, 562; LVI 71, 382, 521). Presutti, Istituzioni di diritto amm. ital., I² p. 193. Hauriou, Précis de droit adm.¹¹, p. 754 suiv., 800 suiv. Berthélemy Droit adm.¹¹, p. 707, 763. E. Pilon, Monopoles communaux, 1899. Laferrière, Juridiction administrative, I p. 604 ff.

² Die historische Wurzel aller dieser staatlichen Ausschlußrechte bildet die Regalität. Die Konzentration einer Anzahl von jura regalia in der Hand des Landesherrn legte den Boden für die Ausbildung der absoluten Staatsgewalt. Diese jura regalia sind infolgedessen in dem allgemeinen Herrschaftsrechte des modernen Staates aufgegangen und ihre moderne Fortsetzung bildet die Kompetenz des Staates, jedem Privaten bestimmte Tätigkeiten untersagen und andererseits Sonderrechte für die Ausübung dieser Tätigkeiten verleihen zu können. Die Konzessionen für Errichtung öffentlicher Anstalten (§ 20) und die Sondernutzungsrechte an öffentlichen Sachen (§§ 22 und 23) bilden Beispiele für diese Erscheinung. Einer zweiten Kategorie von jura regalia ist dagegen in modifizierter Gestalt das Leben gefristet worden. Solche jura regalia begegnen uns in dem ausschließlichen Recht des Staates auf bestimmte Nutzungen, die ursprünglich im Grundeigentum enthalten waren, z. B. im Bernsteinregal (s. den Art. von Arndt „Bernsteinregal“ im WBStVR.² I 415; Bitters HWB. I² S. 243, Art. „Bernstein“). Ueber die Entwicklung der modernen Bergbauhoheit (Verleihung des Bergwerkseigentums) aus dem Bergregal: Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht, §§ 123 ff. Arndt, Art. „Bergwesen“ im WBStVR.² I 402 ff. Sattig, Art. „Bergrecht“ HWR. I 606. S. auch Fritz Heß, Das Bergrecht des Kantons Zürich, 1926. Ueber die Umbildung des alten Jagdregals in das moderne Jagdrecht: Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht, § 127. Georg Meyer-Dochow, Deutsches Verwaltungsrecht⁴, § 60. Ueber die Umbildung und Auflösung des Regalitätsbegriffs im allgemeinen: Gierke, Deutsches Privatrecht, II S. 396 ff., 629. Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts, I S. 368. Schroeder-Künssberg, Lehrbuch d. Deutschen Rechtsgeschichte, 6. Aufl., S. 1095. Hübner, Grundzüge d. Deutschen Privatrechts², S. 241 f. Künssberg, Art. „Regalien“ HWR. IV 770.

weise verleiht der Staat in beschränktem Umfang die Ausübung eines Hoheitsrechtes an Private (Gesellschaften oder Einzelpersonen). Es sei z. B. hingewiesen auf die Uebertragung der Bahnpolizei an private Eisenbahngesellschaften (oben S. 331) oder die Verleihung des Enteignungsrechtes. Aber neben diesen Stammländen des staatlichen Ausschließungsrechtes liegen Gebiete für technische und wirtschaftliche Betätigungen, die an sich vermöge der Gewerbefreiheit und der Eigentumsfreiheit jedermann im Staate zugänglich wären, hätten nicht Staat und Gemeinden sich auch hier eine Monopolstellung geschaffen.

Ein solches Monopol kann entstehen, ohne daß es vom Gesetze angeordnet wird, und zwar auf Grund von Momenten, die außerhalb des Monopolbetriebes selbst liegen. Ein Monopol dieser Art besitzt beispielsweise eine städtische Gasfabrik, wenn die Gemeinde als Eigentümerin des Straßenareals jedem Privaten die Erlaubnis verweigert, Leitungsröhren in die öffentlichen Straßen einzulegen; ³ ein Monopol kommt ferner zustande, wenn eine Polizeibehörde unter Berufung auf sanitäre Interessen den Einwohnern befiehlt, ausschließlich das Fäkalienabfuhrunternehmen der Gemeinde zu benutzen ⁴ oder wenn sie den Metzgern das Schlachten in einem

³ Bei derartigen städtischen Anstalten (Gas, Elektrizität usf.) kann streitig werden, wieweit dieses Monopol ausgedehnt werden darf, ohne die Eigentums- oder Gewerbefreiheit dritter Personen zu verletzen. Falls nachgewiesen werden kann — aber nur dann —, daß ein öffentliches Interesse (Feuersicherheit, Sorge für pflichtgemäße Inanspruchnahme der Anstaltsmittel u. dgl.) vorliegt, so darf z. B. angeordnet werden, daß in den Privathäusern die Herstellung von Leitungen der städtischen Verwaltung oder den von ihr bezeichneten Gewerbetreibenden vorbehalten ist. *Landmann-Rohmer*, I⁸ S. 100. Auf keinen Fall darf aber ein Installationsmonopol aus rein fiskalischen Rücksichten begründet werden. *Feiner*, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 382, Anm. 27. — Mit Recht hat das Kammergericht (entgegen seiner früheren Praxis [DJZ. XV 486]) neuerdings eine polizeiliche Vorschrift für ungültig erklärt, derzufolge die Pflege der Gräber außer den Angehörigen der Verstorbenen nur dem Friedhofsgärtner hätte zustehen sollen (*Johnow*, Jahrbuch Bd. 40, S. 457).

⁴ Ueber solche Polizeimonopole: *Landmann-Rohmer*, I⁸ S. 60, 78 f., 91. *Reger* 13, 116. *Feiner*, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 382. Gemäß Bayr. GemO. 1927, Art. 44, Abs. 6 können die Gemeinden durch Satzung „die Benützung gemeindlicher Wasserleitungen, Kanalisationen und Schlachthöfe, sowie gemeinnütziger Anstalten zur Beseitigung des Unrats und zur Straßenreinigung zur Zwangspflicht machen“. — Die Bedenken, die *W. Jellinek* 423—424 gegen solche Gemeindemonopole erhebt, sind m. E. durchaus begründet. — Voraussetzungen für einen polizeilichen Zwang (Poli-

andern Raum, als dem öffentlichen Schlachthof verbietet (GewO. § 23), oder wenn die Gemeinde als Eigentümerin des Begräbnisplatzes den Zutritt zu diesem nur den von der Gemeinde gestellten Leichenwagen gestattet⁵ u. a. m. Man bezeichnet alle diese Erscheinungen als bloß „faktische Monopole“. Das Monopol ist hier Reflexwirkung einer von dem betreffenden Betriebe juristisch unabhängigen Anordnung.⁶

Ein Monopol im Rechtssinne dagegen entsteht nur in den Fällen, in denen das Gesetz unmittelbar eine bestimmte Tätigkeit dem Staate oder der Gemeinde vorbehält und den Privaten deren Ausübung verbietet.⁷

Das wichtigste Beispiel⁸ bietet der Betrieb von öffentlichen Verkehrsunternehmungen. Nach der Reichsgesetz-

zeiverordnung) zur Benutzung einer kommunalen Straßenreinigungsanstalt: Entsch. d. PrOVG. Bd. 52, S. 302; Bd. 61, S. 187; s. jedoch auch PrVBl. 34, 688. Wolzendorff, Kommunale Wohlfahrtspflege als Ursache polizeilicher Beschränkung der Einzelfreiheit (VerwArch. 21, 515).

⁵ Landmann-Rohmer, I⁸ S. 100, 143, 150. RGerZ. 13. Okt. 1898 (R e g e r 19, 149). Bayr. VGH. 2. Dez. 1902 (R e g e r 23, 189). K a m p t z Rechtsprechung des PrOVG., II S. 204. K a m p t z und D e l i u s, Rechtsprechung des Reichsgerichts, I S. 162. Die juristischen Bedenken gegen die Zulässigkeit einer solchen Monopolisierung bei F l e i n e r, Einzelrecht und öffentl. Interesse, S. 36—37. — Das Kammergericht hat Polizeiverordnungen als gültig erklärt, welche „zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Leichtigkeit des Straßenverkehrs“ den Bürgern befehlen, nur das von der Gemeinde errichtete Bestattungsunternehmen zu benutzen. R e g e r 32, 194. J o h o w, Jahrb. Bd. 41, S. 398. S o e r g e l, V 448. Gegen diese Praxis: W. J e l l i n e k, Gesetz, Gesetzesanwendung, S. 295.

⁶ Darum verstoßen derartige Monopole nicht gegen die Gewerbefreiheit, insbesondere nicht gegen das Verbot der „ausschließlichen Gewerbeberechtigungen“ (GewO. § 10). RGerZ. Bd. 79, S. 224. L a n d m a n n - R o h m e r, I⁸ S. 148 f.

⁷ Ueber das „Bergregal“ und die darauf fußenden Konzessionen s. die Angaben oben Anm. 2.

⁸ Ueber die Stellung der Reichsbank als einer selbständigen juristischen Person und das ihr vom Reich übertragene ausschließliche Recht zur Banknotenausgabe (Notenprivileg): Bankges. v. 30. Aug. 1924 und im Zusammenhang damit Reichs-Privatnotenbankgesetz v. 30. Aug. 1924; Ges. ü. d. Liquidierung des Umlaufs der Rentenbankscheine v. 30. Aug. 1924; Reichs-Münzgesetz v. 30. Aug. 1924. W. V o c k e, Art. „Bankgesetze“ und „Banknoten“ HWR. I 519, 525. B o v e n s i e p e n, IIWR. V 80. Ueber die Stellung der Reichsbank vor dem Weltkrieg: L a b a n d, Deutsches Reichsstaatsrecht⁷, S. 264 f. — Nicht in diesen Zusammenhang gehören die zu fiskalischen (Steuer-) Zwecken begründeten staatlichen Monopole, so z. B. die

gebung ist die Beförderung von Briefen und Paketen, die Uebermittlung von Telegrammen usf. jedem Privaten verboten;⁹ die Post- und Telegraphenanstalt besitzt auf die Ausübung dieser Tätigkeiten ein „Vorrecht“. Wie man nach der Erfindung des Telephons den Fernsprechverkehr ohne weiteres dem Telegraphenregal unterstellte, so hat man in der Gegenwart auch die drahtlose Telegraphie, den Funk-(Radio-)verkehr, unter das staatliche Vorrecht gezogen.¹⁰ Es entspricht dieser Auffassung, daß man andererseits nach Eröffnung des Luftverkehrs, neben der polizeilichen Regelung der Materie, auch die gewerbsmäßige Beförderung von Personen und Sachen durch Luftfahrzeuge von einer staatlichen Genehmigung abhängig gemacht hat.¹¹

Ebenso hat die Landesgesetzgebung in Anlehnung an das alte Straßenregal die Anlegung öffentlicher Verkehrswege (Landstraßen,¹² Brücken,¹³ Eisenbahnen,¹⁴ Fähren,¹⁵

im Körperschaftssteuergesetz v. 10. Aug. 1925 § 9 Nr. 1 erwähnten „Monopolverwaltungen des Reichs“, d. h. das Branntweinmonopol und das Sacharinmonopol, ferner das staatliche Schleppmonopol, das Preußen zur Finanzierung bestimmter Kanäle eingeführt hat. Preuß. Wassergesetz v. 1. April 1905, § 18 und Gesetz betr. das Schleppmonopol auf dem Rhein-Weser-Kanal und dem Lippe-Kanal v. 30. April 1913 und § 12 des Gesetzes ü. d. Mittelland-Kanal von 1921. Bitter, HWB. II² 492, Art. „Schleppmonopol“. Hue de Grais²⁴, S. 761. Vgl. über die Finanzmonopole unten § 27.

⁹ Reichsgesetz über das Postwesen v. 28. Okt. 1871, §§ 1, 27. Reichsgesetz über das Telegraphenwesen v. 6. April 1892, §§ 1, 2, 9. Laband, Staatsrecht, III⁵ S. 66. RVerf. Art. 6, Nr. 7; Art. 170 und RG. zur Ausführung des Art. 170 v. 27. April 1920. Reichert, Ueber den Postzwang (Eisenbahn- und verkehrsrechtl. Entscheidungen Bd. 27, Heft 4). Nawiasky, Postrecht, I S. 74 ff. E. Staedler, Art. „Postrecht“ HWR. IV 536, 537. Mosel, HWB. II¹⁸ S. 329 (Postzwang).

¹⁰ V. z. Schutz d. Funkverkehrs v. 8. März 1924. Für das weitere sei verwiesen auf E. Neugebauer, Funkrecht², 1926. F. Deucker, Art. „Funkrecht“, HWR. II 547. Lassar, Reichseigene Verwaltung (JahrböfR. 14, S. 222). — Ueber die „télégraphie sans fil“ in Frankreich: Berthélemy, Droit adm.¹¹, p. 811. Für die Schweiz: Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 509, 510, 513.

¹¹ Reichs-Luftverkehrsgesetz v. 1. Aug. 1922 und die zahlreichen maßgebenden Bestimmungen. Hue de Grais²⁴, S. 719. Mosel, HWB. II¹⁸ S. 82, Art. „Luftverkehr“. Fritz Müller, Die reichsrechtliche Regelung d. Luft- und Kraftfahrwesens (JahrböfR. 10, 171). Vgl. auch Fritz Heß, Zur Entwicklung des schweiz. Luftrechts, 1927 (Schweiz. Zentralbl. f. Staats- u. GemVerw. Bd. 28).

¹² Wenn auch im allgemeinen der Private auf eigenem Grund und Boden nach seinem Ermessen eine Straße anlegen darf, so erlangt diese doch den

Schiffahrtskanäle¹⁶ und Hafenanlagen) dem Staate und den Gemeinden vorbehalten.

Eine ausschließliche Herrschaft wahrt sich ferner der Staat über das Volksschulwesen; Errichtung und Betrieb öffentlicher Volksschulen ist grundsätzlich Sache des Staates und der Gemeinden.¹⁷

Die Erklärung für solche Monopolisierungen ist leicht zu finden. Auf Verkehr und Volkserziehung beruht ein gut Teil der nationalen Wohlfahrt. Ihre Regelung gehört daher zu den obersten Aufgaben jedes Staates. Durch das staatliche Monopol wird hier das Gemeininteresse geschützt.

II. Das Gesetz kann jedoch die Verwaltungsbehörden ermächtigen, die Ausübung einer monopolisierten Tätigkeit einem Privaten

Charakter einer öffentlichen Ortsstraße im Rechtssinn nur durch den von der Behörde vorgenommenen Akt der Widmung. Vgl. z. B. Bad. Ortsstraßengesetz von 1908, §§ 4 und 10. Walz, Bad. Ortsstraßenrecht, S. 246. Flad, Kommentar zum Ortsstraßengesetz, S. 44, 182. Ferner Germershausen, Wegerecht in Preußen, I S. 677.

¹³ Bitters, HWB. I³ Art. „Brücken“, S. 331.

¹⁴ Die Reichsgewerbeordnung (§ 6) hat daher Eisenbahnen, Fähren u. dgl. von der Herrschaft der Gewerbeordnung ausgenommen.

¹⁵ So sagt das Allg. Preuß. Landrecht Teil II, Titel 15, § 51: „Das Recht aber, Fähren und Prahmen zum Uebersetzen für Geld zu halten, gehört zu den Regalien des Staates.“ Germershausen, Wegerecht in Preußen, I S. 431, 438. Bitters HWB., Art. „Fähren“, I³ S. 495. Preuß. Wassergesetz von 1913, § 382. Bad. Wassergesetz von 1913, § 40, Ziff. 2. Art. „Fähren“ im WB. StVR.² I 750 (Otto Mayer). Gerade das Beispiel der Fähren zeigt, daß im einen Staat für Errichtung und Betrieb einer Fähre eine Polizeierlaubnis ausreicht (Württ. Wassergesetz von 1900, Art. 28), während in einem Land mit dem Fähreregal eine Konzession erforderlich ist. In Sachsen genügt grundsätzlich eine Polizeierlaubnis, während der Betrieb einer Fähre auf der Elbe, den Mulden und der Weißen Elster eine Verleihung durch die Ministerien voraussetzt (Sächs. Wassergesetz § 25): Mosel, HWB. I¹³ S. 543. Für Hamburg bestreitet Hartmann die Existenz eines Fähreregals (Hanseat. RechtsZft. 1918, 521), während Wassaly behauptet, ein solches bestehe (ebenda 1927, 87).

¹⁶ Gemäß RVerf. Art. 97, Abs. 2 können seit dem Uebergang der dem allgemeinen Verkehr dienenden Wasserstraßen auf das Reich (1. April 1921) Kanäle, die dem allgemeinen Verkehr dienen, nur noch kraft einer Verleihung des Reichs gebaut werden. Poetzsch, HKomm.², S. 373 f.

¹⁷ RVerf. Art. 147 („Private Schulen als Ersatz für öffentl. Schulen“) und dazu Stier-Somlo, I 518 und die Komm. zu RVerf. Art. 147 von Anschütz und von Giese und von Poetzsch. A. Wolf, Die Rechtslage der Privatschulen (Fischers Zft. 54 [1922], S. 175 f.). Weitere Literatur zum Schulrecht: W. Jellinek, 484—485.

zu gestatten, sei es in Konkurrenz mit der öffentlichen Verwaltung oder an deren Stelle. Dies ist aber nur zulässig, wenn Gewähr dafür besteht, daß auch durch Privatbetrieb der bestimmte öffentliche Zweck (Schule, Verkehr) erreicht wird. Die Behörde verleiht (konzediert) dadurch dem Privaten ein Recht, das er bisher nicht besitzen hat; seine individuelle Rechtssphäre wird erweitert. Man charakterisiert daher diesen Vorgang mit Grund als obrigkeitliche Konzession, Verleihung: Eisenbahnkonzession, Telegraphenkonzession („Telegraphenlizenz“), Wegekonzession, Fährenkonzession usf. Diese echte Konzession unterscheidet sich scharf von der unten (§ 25) zu besprechenden gewerbepolizeilichen Erlaubnis — zu Unrecht häufig „Gewerbekonzession“ genannt —, die dem Bewerber kein neues Recht verleiht, sondern lediglich feststellt, daß dem Vorhaben des Bewerbers keine polizeilichen Hindernisse im Wege stehen.

1. Im allgemeinen hängt es von dem Ermessen der zuständigen Behörde ab, ob sie eine derartige echte Konzession gewähren will. Nur ausnahmsweise gibt das Gesetz, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, dem Privaten einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Konzession.¹⁸ Die Verleihung beruht auf einem einseitigen staatlichen Hoheitsakt, einer Verfügung. Für diese kann ausnahmsweise die Gesetzesform vorgeschrieben sein (vgl. oben § 13). Die Konzession ist ein rechtsbegründender Staatsakt. Der Konzedent verleiht dem Beliehenen (Konzessionär) ein subjektives öffentliches Recht auf Errichtung und Betrieb eines bestimmten Unternehmens. Die Verleihung erfolgt regelmäßig erst nachdem im Konzessionsverfahren selbst auch festgestellt worden ist, daß das Unternehmen die allgemeinen polizeilichen Anforderungen erfülle. Es kann jedoch diese polizeiliche Prüfung einem besonderen Verfahren vorbehalten sein. Die Konzessionsurkunde stellt nach Maßgabe des Gesetzes die Rechte und Pflichten (z. B. Betriebspflicht

¹⁸ Nach § 2 des Reichsgesetzes über das Telegraphenwesen von 1892 muß den Gemeinden eine Telegraphenkonzession (Telephonkonzession) erteilt werden, „wenn die nachsuchende Gemeinde die genügende Sicherheit für den ordnungsmäßigen Betrieb bietet und das Reich weder eine solche Anlage errichtet hat, noch sich zur Errichtung oder zum Betriebe einer solchen bereit erklärt“. Nach der V. z. Schutze des Funkverkehrs von 1924 § 1 besteht jedoch dieses Recht der Gemeinden nicht für die Errichtung von Funkanlagen. — Andererseits gibt RVerf. Art. 147 unter besonderen Voraussetzungen ein Recht auf Errichtung einer Privatschule, welche die öffentliche Schule ersetzt.

usf.)¹⁹ des Unternehmers gegenüber der öffentlichen Verwaltung fest. Sie begründet jedoch im Zweifel kein Ausschließungsrecht des Unternehmers²⁰ in dem Sinne, daß es dem Konzedenten fortan verwehrt wäre, die dem Unternehmer gestattete Tätigkeit auch einem anderen zu erlauben oder sie selbst in Konkurrenz mit dem Unternehmer auszuüben.²¹

Der Konzedent (Staat, Gemeinde) übt eine besondere, neben der polizeilichen Kontrolle einhergehende Aufsicht über Errichtung und Betrieb des verliehenen Unternehmens aus, um die Erfüllung der dem Unternehmer übertragenen Pflichten zu überwachen. Das Rechtsverhältnis zwischen Unternehmer (Konzessionär) und Verleiher (Konzedent) untersteht in allen Beziehungen dem öffentlichen Recht. Ist die Konzession einer Privatperson erteilt, so bleiben dagegen ihre Beziehungen zu Dritten dem Privatrecht unterworfen; der beliehene Unternehmer schließt mit den Benutzern seines Unternehmens zivilrechtliche Verträge ab u. a. m. Eine öffentlich-rechtliche Korporation dagegen besitzt die Möglichkeit, das auf Grund der Verleihung begründete Unternehmen auch Dritten gegenüber als öffentlich-rechtliche Anstalt auszugestalten (städtische Trambahnen, Reichsbahngesellschaft u. a. m.).²²

¹⁹ Ausgedehntere Pflichten hat insbesondere die Eisenbahn gegenüber der Post- und Militärverwaltung zu erfüllen: unentgeltliche Beförderung von Postwagen, Beförderung von Truppen zu reduzierten Ansätzen usf. Reichs-„Eisenbahn-Post-Gesetz“ v. 20. Dez. 1875. RVerf. Art. 96 (Landesverteidigung). Reichsbahngesetz von 1924, § 13. Vgl. dazu WStVR. I² S. 659 (v. d. Leyen). Fritzs ch, Deutsches Eisenbahnrecht, 1927, S. 379, 386.

²⁰ Vgl. darüber Fritzs ch, Deutsches Eisenbahnrecht, S. 90, 123. Für die Schweiz: Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 476.

²¹ Die Verletzung eines solchen Ausschlußrechtes würde einen Schadenersatzanspruch auslösen, gemäß den oben § 18 und unten § 23 dargelegten Grundsätzen. Erlaß der preuß. Ministerien v. 13. Juli 1912 (Reger 32, 592).

²² Das trifft insbesondere zu für die auf Grund des Reichsbahngesetzes v. 30. Aug. 1924 vom Reich errichtete „Deutsche Reichsbahn-Gesellschaft“ (s. oben S. 122, 347). Sie ist eine öffentlich-rechtliche Korporation, welcher das Reich durch eine echte Konzession das ausschließliche Recht zum Betriebe der Reichseisenbahnen bis zum 31. Dez. 1964 übertragen hat. Ihre Fahrkarten sind öffentliche Urkunden (Eger, Eisenbahnr. Entsch. 43, 296), ihre Beamte sind (mittelbare) Reichsbeamte (RGERSt. 19. März 1926; JW. 1927, 708). Sarter und Kittel, Die neue Deutsche Reichsbahngesellschaft, 1924. Fritzs ch, Deutsches Eisenbahnrecht, S. 47 f., 192 f. Lassar, Reicheigene Verwaltung, S. 177 f. Reschke, Die rechtliche Stellung der Reichsbahngesellschaft, 1927. R. Janz, Zur Frage der Rechtsstellung der Deutschen Reichsbahngesellschaft und der Reichsbahnbeamten (Zft. f.

Gesteigerte Rechte und Pflichten werden bei der Verleihung einer Verkehrsunternehmung begründet. So wird regelmäßig dem Unternehmer einer Eisenbahn oder einer öffentlichen Straße (Unternehmerstraße) die Befugnis verliehen, die erforderlichen Grundstücke im Wege der Expropriation erwerben zu dürfen (oben § 18). Von den Eigentumsbeschränkungen aber, denen die Nachbarn von Staats- wie Privatbahnen unterworfen sind, ist bereits oben S. 332 ff. die Rede gewesen. Dieses erhöhte öffentliche Interesse kommt andrerseits in der im öffentlichen Rechte begründeten Befugnis des Verleihers zum Ausdruck, verliehene Verkehrsunternehmungen an sich ziehen zu dürfen. Es sei hingewiesen auf das sog. staatliche Rückkaufsrecht, demzufolge der Staat Privatbahnen, die dem öffentlichen Verkehr dienen,²³ und private Schifffahrtskanäle²⁴ durch einseitigen Hoheitsakt erwerben kann, und ferner auf den gesetzlichen Anspruch der Gemeinden, von dem Unternehmer die Abtretung der Unternehmerstraße verlangen zu dürfen.

Das durch die Konzession begründete öffentliche Individualrecht ist gegen einen rechtmäßigen Eingriff der öffentlichen Gewalt ebensowenig gefeit, wie jedes andere Recht des Privaten. Aber auch hier kann der Eingriff eine Pflicht zu öffentlich-rechtlicher Entschädigung nach sich ziehen (oben § 18).²⁵

2. Die Tatsache, daß der Unternehmer in Wahrheit ein Stück öffentlicher Verwaltung führt, wird in besonderem Grade sichtbar bei der Eisenbahnkonzession.²⁶ Der Charakter eines RPF. in Bayern 22, 217). Mosel, HWB. I²³, S. 460, Art. „Eisenbahnenwesen I“.

²³ Naturgemäß fallen sog. Privatanschlußbahnen, die ein Fabrikgrundstück mit dem öffentlichen Bahndamm verbinden sollen, außer Betracht. Denn Privatanschlußbahnen sind keine öffentlichen Verkehrsunternehmungen. Fritsch, Deutsches Eisenbahnrecht, S. 84.

²⁴ Bitters, HWB. II² S. 478.

²⁵ Beispiel: Einem gesetzmäßigen Befehl der Behörde, der die Verwaltung einer Privatbahn zur Einlegung von neuen Zügen im Interesse des Postdienstes zwingt, kann sich der Konzessionär nicht widersetzen. Allein der Staat hat dafür Entschädigung zu leisten. Entsch. d. Schweiz. Bundesgerichts Bd. III (1877), S. 780; XI (1885) S. 220; XVII (1891) S. 170; XXIX (1903), Teil 1, S. 56. Dupraz et Correvon, La question des trains de nuit envisagée au point de vue juridique, 1886. Ripert, Les rapports entre la police et le pouvoir de gestion dans les situations contractuelles (Revue du Droit public XXII [1905], p. 5). — Für das französische Recht: Conseil d'Etat 11 mars 1910 (Sirey, Recueil général des lois et arrêts, 1911, III 1, und die Erörterungen von Hauriou in der Note daselbst).

²⁶ Carrard, A. Heusler und Hilty, Drei Rechtsgutachten,

öffentlichen Unternehmens prägt sich hier aus in der Pflicht des privaten Unternehmers (Konzessionärs) zur Errichtung und zum Betrieb der Bahn; ²⁷ in dem Kontrahierungszwang; ²⁸ in der Unzulässigkeit eines Verzichts auf die Konzession nach der Betriebs-

betr. die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzession, 1877. Seiler, Ueber die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzession nach schweiz. Recht (Zürcher Dissertation, 1888; bespricht u. a. die verschiedenen Theorien). Gleim, Das Eisenbahnbaurecht, 1893, Bd. I, S. 83 ff. Randa, Bemerkungen zur Nordbahnfrage (Grünhuts Zft. für das Privat- und öffentliche Recht XII, S. 694) und über denselben Gegenstand A. Exner und Grünhut, ebendasselbst XIV, S. 704 und 715. Georg Meyer, Erwiderung auf die Denkschrift des Herrn Prof. Laband über die Verstaatlichung der hessischen Ludwigs-Eisenbahn (s. unten Anm. 35). Georg Eger, Das preuß. Ges. über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen v. 28. Juli 1892, 3. Aufl., 1913. Theodor Kittel, Die rechtliche Stellung des Straßenbahnunternehmers zum Staat und zur Gemeinde nach deutschem Verwaltungsrecht (Eger, Eisenbahnrechtl. Entsch. Bd. 23 [1907], S. 19 ff., 327 ff. und die dort zitierte Literatur). Schelcher in Fischers Zft. 20 (1899), S. 1, 97. WB. StVR.² I 661 (Fritsch). Fritsch, Hbch. d. Eisenbahngesetzgebung in Preußen und im Deutschen Reich, 2. Aufl., 1912. Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 39, 330. W. Burckhardt, Studien zum schweizerischen Eisenbahnrecht (Polit. Jahrbuch d. schweiz. Eidgenossenschaft XXV [1911] S. 63 ff.). Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 472 f. (und dort zitierte Literatur). W. Jellinek, 504, 507. — Ueber die Ausecheidung der Kompetenzen bei der Konzessionierung von Eisenbahnen zwischen dem Reich und den Ländern: RVerf. Art. 89 f., insbes. Art. 90, 94 (Bahnmonopol) und dazu die Kommentare von Anschütz, von Giese und von Poetzsch. Karl Stieler, Die Deutschen Eisenbahnen unter der alten und der neuen Reichsverfassung, 1924 (Tübinger Abh. z. öffentl. Recht, Heft 1). Derselbe, Grundfragen aus dem Gebiete des deutschen Eisenbahnwesens, 1925 (ebenda Heft 5). Mosel, HWB. I ¹³, S. 467 f., Art. „Eisenbahnwesen II“. Fritsch, Deutsches Eisenbahnrecht, 1927, S. 66 f., 78 f. Ueber die staatsrechtliche Stellung von Reich und Ländern zum Eisenbahnwesen auf Grund der RVerf. von 1871, Art. 41: Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht ⁷, S. 246 f. — Für Frankreich: Berthélemy, Droit administratif ¹¹, p. 755 suiv. Hauriou, Précis de droit adm.¹¹, p. 802 suiv. Für die Schweiz: Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 464 f.

²⁷ Fritsch, Deutsches Eisenbahnrecht, S. 244 f. Reichsbahngesetz von 1924, § 16. Neben den Konzessionen und den Reichs- und Landesgesetzen sind maßgebend die vom Bundesrat erlassene Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung v. 4. Nov. 1904 und die Eisenbahnverkehrsordnung v. 23. Dez. 1908. Die staatsrechtliche Gültigkeit dieser letzteren ist angefochten. Laband, Staatsrecht, III ⁵S. 130 ff.

²⁸ HGB. § 453. Eisenbahnverkehrsordnung § 3. Nipperdey, Kontrahierungszwang, S. 37 f. Fritsch, Deutsches Eisenbahnrecht, S. 245, 343.

eröffnung; ²⁹ in der Unpfändbarkeit der Betriebsmittel; ³⁰ in der „Anschlußpflicht“; ³¹ in dem Umstand, daß der Eisenbahndamm rechtlich wie ein öffentlicher Weg geschützt wird; ³² in der Geltendmachung der sog. Tarifhoheit, ³³ d. h. der Befugnis des Staates, auch den Organen der Privatbahn die Ansätze vorzuschreiben, die sie den Beförderungsverträgen zugrunde legen müssen.

Alle Eisenbahnkonzessionen enthalten Vorschriften, denen zufolge nach Ablauf der Konzessionsdauer das Unternehmen, meist gegen Ersatz des vollen Wertes, an den Staat fällt („Heimfall“) oder denen zufolge der Staat schon vor Ablauf der Konzession zu bestimmten Terminen von dem Rechte des „Rückkaufs“ Gebrauch machen und so die Verstaatlichung herbeiführen kann. In beiden Fällen handelt es sich nicht um privatrechtliche Vorgänge. Beim Heimfall und beim Rückkauf erwirbt der Staat das Eigentum originär, kraft öffentlichen Rechtes. Der konzessionsmäßige Rückkauf ³⁴ insbesondere ist nichts anderes als Zwangsenteignung eines Eisenbahnunternehmens.³⁵ Die Bestimmungen der Konzessions-

²⁹ F r i t z s c h, Eisenbahnrecht, S. 429, 434.

³⁰ Reichsgesetz betr. die Unzulässigkeit der Pfändung von Eisenbahnbetriebsmitteln v. 3. Mai 1886. — In Betracht fallen auch die Landesgesetze über die Bahneinheit (EG. z. BGB. Art. 112). Nach diesen können einzelne zum Bestand eines Eisenbahnunternehmens gehörige Stücke durch Pfandgläubiger nicht ihrem Zwecke entfremdet werden. K o e h n e, Grundriß des Eisenbahnrechts, S. 62. E n d e m a n n, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, II^o S. 286, 302, 783. F r i t z s c h, Deutsches Eisenbahnrecht, S. 244 f. Reichsbahngesetz von 1924, § 16.

³¹ RVerf. Art. 94, Abs. 3: „Jede Eisenbahnverwaltung muß sich den Anschluß anderer Bahnen auf deren Kosten gefallen lassen.“

³² O t t o M a y e r, Eisenbahn und Wegerecht (ArchöfR. 15, 511; 16, 32 und 203). — Die dem alten Straßenregal entstammende Vorstellung, daß die Eisenbahnwege Verkehrswege sind, hat auch in Ländern mit Privatbahnsystem die Rechtfertigung für die Einführung der staatlichen Konzessionspflicht gebildet. So in der Schweiz: F l e i n e r, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 473.

³³ RVerf. Art. 90, 95.

³⁴ RVerf. Art. 89, Abs. 2: „Die Rechte der Länder, Privateisenbahnen zu erwerben, sind auf Verlangen dem Reich zu übertragen.“ Rückkauf bei Kleinbahnen: F r i t z s c h, Deutsches Eisenbahnrecht, S. 436 f.

³⁵ O t t o M a y e r, II³ S. 267. G i e r k e, Deutsches Privatrecht, II S. 469, Anm. 7. T e z n e r im ArchöfR. 9, S. 537. Anderer Ansicht: K o e h n e, Grundriß des Eisenbahnrechts, S. 104. L a b a n d, Denkschrift über die Verstaatlichung der Hessischen Ludwigs-Eisenbahn, 1893 (Laband erblickt in den Normen der Konzession über den Rückkauf eine privatrechtliche Abrede über einen zukünftigen Kaufvertrag). A. H e u s l e r, in der

urkunden über Zulässigkeit und Termine des Rückkaufs und über den Rückkaufspreis enthalten kein pactum de vendendo, sondern Spezialnormen für die Vornahme der Enteignung und für die Feststellung der Enteignungsentschädigung.

Auch Straßenbahnen bedürfen einer staatlichen Eisenbahnkonzession,³⁶ mag als Unternehmer eine private Gesellschaft oder eine Gemeinde auftreten. Da aber die Straßenbahn über keinen eigenen Bahnkörper verfügt, sondern die öffentliche Straße benutzt, so hat der Unternehmer überdies ein besonderes Recht auf diese gesteigerte Straßenbenutzung zu erwerben. Dieses Recht wird nicht etwa schon mit der Eisenbahnkonzession verliehen. Es muß von dem Herrn der öffentlichen Straße, getrennt von der Eisenbahnkonzession, erworben werden. Die Eisenbahnkonzession wird dem Straßenbahnunternehmen regelmäßig erst erteilt auf den Nachweis hin, daß ihm dieses Straßenbenutzungsrecht zugesichert worden ist.

2. Die öffentlichen Sachen.

§ 21. Die öffentlichen Sachen im Allgemeinen.¹

I. Die Sachen, deren sich der Staat oder ein anderer öffentlich-rechtlicher Verband zur Erfüllung seiner Aufgaben bedient, nennt

Zft. f. Schweiz. Recht, n. F. 16, 409. — Ueber den Rückkauf der schweiz. Hauptbahnen durch den Bund vgl. *Fleiner*, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 469 f.

³⁶ Vgl. die oben Anm. 26 zitierte Abhandlung von *Kittel*; ferner *Hein*, Das Recht der Straßenbahnen in Preußen, 1925. *Mosel*, HWB. II¹³ S. 757, Art. „Straßenbahnen“ und unten die Erörterungen des § 23. Das Landesrecht hat bisweilen für Straßenbahnen (Kleinbahnen) besondere Vorschriften erlassen. Vgl. insbesondere das Preuß. Gesetz über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen v. 28. Juli 1892 und dazu den Kommentar von *Eger*, 3. Aufl., 1913. *Eger*, Art. „Kleinbahnen“ im WStVR.³ II 578. *Fritzsch*, Deutsches Eisenbahnrecht, S. 78 f.

¹ *Otto Mayer*, II³ §§ 35—41; besonders eingehend in der zweiten Auflage des Werkes II³ (1917) §§ 35—41 (über Mayers Lehre auch die Erörterungen dieses Buches unten S. 355). *Schoen*, Enzykl. IV, S. 284 f. *Herrnritt*, 377 f. *Hatschek*, Lehrb. d. VerwR.⁵, S. 433 f. *E. Kaufmann*, WStVR. III² 707 f. *W. Jellinek*, 482 (Literatur), 485. *Mosel*, HWB. II¹³ S. 220, Art. „öffentl. Sachen“. *Friedrichs*, Bürgerl. und öffentl. Sachenrecht (ArchöfR. 40, 257 - n. F. 1, 257). *Biermann*, Die öffentl. Sachen, 1905. *Gierke*, Deutsches Privatrecht, II § 102 (mit reichen Angaben aus Literatur und Praxis). *Bekker*, Pandekten, I §§ 77, 78. *Endemann*, Bürgerl. Recht, Bd. II, §§ 4, 5. *Regelsberger*, Pandekten, I S. 415 ff. *Göz*, Verwaltungsrechtspflege in Württemberg,

man öffentliche Sachen im weiteren Sinn. Ihrer Zweckbestimmung nach gehören sie entweder zum Finanzvermögen oder zum Verwaltungsvermögen oder zu den Sachen im Gemeingebrauch.²

Zum Finanzvermögen (Fiskalgut, werbendes Vermögen usf.) rechnet man die Sachen, die durch ihren Kapitalwert oder durch ihre Erträge dem Staat oder der Gemeinde die finanziellen Mittel zur Führung der öffentlichen Verwaltung liefern: Bargeld, Wertpapiere, Aecker, Wälder, Fabrikanlagen, Anlagen eines fiskalischen Seebadunternehmens³ usf. Das Finanzvermögen untersteht dem Privatrecht. Die Veräußerung und Belastung der dazu gehörigen Sachen erfolgt in den Formen des Privatrechts; die erwähnten Sachen sind der Pfändung und Zwangsvollstreckung zugänglich, wie das Vermögen eines beliebigen Privatmanns. Bei der Verwaltung dieses Vermögens können die zuständigen Organe nicht bloß durch Rechtssätze, sondern daneben noch durch Dienstinstruktionen gebunden sein; für Dritte sind diese letzteren jedoch ohne Bedeutung. Da juristisch Besonderes für das Finanzvermögen nicht gilt, so fallen auch die Sachen, die dazu gezählt werden, für die nachstehenden Erörterungen außer Betracht.

Als öffentliche Sachen im engeren Sinn erscheinen nur die Objekte, welche entweder der Benutzung jedermanns offen stehen (Sachen im Gemeingebrauch), oder welche die unentbehrliche sachliche Grundlage für die Erfüllung einer bestimmten Verwaltungsaufgabe darstellen (Verwaltungsvermögen). Die genannten Sachen dienen somit öffentlichen Zwecken durch ihren unmittelbaren Gebrauchswert, nicht durch ihren Kapitalwert (wie die

S. 369 ff. Moll, in Gruchots Beiträgen Bd. 54. Joseph Oswald, Die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen nach geltendem deutschen Privat- und Verwaltungsrecht (Heidelberger Dissertation, 1909). H. Theobald, Die Rechtsverhältnisse der öffentl. Sachen, Heidelberger Diss. 1912. Carl Wieland, Das Sachenrecht des Schweiz. Zivilgesetzbuchs, 1909, Erläuterungen zu Art. 664 (Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch, Zürich, Bd. IV). E. Ruck, Das Eigentum im schweiz. Verwaltungsrecht (Festgabe der jurist. Fakultät Basel f. Paul Speiser, 1926, S. 16 f.). Robert Greuter, Das Recht der öffentl. Sachen im Kanton Zürich, Züch. jur. Diss., 1919. Emil Müller, Das Eigentum an den öffentl. Sachen im schweiz. Recht (Zft. f. Schweiz. R., n. F. 31, 207). Napp, Die öffentl. Sachen nach baselstädtischem Verwaltungsrecht (ebenda 35, 135). R. Amberg, Läßt die Regelung des Zivilgesetzbuches die Aufstellung eines besonderen Begriffs des öffentl. Eigentums zu? (ja; Zft. f. schweiz. R., n. F. 39, 421).

² Laband, Staatsrecht, IV⁵ S. 345, 352.

³ ProVG. 1. Dez. 1911 (Entsch. Bd. 62, S. 296).

Sachen des Finanzvermögens). Sie gliedern sich in zwei Unterarten: Im **Gemeingebrauch** stehen die Sachen, die vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit (z. B. Flüsse, Gletscher) oder vermöge ihrer rechtlichen Zweckbestimmung von jedermann benutzt werden können: öffentliche Straßen und Brücken, öffentliche Brunnen, Stühle und Bänke auf einer öffentlichen Promenade, öffentliche Uhren usf. Im Gegensatz dazu setzt sich das **Verwaltungsvermögen** zusammen aus den Sachen, welche den Apparat für den Betrieb öffentlicher Anstalten darstellen: Schulhäuser, Krankenhäuser, Liegenschaften und Maschinen städtischer Gas- und Elektrizitätswerke, Museen, Kasernen, Festungswerke, Kirchengebäude, Begräbnisplätze, Telegraphenapparate, Gewehre und Kanonen, Kultusgegenstände der Landeskirchen usf.⁴ In solchen Sachen verkörpern sich bestimmte Verwaltungstätigkeiten. Die erwähnten Objekte sind nach ihrer ganzen Beschaffenheit unmittelbar dem öffentlichen Dienst gewidmet.

Keine deutsche Gesetzgebung besitzt einen Katalog, der darüber Aufschluß gäbe, welcher von den drei Kategorien öffentlicher Sachen (Finanzvermögen, Verwaltungsvermögen, Sachen im Gemeingebrauch) das einzelne von der öffentlichen Verwaltung in Gebrauch genommene Objekt zuzurechnen ist. Wir sind daher genötigt, dies von Fall zu Fall erst festzustellen.

II. Es macht die Eigenart der öffentlichen Sachen im engeren Sinn aus, daß für sie teils öffentliches Recht, teils Privatrecht maßgebend ist.

1. Sofern nicht die Natur selbst, wie bei den natürlichen Wasserläufen, eine Sache zu einer öffentlichen gemacht hat, kann die Sache nur durch einen öffentlich-rechtlichen Akt des zuständigen Staatsorgans zu einer öffentlichen gestempelt und nur durch einen Akt gleicher Art ihrer öffentlichen Zweckbestimmung wieder entzogen werden. Dieser Akt ist die Widmung, die Indienststellung. Erst von dem Augenblick an, da z. B. die zuständige Wegpolizeibehörde den Gemeingebrauch eröffnet, wird das Weggrundstück zur öffent-

⁴ **Stier-Somlo**, HWR. II 430 f., III 42 f. **Meurer**, Art. „Heilige Sachen“ im WStVR.³ II 380. **Friedberg**, Kirchenrecht, 6. Aufl., S. 586 ff. **Schoen**, Evangel. Kirchenrecht in Preußen, II (1910) S. 444. Vgl. die besondere Gewährleistung des kirchlichen Eigentums (keine entschädigungslose Säkularisation) in der RVerf. Art. 138, Abs. 2 und dazu der **Komm. von Giese**.

lichen Straße.⁵ Es ist selbstverständlich, daß die Behörde eine Sache einem öffentlichen Zwecke nur widmen darf, wenn sie auch die privatrechtliche Verfügungsgewalt darüber besitzt. Fehlt ihr diese, so braucht um deswillen die Widmung nicht nichtig zu sein.⁶ Allein nicht nur die Widmung ist ein Ausfluß der obrigkeitlichen Gewalt, sondern auch die Aufstellung der Vorschriften über die Benutzung der öffentlichen Sachen. Diese Normen selbst sind öffentlich-rechtlicher Natur. Es sei hingewiesen auf die Ordnungen über die Benutzung der öffentlichen Straßen, Bibliotheken, Museen usw. Die Vollziehung dieser Vorschriften fällt in die Kompetenz der Verwaltungsbehörden. Streitigkeiten über die Benutzung einer öffentlichen Sache gehören deshalb grundsätzlich nicht vor die ordentlichen Gerichte, sondern vor die Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte. Der Satz gilt selbstverständlich auch für die Fälle, in denen verschiedene öffentlich-rechtliche Korporationen untereinander über die Benutzung eines und desselben Objekts streiten. Ein hierher gehöriges Beispiel bieten die Streitigkeiten über den gemeinschaftlichen Gebrauch desselben Kirchengebäudes durch mehrere Konfessionen (Simultangebrauch).⁷

2. Die vorstehend gekennzeichnete öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung verdeckt häufig die privatrechtliche Seite der öffentlichen Sache. Die herrschende Lehre nimmt mit Fug an, daß öffentliche Sachen i. e. S., soweit für sie nicht öffentliches Recht zur Anwendung kommt, unter der Privatrechtsordnung stehen. Insbesondere sind öffentliche Sachen regelmäßig der gewöhnlichen privatrechtlichen Eigentumsherrschaft einer Person unterworfen. Als Eigentümer öffentlicher Sachen erscheint meist eine öffentlich-rechtliche Korporation (Staat oder Gemeinde); ausnahmsweise kann die Sache auch einem Privatmann gehören.⁸ Nur das Bett öffent-

⁵ Ueber die Beurteilung der Frage, ob eine Straße eine öffentliche sei, vgl. z. B. württ. VerwRPfIGes. Art. 10, Ziff. 21. Germershausen, Wegerecht in Preußen, I³ S. 696.

⁶ RGerZ. Bd. 64, S. 184. Soergel, I S. 622, Nr. 10. Preuß. Zuständigkeitsgesetz von 1883, § 56. Vgl. darüber unten § 23.

⁷ Vgl. unten § 22.

⁸ Wassergesetz für Sachsen von 1909, § 5, und dazu die Bemerkungen in dem Kommentar zum Wassergesetz von W. Schelcher, Bd. II, S. 23 ff. Vgl. auch das Reichsgesetz über die Rechtsverhältnisse der zum dienstlichen Gebrauch einer Reichsverwaltung bestimmten Gegenstände v. 25. Mai 1873, teilweise abgeändert durch die Reichsgesetze v. 15. April 1911 und 31. Dez. 1922; s. den geltenden Text bei Sartorius, Sammlung von Reichs-

licher Flüsse wird, solange die Wasserwelle darüber hingehet, von einzelnen Gesetzgebungen (Württemberg, Schweiz),⁹ als eigentumsunfähig behandelt.¹⁰

Der soeben erwähnten Auffassung tritt in neuerer Zeit in Deutschland eine namentlich von Otto Mayer begründete¹¹ Lehre

gesetzen staats- und verwaltungsrechtlichen Inhalts⁷, 1927, S. 77. Stier-Somlo, HWR. II 430. Vgl. auch Reichsgesetz ü. d. gegenseitigen Besteuerungsrechte des Reichs, der Länder und der Gemeinden v. 10. Aug. 1925, § 4.

⁹ Württ. Wassergesetz von 1900, Art. 7. Schweiz. Zivilgesetzbuch, Art. 664: „Die herrenlosen und die öffentlichen Sachen stehen unter der Hoheit des Staates, in dessen Gebiet sie sich befinden. An den öffentlichen Gewässern, sowie an dem der Kultur nicht fähigen Lande, wie Felsen und Schutthalden, Firnen und Gletschern, und den daraus entspringenden Quellen besteht unter Vorbehalt anderweitigen Nachweises kein Privateigentum. Das kantonale Recht stellt über die Aneignung des herrenlosen Landes, die Ausbeutung und den Gemeingebrauch der öffentlichen Sachen, wie der Straßen und Plätze, Gewässer und Flußbette, die erforderlichen Bestimmungen auf.“ Ueber das im wesentlichen damit übereinstimmende französisch-rheinische Recht: Soergel, II S. 74, 77. Für Preußen sind die Verhältnisse bis zum Wassergesetz v. 7. April 1913 bestritten gewesen: Bitters HWB., Art. „Flüsse“, I³ S. 604; Johow, Jahrbuch Bd. 42, S. 176; RGerZ. Bd. 80, S. 366; für das neue Recht s. unten § 23, I. Nach EG. z. BGB. Art. 65 ist die Aufstellung aller Vorschriften, welche dem Wasserrecht angehören, der Landesgesetzgebung vorbehalten geblieben. Das Landesrecht besitzt infolgedessen auch die Kompetenz, das Bett öffentlicher Flüsse als eigentumslos zu erklären. An den dem allgemeinen Verkehr dienenden Wasserstraßen, die das Reich gemäß RVerf. Art. 97 und 171 und gemäß Staatsvertrag von 1921 auf den 1. April 1921 übernommen hat, besitzt das Reich „Eigentum und Verwaltung“. Vgl. ferner Hofacker, Das „Eigentum“ an Wasserläufen (VerwArch. 30, 161).

¹⁰ Eigentumsunfähig ist der Meeresboden; dazu gehört der Teil des Meeresstrandes, welcher täglich von der normalen höchsten Flut überströmt wird. ProVG. 1. Dez. 1911 (DJZ. 17, 758).

¹¹ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, II §§ 35, 36, und der Aufsatz: „Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentumes“ (ArchöffR. 21 [1907], S. 499), ferner Art. „Öffentliche Sachen“ im WStVR.³ III 9. Lauer, Enteignungsrecht, S. 617, 623. Kisch, Elsaß-Lothr. Landesprivatrecht, § 67. Hatschek, im VerwArch.⁷ Bd. VII, S. 459. Zeimer, Abgrenzung des öffentlichen und des privaten Eigentums im Elsaß-Lothring. Recht (Jurist. Zft. f. Elsaß-Lothringen Bd. 38, S. 144). Friedrich List, Grundriß eines Bibliothekrechts, S. 86 f. Eine nähere Begründung der Lehre hat zuerst gegeben Eisele, Die Rechtsverhältnisse der res publicae in publico usu, Basler Rektoratsprogramm, 1873. S. ferner Nicolas Karadgé-Iskrow, Les choses publiques en droit romain, Paris 1928. — Die Folgerungen, die sich aus der verschiedenen Auffassung

entgegen, die alle Sachen, in denen sich ein Stück öffentlicher Verwaltung verkörpert (Sachen im Gemeingebrauch, Eisenbahnen, Kirchhöfe, Festungen, Kirchengebäude), der Herrschaft des Privatrechts entrücken und nach allen Seiten dem öffentlichen Rechte unterstellen will. Sie schmilzt die sachenrechtliche Herrschaft über das Objekt mit der hoheitlichen Verwaltung darüber zusammen zu einem einheitlichen Institut, dem sog. „öffentlichen Eigentum“. Diese Theorie weist demgemäß nicht nur die Streitigkeiten über die Benutzung der öffentlichen Sachen, sondern auch die Schadenersatzansprüche wegen Beschädigung oder wegen mangelhaften Unterhalts des öffentlichen Eigentums der Beurteilung der Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte zu. Diese Auffassung ist nicht neu. Das römische Recht hat demselben Gedanken praktische Gestalt gegeben, und das moderne französische Verwaltungsrecht hat ihn in dem Begriff „le domaine public“ ausgestaltet.¹² Die Lehre vom öffentlichen Eigentum bezweckt, die öffentlichen Sachen der Herrschaft des Privatrechts zu entziehen und für sie nach allen Richtungen ein einheitliches öffentliches Recht auszubilden. In dem Streit um die Basler Festungswerke (1859) hat diese Forderung nach richterlicher Anerkennung gerungen.¹³ Sie ist aber

der öffentlichen Sachen ergeben, stellt sehr gut zusammen: *Herbert Schelcher*, *Der öffentliche Weg und seine Bedeutung für das öffentliche und das Privatrecht* (Fischers Zft. Bd. 31 [1906], S. 1 ff.). Anhänger und Gegner der Lehre vom öffentl. Eigentum sind aufgezählt in der oben Anm. 1 zitierten Arbeit von *Friedrichs*, *ArchöffR.* 40, S. 307 f.

¹² *Hauriou*, *Précis de Droit administratif* ¹¹, p. 636. *Laferrière*, *Juridiction administrative*, I p. 544. *Berthélemy*, *Droit administratif* ¹¹, p. 474. *Otto Mayer*, *Theorie des franz. Verwaltungsrechts*, S. 227. — Ueber das italienische Recht s. *S. Romano*, *Diritto amministrativo* ³, p. 458. *S. Trentin*, *L'actio finium regundorum in confronto del demanio pubblico* (*Rivista di Diritto pubblico* 1910). *Giov. Salemi*, *Natura giuridica dell' uso comune dei beni demaniali*, 1923 (*Studi Sassaresi ser. 2*, vol. 2). *Presutti*, *Istit. di dir. amm. ital.*, I ³ p. 223.

¹³ Bei der Trennung von Basel-Stadt und Basel-Land i. J. 1833 wurde Basel-Stadt für verpflichtet erklärt, an Basel-Land 64 Prozent des Staatsgutes abzugeben. Die Ausscheidung wurde sofort vollzogen. Als jedoch i. J. 1859 Basel-Stadt seine Festungswerke schleifte und das freigewordene Areal zum Teil in öffentliche Anlagen verwandelte, zum Teil aber als Bauplätze verkaufte, erhob Basel-Land Anspruch auf den Erlös. Hier entstand nun die Frage, ob an den Festungswerken privatrechtliches Eigentum bestanden habe, das in die Teilungsmasse gehöre. *L. v. Keller*, *Jhering*, *Dernburg*, *Rüttimann* sprachen sich in Gutachten in verschiedenem Sinne darüber aus. Durch Urteil des Schweiz. Bundesgerichts v. 29. Okt. 1862

damals unterlegen. Gesetzgebung und Praxis haben an dem Dualismus festgehalten.¹⁴ Maßgebend für diese Entscheidung ist gewesen die Erwägung, daß es in Deutschland an einer besonderen Rechtsordnung des öffentlichen Eigentums fehlt, und mitgewirkt hat ferner das Bestreben, die Kompetenz zur Beurteilung von Streitsachen der erwähnten Art den ordentlichen Gerichten zu erhalten. Mag man diese Lösung billigen oder tadeln, soviel steht fest, daß sich in Deutschland die Gesetzgebung ihr im wesentlichen angeschlossen hat.¹⁵

wurde festgestellt, daß auch an den Festungswerken privatrechtliches Eigentum bestanden habe und der Verkaufserlös in die Teilungsmasse falle. Durch Uebereinkunft zwischen Basel-Stadt und Basel-Land v. 2. März/21. April 1863 wurde die Höhe des Basel-Land gebührenden Anteils und die endgültige Abfindung festgestellt. Die Gutachten s. in der Schrift: „Der Rechtsstreit über die Basler Festungswerke, herausgegeben auf Anordnung der H. Regierung des Kantons Basel-Stadt, 1862.“ R. A m b e r g, Der Basler Schanzenstreit (Schweiz. Zentralblatt f. Staats- und GemVerw. 19 [1918], Nr. 1, 3, 4). E. H i s, Eine histor. Staatsteilung. Die Basler Teilung 1833—35 und der sog. Schanzenprozeß 1861—1862 (Festgabe f. Fleiner, 1927, S. 75 f.). — R e g e l s b e r g e r, Pandekten, I S. 423. W i n d s c h e i d - K i p p, Pandekten, I § 146, Anm. 17. H. T h e o b a l d, Rechtsverhältnisse der öffentl. Sachen, S. 1 (Literatur) und 12 ff.

¹⁴ Vgl. z. B. Bad. Wassergesetz §§ 5, 23. W i e n e r, Bad. Wasserrecht, S. 326. Eine indirekte Anerkennung dieser Auffassung enthält auch die Reichsgrundbuchordnung von 1897, § 90; danach kann durch landesherrliche Verordnung bestimmt werden, daß die Grundstücke des Fiskus oder gewisser juristischer Personen, die öffentlichen Wege und Gewässer sowie solche Grundstücke, welche einem dem öffentlichen Verkehre dienenden Bahnunternehmen gewidmet sind, nur auf Antrag ein Grundbuchblatt erhalten. Preuß. Wassergesetz v. 7. April 1913, § 13: „Im Grundbuch wird ein Wasserlauf nur auf Antrag des Eigentümers oder eines Berechtigten eingetragen . . .“ Komm. z. Wassergesetz I³ u. 4, 1927. v. H o l t z - K r e u t z u n d S c h l e g e l b e r g e r. S. auch Schweiz. Zivilgesetzbuch Art. 944, Abs. 1. — Die Bedenken gegen die Lehre vom öffentlichen Eigentum s. bei F l e i n e r, Umbildung zivilrechtl. Institute durch das öffentl. Recht, S. 15 ff.

¹⁵ In Elsaß-Lothringen blieb auch unter der deutschen Herrschaft die Lehre vom „domaine public“ anerkannt. K i s c h, Elsaß-Lothr. Landesprivatrecht, § 67. — Auch in Sachsen schloß sich die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts zunächst der Lehre Otto Mayers vom öffentlichen Eigentum an. Vgl. nämlich das Urteil d. Kgl. Sächs. OVG. v. 5. Febr. 1902 (Jahrbücher 2, S. 99): Ein Hauseigentümer hat die Trottoirplatten vor seinem Hause durch Abladen von Bierfässern beschädigt; der Stadtrat fordert von ihm Ersatz der Reparaturkosten; der Beklagte verlangt gerichtliche Entscheidung; der Stadtrat belehrt ihn, daß nur der Verwaltungsweg zulässig sei, da es sich um Verletzung öffentlichen Eigentums handle.

Die Herrschaft des Privatrechts über die öffentlichen Sachen im engeren Sinne hört an dem Punkte auf, an dem der öffentliche Dienst der Sache beginnt.¹⁶ Allgemein ist dies anerkannt für die Sachen im Gemeingebrauch; nach den meisten Gesetzgebungen gilt es jedoch auch für das Verwaltungsvermögen.¹⁷ Die öffentliche Sache kann durch ein privatrechtliches Geschäft ihrer öffentlichen Zweckbestimmung nicht entfremdet werden. Daher ist eine Bestellung dinglicher Rechte an einer öffentlichen Sache zugunsten eines Dritten rechtlich nur soweit möglich, als die Ausübung dieser Rechte die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe, der die Sache gewidmet ist, weder hindert, noch in Frage stellt.¹⁸ Ebenso können dingliche Rechte, die an der Sache vor ihrer öffentlichen Indienststellung begründet worden sind, nur in dem Umfange weiter ausgeübt werden, als sie den öffentlichen Gebrauch nicht schmälern.¹⁹ Die Zwangs-

Auf Anfechtungsklage hin gibt das OVG. dem Stadtrat recht. In seinem Urteil v. 2. Febr. 1910 (Jahrbücher 15, S. 175) ist jedoch das Sächs. OVG. von seiner ersten Ansicht abgegangen und hat sich der herrschenden Anschauung angeschlossen; vgl. auch Urteil v. 2. März 1912 (Jahrbücher 18, 216). In Anlehnung an die französische Theorie (*domaine public*) und die Lehre Otto Meyers vom öffentlichen Eigentum hat dagegen das Urteil d. RGerZ. v. 1. Okt. 1912 (Entsch. Bd. 80, S. 123; PrVBl. 34, 895) erklärt, daß in der Rheinprovinz die Uebertragung des Eigentums an einem Hafentbett einen öffentlich-rechtlichen Akt des Staats darstellt und infolgedessen nicht der Auflassung gemäß BGB. § 925 bedarf.

¹⁶ Die Kompetenz der Landesgesetzgebung zur Zurückdrängung des Privateigentums aus Gründen des öffentlichen Rechts ist ausdrücklich vorbehalten im EG. z. BGB., Art. 55, 109, 111.

¹⁷ In Baden untersteht das Verwaltungsvermögen im großen und ganzen den allgemeinen Vorschriften des bürgerl. Rechts. Walz, Bad. Staatsrecht, S. 250 und Dornier-Seng, Bad. Landesprivatrecht, §§ 36—37.

¹⁸ Miete und Pacht über zeitweilig nicht für den öffentlichen Dienst verwendete Räume ist zulässig. Ebenso hat ein Urteil des RGerZ. v. 8. Febr. 1893 (Entsch. Bd. 31, S. 217) ausgesprochen, die Veräußerung eines Kirchengebäudes an einen Privaten sei zulässig, der Erwerber sei jedoch verpflichtet, der Kirchengemeinde die Kirchenschlüssel herauszugeben, damit die Kirchengemeinde das Gebäude für ihre Kultuszwecke weiter benutzen könne. Andererseits ist die Ersitzung an einer öffentl. Sache i. e. S., solange der öffentliche Gebrauch dauert, ausgeschlossen (Kamptz und Delius, Rechtsprechung des Reichsgerichts, Bd. I, S. 164); dasselbe gilt für die Verpfändung einer öffentlichen Sache. Vgl. unten § 22.

¹⁹ So kann eine Wegegerechtigkeit an einem Grundstück weiter ausgeübt werden, das für den Eisenbahnbetrieb mit herangezogen worden ist (Sörgel, I S. 53, Nr. 1019). Wieland, Sachenrecht des Schweiz. Zivilgesetzbuchs, S. 84. v. Almsick, Rechtsstellung d. Privateigentümers von Sachen d. Gemeingebrauchs, 1928.

enteignung einer öffentlichen Sache zugunsten eines andern öffentlichen Unternehmens ist erst möglich, nachdem die zuständige Verwaltungsbehörde eine Entwidmung (Außerdienststellung, Kassierung) vorgenommen hat.²⁰ Sachen im Gemeingebrauch und Objekte des Verwaltungsvermögens unterliegen endlich nicht der Pfändung und Zwangsvollstreckung. Denn an der Unentbehrlichkeit dieser Sachen für die öffentliche Verwaltung bricht sich das private Recht jedes Gläubigers.²¹

Trotzdem bleibt für die Entfaltung des Privatrechts noch ein weiter Raum. Für jede Benutzungshandlung, die außerhalb der öffentlichen Zweckbestimmung der Sache liegt, sind die Normen des Privatrechts maßgebend. So schließt die öffentliche Behörde über die Vergebung des Gras- und Obstnutzens eines öffentlichen Parkes privatrechtliche Pachtverträge mit Dritten ab.²² Die privatrechtliche Verantwortlichkeit, die der Eigentümer zu tragen hat, trifft auch den Herrn einer öffentlichen Sache. Auch er hat dafür zu sorgen, daß seine Sache einem Dritten keinen Schaden zufügt, und er hat dem Geschädigten Ersatz zu leisten, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig diese Pflicht verletzt (BGB. § 823).²³ Da eine öffentliche Sache begriffsmäßig eine Benutzung durch Dritte voraussetzt,

²⁰ S c h e l c h e r , Enteignungsgesetz für das Königreich Sachsen, S. 52 ff. und die dort zitierten Schriften.

²¹ M e i l i , Schuldexekution und Konkurs gegen Gemeinden, 1880 (Zft. f. schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. 4, S. 115). O b w a l d , Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen, S. 39. Vgl. auch oben § 14. Württ. Ausf.-Gesetz z. ZPO., Art. 18, Abs. 4: „Der Pfändung sind nicht unterworfen solche Sachen, welche für die Erfüllung der Zwecke des öffentlichen Dienstes unentbehrlich sind. Ueber diesfallsige Einwendungen entscheidet das Vollstreckungsgericht.“ Vgl. auch Zürch. Ausf.-Ges. v. 27. Mai 1913 z. BGes. über Schuldbetreibung und Konkurs, § 21: „Von der Zwangsvollstreckung sind ausgeschlossen: . . . b) das unbewegliche und bewegliche Vermögen, welches zur Erfüllung der gemäß der Gesetzgebung unerläßlichen öffentlichen Aufgaben der Gemeinden bestimmt sind.“ § 22: „Gemeindeanstalten, welche ohne gesetzlichen Zwang für öffentliche Aufgaben bestehen, können nebst dem zugehörigen Inventar nur gepfändet werden, wenn der Regierungsrat ausdrücklich seine Zustimmung erteilt. Hierbei kann derselbe Bedingungen aufstellen, welche die dauernde Erfüllung der betreffenden Aufgabe sichern.“

²² Ebenso kann das Recht zur Benutzung der Bäume auf einer Landstraße durch Ersitzung erworben werden. PrOVG. 30. Mai 1912 (DJZ. 18, 358).

²³ In der Schweiz ist maßgebend Obligationenrecht Art. 58: Haftung des Eigentümers eines „Werkes“ für den Schaden, den dieses „infolge von fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder von mangelhafter Unterhaltung verursacht“. Ein „Werk“ ist u. a. eine öffentliche Straße.

so hat ihr Eigentümer insbesondere darüber zu wachen, daß sie sich stets in dem Zustand befindet, der durch ihre besondere Zweckbestimmung bedingt ist. Daher haftet der Straßeneigentümer oder Straßenunterhalts- oder Reinigungspflichtige für den Schaden, den der Benützer infolge mangelhafter Unterhaltung der Straße erleidet (Ausgleiten bei ungenügender Bestreuung oder unzureichender Beleuchtung der Straße),²⁴ und es haftet der Staat oder die Gemeinde, wenn infolge mangelhafter Einrichtung eines Schulhauses (seiner Treppen, Schulbänke, Diensträume) Schüler oder Lehrer zu Schaden kommen²⁵ (vgl. auch oben § 19). Diese Haftung trifft den Eigentümer nicht nur gegenüber den Benutzern, sondern auch gegenüber Nachbarn, die infolge mangelhafter Unterhaltung der öffentlichen Sache und der mit ihr verbundenen Anlagen (Geruchsbelästigungen durch ungenügend verwahrte öffentliche Abortanlagen usw.) ge-

²⁴ *Germershausen*, Wegerecht in Preußen, I³ S. 207 ff. *Soergel*, I S. 51, Nr. 906; S. 36, Nr. 6. Vgl. ferner *Linckelmann*, Haftung der Stadtgemeinden für Unfälle auf den Bürgersteigen (Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 24, S. 244). Weitere Entscheidungen bei *Kamptz* und *Delius*, Rechtsprechung des Reichsgerichts, I S. 255, II S. 899. *Reger* 24, 158; 25, 325; 27, 305, 462; 30, 297; 31, 541; Erg.-Bd. I 199, Erg.-Bd. III 146. RGerZ. Bd. 54, S. 53. *Soergel*, I S. 38—41. Spruchsammlung 1912 der DJZ. S. 229. Mangelhafte Unterhaltung einer öffentlichen Treppe: PrVBl. 32, 154. Verletzung eines Friedhofbesuchers durch einen umstürzenden Grabstein, Haftung der Kirchengemeinde als Friedhofseigentümerin: *Reger* 31, 547. Haftung der Gemeinde infolge mangelnder Sicherung einer gefährlichen Wegstelle; infolge mangelhafter Einrichtung einer öffentlichen Rodelbahn: Spruchsammlung 1911 der DJZ. S. 166; 1912 S. 167; Gruchots Beiträge Bd. 57, S. 691. Haftung einer Stadtgemeinde für Unfälle, die auf der öffentlichen Straße Passanten zustoßen infolge des polizeilich geduldeten Rodelbetriebs: Jur. Rundschau 1925, Rechtspr. Spalte 2051. Haftpflicht der Gemeinde für Verkehrssicherheit während der Dauer von Straßenreparaturen: Spruchsammlung 1909 der DJZ. S. 149. RGerZ. 26. Jan. 1927: Pflicht der Wegebaupolizeibehörde, an gefährlichen Straßenkreuzungen Warnungstafeln aufzustellen; Schadenersatz (BGB. 839; RVerf. Art. 131) bei Verletzung dieser Pflicht (Gruchots Beiträge, n. F. 6, 375). — Der Eigentümer (Unterhaltungspflichtige) hat nur einzustehen für Schäden, die der Private bei bestimmungsgemäßem Gebrauch einer öffentlichen Sache erleidet. Betritt ein Privater verbotswidrig eine Hafenanlage und erleidet dort Schaden, so haftet der Hafeneigentümer nicht. RGerZ. 6. April 1905 (*Reger*, Erg.-Bd. III, S. 560).

²⁵ Mangelhafte Unterhaltung der Dienstgebäude (Schulgebäude): *Soergel*, I S. 20, Nr. 9, S. 32, Nr. 4; S. 41, Nr. 24; *Reger* 30, 116. RGerZ. 102, 6 (*Reger* 42, 141). Mangelhafte Unterhaltung einer öffentlichen Badeanstalt: *Kamptz* und *Delius*, Rechtsprechung des Reichsgerichts, I S. 68; PrVBl. 33, 135; *Reger* 31, 545. Verletzung eines Metzgers in-

schädigt werden.²⁶ Soweit aber eine Beeinträchtigung Dritter durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch der öffentlichen Sache herbeigeführt wird (Straßenlärm, Trompetensignale in den Kasernen), versagen die zivilrechtlichen Schutzmittel.

§ 22. Das Verwaltungsvermögen.¹

I. Wie oben ausgeführt wurde, zählen wir zum Verwaltungsvermögen die Sachen, die den notwendigen Apparat darstellen für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung. Die Möglichkeit, Verwaltungsaufgaben überhaupt besorgen, oder zum mindesten die, sie richtig besorgen zu können, kann davon abhängen, daß der Behörde die Verfügungsmacht über die erforderlichen Sachen dauernd erhalten bleibt.² Darum begründet die Rechtsordnung durch Sätze des öffentlichen Rechts eine Zweckgebundenheit dieser Sachen. Sie auferlegt ihnen eine öffentlich-rechtliche Beschränkung, derzufolge die einzelne Sache auch rechtlich an eine

folge schlechten Unterhalts des Gemeindegeländes, Haftung der Gemeinde: Bad. Rechtspraxis 1911, S. 176. Haftung der Militärbehörde für Schaden verursacht durch weggeworfene Glühzünder: RGerZ. Bd. 55, S. 171; durch durchgebrannte Dienstpferde: RGerZ. Bd. 76, S. 225. S. auch oben § 19.

²⁶ A n s c h ü t z im VerwArch. 5, S. 86 ff. W i e l a n d, Sachenrecht des Schweiz. Zivilgesetzbuchs, S. 85.

¹ Literaturangaben siehe oben bei § 21.

² Gegen die oben S. 353 verteidigte Anschauung, derzufolge zum Verwaltungsvermögen auch Gerichtsgebäude, Schulhäuser u. a. m. gehören, hat man gelegentlich eingewendet, man müsse scharf unterscheiden zwischen den Sachen, die den Schauplatz einer öffentlichen Verwaltungstätigkeit darstellen und den Sachen, die Bestandteil der Verwaltungstätigkeit selbst seien; nur diese letzteren dürfe man zum Verwaltungsvermögen rechnen. Diese Einwendung ist unbegründet. Es ist richtig, daß Gericht und Schule auch in gemieteten Räumen gehalten werden können. Zweck und Würde dieser Tätigkeiten verlangen aber nach moderner Auffassung eine feste Unterlage. Die Vertreibung des Gerichts aus dem einmal für dieses errichteten Gerichtshaus und der öffentlichen Schule aus ihrem Schulhaus würde einer capitis deminutio gleichkommen. Dies wird durch die öffentliche Zweckgebundenheit dieser Objekte verhindert. Denn diese ethischen Werte darf das öffentliche Recht nicht unberücksichtigt lassen. Zu einem *judicium finium regundorum*, d. h. einer Ausscheidung des Verwaltungsvermögens und des Finanzvermögens, ist regelmäßig Anlaß geboten bei einer Pfändung oder Verpfändung von Gemeindegut. Vgl. oben S. 359 und dazu: Bad. GemO. § 83. Bayr. GemO. Art. 30. Ueber die Ausscheidung im allgemeinen: M e i l i, Schuldexekution und Konkurs gegen Gemeinden, S. 28 ff. und die Erörterungen, die 1883 infolge der Garantieschuld schweiz. Gemeinden zugunsten einer Privatbahn (Nationalbahn) entstanden: F l e i n e r, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 79, 80, 467.

bestimmte Verwaltungsaufgabe gebunden wird. So hindert sie einerseits einen Gläubiger daran, durch Geltendmachung seines Forderungsrechtes die Sache dem öffentlichen Zwecke zu entfremden,³ nimmt aber andererseits auch dem Staat oder der Gemeinde die Befugnis, unter Berufung auf ihr Eigentumsrecht in die der öffentlichen Zweckbestimmung der Sache entsprechende Benutzung einzugreifen.⁴

³ Ein Kriegsschiff des Reichs hatte einen Frachtdampfer beschädigt. Auf Klage der Eigentümerin verurteilten das Landgericht und das Oberlandesgericht Kiel den Reichsfiskus zum Schadenersatz „falls er nicht vorziehe, das betr. Linienschiff zum Zwecke der Befriedigung der Klägerin wegen des fraglichen Betrages im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben“. Das Reichsgericht hat am 5. Jan. 1910 mit vollem Recht das angefochtene Urteil aufgehoben mit der durchschlagenden Begründung, die Zwangsvollstreckung in ein Kriegsschiff sei schlechthin ausgeschlossen. RGerZ. Bd. 72, S. 347; s. ferner Bd. 79, S. 179. — Aus den erwähnten Gründen verbietet das öffentliche Recht, auch eine ohne Staatsgenehmigung erfolgte Verpfändung von Sachen, die zwar einem Privaten gehören, aber eine notwendige öffentliche Aufgabe erfüllen (Kabelpfandgesetz v. 31. März 1925 und dazu DJZ. 30, 885 und 1031); es ist ferner zu erinnern an das Reichsbahngesetz von 1924, § 8 und an die staatliche Kontrolle über die Verpfändung der Privatbahnen nach schweiz. Recht: Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 432.

⁴ Biermann, Oeffentl. Sachen, S. 48 ff. Niedner, Zur Frage der kirchlichen Kompetenz auf dem Gebiet des Begräbniswesens in Preußen (Deutsche Zft. f. Kirchenrecht Bd. 18, S. 161). Wilhelm Brunner, Das Friedhofs- und Bestattungsrecht, 1927. Es erscheint deshalb zum mindesten als höchst zweifelhaft, ob der Eigentümer eines öffentlichen Begräbnisplatzes die Befugnis besitzt, Personen, die das von der Reichsgewerbeordnung freigegebene Gewerbe der Leichenbestattung ausüben, von der Betätigung ihres Gewerbes auf dem Friedhof auszuschließen und dadurch ein faktisches Monopol zugunsten gewisser Leichenbestattungsgeschäfte zu begründen. Ueber das Verhältnis der Gewerbefreiheit zum Gewerbe der Leichenbestattung: Landmann-Rohmer, I⁸ S. 100, 143, 150. Fleiner, Einzelrecht und öffentl. Interesse, S. 36. — Außer Zweifel steht m. E., daß der Friedhofeigentümer (z. B. eine Gemeinde) gottesdienstliche Handlungen auf dem Friedhof nicht verbieten darf, wenn sie nach Recht und Ortsbrauch Bestandteile des Bestattungsaktes sind. RGerZ. 1. Febr. 1906 (Entsch. Bd. 62, S. 355). So schreibt das Landesgrundgesetz von Mecklenburg-Strelitz v. 24. Mai 1923 § 60 I vor: „Im Falle des Bedarfs sind Friedhöfe von den staatlichen Gemeinden anzulegen. Die Vornahme kirchlicher Feiern bei der Beisetzung darf nicht gehindert werden.“ Der letzte Satz enthält m. E. eine allgemein gültige Regel. Nach RVerf. Art. 10 Nr. 5 kann das Reich im Wege der Gesetzgebung Grundsätze über das Bestattungswesen aufstellen. Davon hat das Reich bis heute keinen Gebrauch gemacht. — Vgl. auch RGerZ. 15. April 1909 (Entsch. Bd. 71, S. 21: dem Anspruch auf Ausgrabung einer Leiche

Soweit die Vorschriften über die Benutzung der einzelnen zum Verwaltungsvermögen gehörenden Sachen nicht vom Gesetze selbst gegeben worden sind, müssen sie von der Behörde des Verwaltungszweiges erlassen werden, dem die Sache dient. Die Behörde nimmt damit keinen Akt der Eigentumsverwaltung vor; sie stellt eine öffentlich-rechtliche Benutzungsordnung auf.⁵ Daher gehören alle Streitigkeiten über die Benutzung solcher Sachen vor die Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte, nicht vor die Zivilgerichte; sie sind keine bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.⁶

Die Kontrolle über die bestimmungsgemäße Verwendung des Verwaltungsvermögens der Gemeinden ist Aufgabe der Staatsaufsicht.⁷ Der Staat übt sie durch Gesetzgebung und Verwaltung aus. Es sei erinnert an die Bestimmungen einzelner Landesgesetze, welche die Benutzung des Friedhofes der einen Konfession auch der andersgläubigen Minorität gestattet, sofern an dem Orte kein anderer öffentlicher Friedhof vorhanden ist;⁸ oder an die staatlichen

darf der Friedhofeigentümer nicht durch Berufung auf sein Eigentumsrecht entgegenreten). RGRZ. 100, S. 213: Die Gemeinde darf einen privaten Leichenbestatter, der sich auf dem Friedhof ungebührlich benimmt, kraft ihres Eigentums vom Friedhof ausschließen; die Lösung ist richtig, nur erfolgt die Ausschließung kraft der Friedhofpolizei.

⁵ Vgl. oben § 5. Unrichtig: PrOVG. Bd. 51, S. 201.

⁶ Betr. Klagen auf Einräumung eines Grabes: Rechtsprechung des Bad. VGH. III Nr. 59. PrOVG. 21, 124. Im Gegensatz zu dieser Auffassung öffnet die reichsgerichtliche Judikatur für Klagen auf Einräumung eines Grabes den Rechtsweg. So hat das Urteil des RG. v. 4. Dez. 1884 (Entsch. Bd. 12, S. 280) für die Beurteilung der Klage eines Vaters, mit der dieser die Gestattung des ehrlichen Begräbnisses für seinen im Duell gefallenen Sohn verlangte, die Zivilgerichte für zuständig erklärt. Vgl. auch die Judikatur bei *K a m p t z* und *D e l i u s*, Rechtsprechung des Reichsgerichts, I S. 162 bis 163. Klage der Witwe auf ehrliches Begräbnis für den Ehemann: Reger 44, 258.

⁷ Die Pflicht der Gemeinden zur Errichtung „der nötigen Begräbnisplätze und Bestattungsanstalten“ wird in der Bayr. GemO. Art. 28 I besonders eingeschärft; s. auch für Mecklenburg-Strelitz oben Anm. 4.

⁸ Vgl. z. B. Preuß. ALR. II 11, § 189: „Auch die im Staat aufgenommenen Kirchengesellschaften der verschiedenen Religionsparteien dürfen einander wechselweise in Ermangelung eigener Kirhhöfe das Begräbnis nicht versagen.“ Vgl. dazu das oben Anm. 4 zitierte Handbuch von *Wilhelm Brunner*, Friedhofs- und Bestattungsrecht, Abschn. III. PrOVG. Bd. 50, S. 258. Die Bayr. Verfassungsurkunde v. 14. Aug. 1919, Abschn. 4, § 19 II, verpflichtet die bürgerlichen Gemeinden zur Errichtung von Begräbnisplätzen nur soweit, als die vorhandenen Begräbnisplätze nicht ausreichen. Abs. III. „In Friedhöfen, die nur für einzelne Religionsgesellschaften be-

Vorschriften, welche den bürgerlichen Behörden den Gebrauch der im Eigentum einer Kirchengemeinde stehenden Kirchenglocken zu bürgerlichen Zwecken (z. B. bei Feuers- und Wassergefahr) einräumen,⁹ oder endlich an die Verfügungen staatlicher Behörden über den Simultangebrauch der Kirchengebäude.¹⁰

II. Diejenigen Objekte des Verwaltungsvermögens, die bestimmungsgemäß der allgemeinen Benutzung zugänglich sind, bilden regelmäßig Bestandteile einer öffentlichen Anstalt; ihre Benutzung geht dann auf in der Anstaltsbenutzung (s. oben § 19).¹¹

stimmt sind, ist mangels eines gemeinschaftlichen Begräbnisplatzes die Beisetzung Andersgläubiger unter den für sie üblichen Formen und ohne räumliche Absonderung erforderlichenfalls nach Anordnung der zuständigen Behörde zu gestatten. — IV. Im übrigen bemißt sich der Simultangebrauch der Kirchen und Friedhöfe nach bisherigem Rechte, soweit nicht Abänderungen durch Gesetz getroffen werden“ (Giese, JahrböfR. 13, 268). Das „bisherige Recht“ war enthalten im Bayr. Religionsedikt (zweite Verfassungsbeilage) v. 1818, § 10. Dazu Bayr. VGH. 11. Febr. 1903 (Sammlung von Entscheidungen des Bayr. VGH. 24, S. 364). Für das geltende bayr. Recht: N a w i a s k y, Bayr. Verfassungsrecht, S. 248, 460. — Ueber den Simultangebrauch von Friedhöfen in Sachsen: M o s e l, HWB. I¹³, S. 923 („Gottesäcker“). Für die Schweiz: Bundesverfassung Art. 53, Abs. 2: „Die Verfügung über die Begräbnisplätze steht den bürgerlichen Behörden zu. Sie haben dafür zu sorgen, daß jeder Verstorbene schicklich beerdigt werden kann.“ F l e i n e r, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 343 f.

⁹ Ueber die Benutzung der Glocken der Kirchengemeinde für die Zwecke der Zivilgemeinde, F r i e d b e r g, Kirchenrecht⁶, S. 590. v. K i r c h e n h e i m, Kirchenrecht², S. 75. G ö z, Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, S. 379. — In der Schweiz können gemäß Bundesverfassung Art. 53 die bürgerlichen Behörden die Kirchenglocken einer Kirchengemeinde läuten lassen, wenn an dem betreffenden Orte das Glockenläuten als Bestandteil einer schicklichen, also auch zivilen, Beerdigung gilt. F l e i n e r, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 344.

¹⁰ H i n s c h i u s, Kirchenrecht, IV §§ 218—220. K a h l, Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik, Bd. I, 1894, S. 405. S e h l i n g, Ueber kirchliche Simultanverhältnisse (ArchöfR. Bd. 7). F r i e d b e r g, Kirchenrecht, 6. Aufl., S. 587—588. v. K i r c h e n h e i m, Kirchenrecht², S. 260. S t ö l z e l, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 180. RGerZ. 107, 365.

¹¹ Bei der Aufstellung der „Benutzungsbedingungen“ kann lokalen Anschauungen und historischen Ueberlieferungen ein Einfluß gestattet sein. Am deutlichsten wird er bemerkbar in den lokalen Friedhofordnungen politischer Gemeinden, welche verfügen, es seien Selbstmörder außer der Reihe zu begraben, oder welche die Benutzung der Leichenhalle Nichtchristen versagen. Die deutsche Praxis schützt derartige Vorschriften. PrOVG. 21, S. 124. Rechtsprechung des Bad. VGH. III Nr. 595. Die schweizerische Rechtsauffassung

Aber es gibt öffentliche Sachen dieser Art, die einen unmittelbaren Gebrauch kraft *Sondernutzungsrechtes* zulassen. Kirchenstuhlvorrechte¹² und Vorrechte auf bestimmte Grabstätten¹³ veranschaulichen die Erscheinung. Nach älterer Lehre konnte ein Vorrecht auf einen besonderen Sitz in der Kirche („Kirchensitz“, „Kirchenort“, „Kirchenstand“) und das Vorrecht auf eine Grabstelle außerhalb der allgemeinen Reihe (Grabkonzession, Erbbegräbnis) nur als Privatrecht begründet werden. Man faßte demgemäß derartige Rechtsame als dingliche Rechte am Kirchengebäude oder am Begräbnisplatze (*iura in re aliena*) auf. In vielen Gegenden Deutschlands ragen diese Gebilde als „wohlerworbene Privatrechte“ in die Gegenwart herein.¹⁴ Mit dem Verwaltungsrechte unsrer Tage ist jedoch die privatrechtliche Anschauung, in der sie wurzeln, nicht mehr verträglich. Heute ist die öffentliche Gewalt zur Begründung von derartigen Sondernutzungsrechten nur befugt, wenn das Gesetz sie ausdrücklich dazu ermächtigt. Denn das Sonderrecht enthält einen Einbruch in die allgemeine Benutzungsordnung.¹⁵ Hier zeigt sich wiederum die öffentlich-rechtliche Gebundenheit der Sache.

erklärt solche Unterschiede für unzulässig. *Fleiner*, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 344—345. Aufgabe eines künftigen Reichsgesetzes über das Bestattungswesen (RVerf. Art. 10, Nr. 5) wird es sein, auch nach diesen Richtungen „Grundsätze“, d. h. allgemeine Richtlinien aufzustellen.

¹² EG. z. BGB. Art. 133. *Friedberg*, Kirchenrecht, 6. Aufl., S. 588 und die dort zitierte Literatur. *Gö z*, Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, S. 379, 382. *Stölzel*, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 180. *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 197. *Kamptz und Delius*, Rechtsprechung des Reichsgerichts, I S. 168 ff. *J. Grünewald*, Die Rechtsverhältnisse an Kirchenstühlen, 1927.

¹³ *Götze*, Zur Lehre von den Begräbnisplätzen (PrVBl. 32, S. 125). *Gierke*, Genossenschaftstheorie, S. 197. *Kamptz und Delius*, Rechtsprechung des RG., I S. 163, 164. Vgl. insbesondere das oben Anm. 4 zitierte Buch von *Wilhelm Brunner* über das Friedhofsrecht.

¹⁴ *Biermann*, Priortrecht und Polizei in Preußen, 1907, S. 206. *R e g e r* 3, 216; 21, 349. RGerZ. Bd. 8, S. 200; Bd. 16, S. 159. Die verschiedenen Konstruktionen der Kirchenstuhlvorrechte und Grabstellenrechte: *Stölzel*, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 180—181. *Soergel*, II S. 747, Nr. 681. Bayr. VGH. v. 8. April 1904 (Samml. v. Entsch. des bayr. VGH. 25, S. 278). Vgl. ferner die in Anm. 12 zitierte Arbeit von *Grünewald*.

¹⁵ Daher fallen die Grabgebühren nicht dem Eigentümer des Friedhofareals als solchem zu, sondern der Behörde, der das öffentliche Recht die Friedhofverwaltung übertragen hat. *Fleiner*, Die Befugnis zum Bezug von Grabtaxen, Rechtsgutachten, 1909.

Heute werden derartige Sonderrechte durch einseitige Verleihung begründet. Der Beliehene erwirbt ein subjektives öffentliches Recht gegen den Träger der Kirchen- oder der Friedhofpolizei auf Einräumung eines Vorzugssitzes oder Vorzugsgrabes. Er erwirbt somit nicht ein Recht auf einen bestimmten Raum eines bestimmten Kirchengebäudes oder eines bestimmten Friedhofes, sondern einen Rechtsanspruch darauf, daß ihm die zuständige Behörde während der ganzen Frist, für die das Recht verliehen ist, auf dem allgemeinen Begräbnisplatz oder in dem dem Gottesdienst der bestimmten Konfession gewidmeten Kirchengebäude ein Vorzugsgrab oder einen Vorzugssitz zur Verfügung halte. Daher erlischt das Recht nicht durch Zerstörung des Kirchengebäudes oder Einziehung des Begräbnisplatzes.¹⁶ Ob die Berechtigten bei einer durch das öffentliche Interesse bedingten vorzeitigen Aufhebung derartiger Sonderrechte Schadenersatz verlangen können, beurteilt sich nach den Grundsätzen über öffentlich-rechtliche Entschädigung (oben § 18).¹⁷

§ 23. Sachen im Gemeingebrauch.¹

I. Zu den Sachen im Gemeingebrauch zählen wir alle Objekte, die von jedermann ohne besondere Erlaubnis der Behörde frei benutzt werden dürfen.

1. In erster Linie gehören dazu öffentliche W e g e , S t r a ß e n und P l ä t z e.² Durch Sätze des öffentlichen Rechts ist ihnen die

¹⁶ Gut, wenn auch aus einer privatrechtlichen Auffassung heraus: Urteil des RGerZ. v. 29. Nov. 1889 (Entsch. Bd. 24, S. 174). Reger 25, 375; Erg.-Bd. II S. 195.

¹⁷ RGerZ. Bd. 16, S. 160. Entsch. des Schweiz. Bundesgerichts Bd. 31 (1905), Teil I, S. 19. — Zu untersuchen wird dabei stets auch die Frage sein, ob das Recht auf einen Kirchenstuhl ein zum Vermögen gehörendes Recht darstellt. Vgl. dazu v. T u h r , Allg. Teil d. Bürgerl. Rechts, I S. 315. Urteil d. RGerZ. 11. Juli 1927: Die kathol. Kirchengemeinde schuldet öffentlich-rechtliche Entschädigung wegen Aufhebung eines Kirchenstuhlvorrechts auch in einem Falle, in welchem nicht s i e , sondern der B i s c h o f gemäß Codex iuris canonici can. 1263 das Kirchenstuhlvorrecht kraft seiner kirchl. Amtsgewalt (can. 335) aufgehoben hat. RGerZ. 118, S. 22. Ueber die Kirchenstuhlvorrechte („Kirchenörter“) im Kanton Zürich und deren Ablösung gegen Entschädigung: G r e u t e r , Recht der öffentl. Sachen im Kant. Zürich, S. 83 f.

¹ Siehe die Literaturangaben oben bei § 21.

² Georg M e y e r - D o c h o w , Deutsches Verwaltungsrecht ⁴, S. 237 ff., gibt eine Zusammenstellung der Gesetzgebung u. Literatur. Z o r n , S c h r e i b e r u. a., Art. „Wegerecht“, WStVR. III ². H e r b e r t S c h e l c h e r , Der öffentl. Weg (Fischers Zft. 31 [1906], S. 1 f.). G u b a , Die öffentlich-

Zweckbestimmung aufgeprägt, dem öffentlichen Verkehr zu dienen. Der „gemeine Gebrauch“ an ihnen besteht in der Benutzung zu Verkehrszwecken. Aus der alten Lehre vom „Straßenregal“ (oben S. 344) hat das moderne Verwaltungsrecht die Auffassung übernommen, es sei ein Vorrecht der Obrigkeit, dem Verkehr die Richtung zu weisen („Wegehoheit“). Daher ruht in der Gegenwart die Pflicht, die durch den öffentlichen Verkehr geforderten Wege herzustellen, in erster Linie auf dem Staat oder anderen Korporationen des öffentlichen Rechts (Gemeinden, öffentlich-rechtlichen Verbänden); der Private bedarf zur Anlegung eines öffentlichen Weges einer von der öffentlichen Behörde erteilten Konzession (oben § 20).

„O e f f e n t l i c h k e i t“ im Rechtssinne kann ein Weg nur dadurch erlangen, daß die zuständigen öffentlichen Organe ihn dem öffentlichen Verkehre widmen,³ und andererseits verliert ein Weg den Charakter der Oeffentlichkeit nur durch die von den zuständigen Organen verfügte Einziehung (Kassierung), d. h. die Aufhebung des Gemeingebrauchs.⁴ Daß das Publikum einen Weg als Verkehrsweg tatsächlich benutzt, stempelt ihn noch nicht zu einem öffentlichen Weg; ebensowenig verliert ein von der Behörde dem Gemeingebrauche gewidmeter Weg diese Eigenschaft, wenn der Verkehr sich von ihm abwendet.⁵ Da die Oeffentlichkeit ausschließlich auf einem öffentlich-rechtlichen Akte, der W i d m u n g ,⁶ beruht, so kann

rechtliche Grundlage des Wegerechts, 1917. Schmidt, Die Grundbegriffe des Wegerechts (Fischers Zft. 47 [1918], S. 1 f.). Neff, Oeffentl. Wege (Bayr. VerwBl. 74, 420). Germershausen, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, 3. Aufl., 2 Bde., 1907. Hawelka, Die Rechte an öffentlichen Wegen in Oesterreich, 1910 (und dazu die Kritik von L a y e r im VerwArch. 19, 517). C. v. Haebler, Das Wegerecht im Königreich Sachsen, 1913. Kormann, Grundzüge des sächs. Wegerechts (Fischers Zft. 43 [1914], S. 1 f.). Mosel, HWB. II¹³ S. 225, Art. „Oeffentl. Wege“. Gerhard Lassar, Grundbegriffe des preuß. Wegerechts, Diss., Berlin 1919. Zahn, Das Wegerecht in Württemberg (Württ. Zft. f. RPfl. 17, S. 151, 165, 181). Weitere Literatur bei W. Jellinek, 482.

³ PrOVG. v. 3. Febr. 1891 (Entsch. Bd. 20, S. 215). S. ferner DJZ. XVI 222, 1222, 1561. PrVBl. 33, 598. Kgl. Sächs. OVG. v. 6. Juli 1907 (Jahrb. 11, S. 104); v. 30. Nov. 1911 betr. stillschweigende Widmung (Jahrbüch. 16, 302). Ueber den Beweis der Oeffentlichkeit: K n a u t h im VerwArch. 30, 465.

⁴ Mosel, HWB. II¹³, S. 1066 („Wegeeinziehung“).

⁵ Soergel, I S. 609, Nr. 12.

⁶ Schultzenstein, Die Widmung zum öffentl. Wege (VerwArch. 28, 169) und dazu Friedrichs, PrVBl. 42 (1921), S. 3 f. Weitere Literatur bei W. Jellinek, 483.

ferner der öffentliche Weg durch keinen privatrechtlichen Akt seiner Aufgabe entzogen werden (also z. B. nicht durch die rei vindicatio des Eigentümers des Wegeareals).⁷ Auf der andern Seite darf aber, gemäß dem Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung, die Verwaltungsbehörde kein privates Grundeigentum zu einem öffentlichen Weg ziehen, über das sie nicht die privatrechtliche Verfügungsgewalt (Eigentum oder ein anderes dingliches Recht) erworben hat. Einzelne Gesetze, z. B. das bayrische und das rheinisch-französische Recht, halten sogar eine Widmung nur für rechtsgültig, wenn die widmende Behörde auch die privatrechtliche Verfügungsmacht über das Wegeareal besitzt.⁸ In keinem Staate aber braucht diese Verfügungsmacht auf zivilrechtlichem Eigentum an dem Wegeareal zu beruhen. Es kann mit Einwilligung des betroffenen Grundeigentümers auch über ein Privatgrundstück ein öffentlicher Weg eröffnet werden.⁹ Eine derartige sog. öffentlich-rechtliche Wegeservitut entsteht nicht schon dadurch, daß der Eigentümer das Publikum über sein Grundstück gehen läßt, denn eine solche Duldung ist jederzeit widerruflich. Auch eine Ersitzung des „öffentlichen Wegerechts“ ist ausgeschlossen; denn die öffentlich-rechtliche Wegeservitut hat mit einer privatrechtlichen Dienstbarkeit nur den Namen gemein, und eine ununterbrochene Inanspruchnahme eines Privatgrundstücks für den öffentlichen Verkehr könnte höchstens eine Beweisvermutung abgeben.¹⁰ Alles hängt auch hier davon ab,

⁷ Schultzenstein, Hypothek und Wegerecht (DJZ. 16, 1523).

⁸ Bayr. VGH. v. 11. Juni 1897, 8. Febr. 1901 (Samml. v. Entsch. des bayr. VGH. 18, S. 325; 22, S. 85). Soergel, I S. 96, Nr. 11; S. 474; II S. 109. Germershausen, Wegerecht in Preußen, I S. 11. Auch das württembergische Recht verlangt zur Widmung die privatrechtliche Verfügungsgewalt (Zahn, Württ. Zft. f. Rpf. 17, 15).

⁹ Eiswege über Privatgewässer: PrOVG. Bd. 56, S. 363.

¹⁰ Thüring. OVG. 25. Mai 1921: Ein Weg ist öffentlich, wenn er seit Menschengedenken dem allgemeinen Verkehr diene und dies weder auf widerruflicher Duldung durch den Grundeigentümer, noch auf mißbräuchlicher Benutzung gegen seinen Willen beruht; das Rechtsverhältnis der Öffentlichkeit wird nicht durch seinen Entstehungsgrund, sondern durch seinen Inhalt bestimmt (Fischers Zft. 56, 195; JW. 1922, 531). — Einschreiten gegen einen Stacheldrahtzaun zulässig, der ein Grundstück sperrt, an dem eine öffentlich-rechtliche Wegeservitut besteht: PrVbl. 49, 197. S. ferner Rechtsprechung des Bad. VGH. III, Nr. 350, 352. K. Sächs. OVG. 26. April 1911 (Jahrbücher 17, 199); RGerZ. 9. Mai 1911 (Reger 32, 392). Anderer Ansicht: Bayr. OLG. i. Strafs. 2. Juli 1912 (Reger 33, 113). Schultzenstein im PrVbl. 34, 765.

ob der Weg über das Privatgrundstück von der zuständigen Behörde dem öffentlichen Verkehr gewidmet worden ist.¹¹ — Aus diesen Erörterungen aber folgt weiter, daß ein Streit über die Oeffentlichkeit eines Weges Verwaltungs- und Verwaltungsstreitsache, nicht aber Justizsache ist.¹²

Die verschiedenen Kategorien öffentlicher Wege (Ortsstraßen, Landstraßen, Kreisstraßen usf.) sollen hier im einzelnen nicht erörtert werden.¹³ Eine erhöhte juristische Bedeutung kommt unter ihnen den Ortsstraßen zu, weil sie nicht bloß eine Rolle als Verkehrswege spielen, sondern weil darüber hinaus von ihrer Existenz und Richtung die Bebauungsmöglichkeit ganzer Quartiere abhängt.¹⁴ Aus diesem Grunde hat nach der Gesetzgebung der meisten deutschen Staaten vor der Anlegung jeder neuen Ortsstraße die zuständige Gemeindebehörde durch die Feststellung von sog. **S t r a ß e n f l u c h t l i n i e n** Richtung und räumliche Ausdehnung der zukünftigen Straße zu bestimmen und durch Aufstellung von sog. **B a u f l u c h t l i n i e n** anzuordnen,¹⁵ wieweit gegen die Straße zu die Anliegergrundstücke überbaut werden dürfen.¹⁶ Für

¹¹ Ueber öffentlich-rechtliche Wegeservituten s. d. Aufsätze von F. Steinbuch (Bayr. Vbl. 75, 261) und von Dittmann (ebenda 75, 49 und 70). Soergel, I S. 83, Nr. 6; S. 609, Nr. 12; S. 631. Sächs. OVG. v. 18. März 1903 (Jahrbücher IV S. 185).

¹² Vgl. oben S. 17. Germershausen, Wegerecht in Preußen, I S. 696. Soergel, I S. 417. Rechtsprechung des Bad. VGH. III, Nr. 14. — Doch kann der Zivil- und Strafrichter in die Lage kommen, über die Oeffentlichkeit eines Weges incidenter (als Vorfrage) entscheiden zu müssen. Urteil des bayr. obersten Landesgerichts v. 25. Febr. 1908 (Reger 29, S. 106). Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 230.

¹³ Schultzenstein, Zum Begriffe der Straße (PrVbl. 33, 397).

¹⁴ Die Unentbehrlichkeit der öffentlichen Wege (nicht nur der Ortsstraßen) für die Privatgrundstücke findet ihren Ausdruck in der Vorschrift des BGB., § 917, über den Notweg. Endemann, Notweg und öffentlicher Weg (Festgabe Otto Gierke dargebracht von Schülern usf., 1911, S. 951).

¹⁵ Walz im VerwArch. 14, S. 377 ff. Vgl. z. B. das Preuß. „Fluchtliniengesetz“ v. 2. Juli 1875 (Gesetz betr. die Anlegung und Veränderung von Straßen); Kommentare von Friedrichs-v. Strauß und Torney-Sass^e, 1920. Baltz-Fischer, Preuß. Baupolizeirecht⁵, S. 148 f. Bad. Ortsstraßengesetz v. 15. Okt. 1908 und dazu E. Walz, Bad. Ortsstraßenrecht, 1900; Flad, Bad. Ortsstraßengesetz, 1909.

¹⁶ Im Zweifel besagen die Vorschriften der Straßengesetze über die Baufluchten, daß über die Baufluchten nicht hinausgebaut werden darf; sie lassen somit ein Bauen hinter der Bauflucht zu. Ein Bauen in der Baufluchtlinie kann daher nur auf Grund einer besondern baupolizeilichen Bestimmung ver-

ganze Gemeinden oder Gemeindequartiere können diese Linien allgemein und verbindlich für jedermann in den **Bebauungsplänen** (Ortsbauplänen) festgelegt werden.¹⁷

Wie bereits hervorgehoben wurde, ist die **Wegebaulast**¹⁸ in der Regel einem öffentlich-rechtlichen Verbände (Staat, Gemeinde usw.) übertragen. Sie begreift regelmäßig auch die Pflicht zur bestimmungsgemäßen Unterhaltung der Straße in sich (**Wegunterhalt**). Doch kann die Gesetzgebung die Wegebaulast und den Wegeunterhalt — neben dem ursprünglich Verpflichteten oder an dessen Stelle — anderen an der Errichtung und Instandhaltung öffentlicher Wege unmittelbar interessierten Verbänden oder Privatpersonen ganz oder teilweise überbinden.¹⁹ Die neuere Gesetzgebung hat in besonderem Maße den Anliegern der Ortsstraßen Lasten dieser Art auferlegt: Bauverbote zugunsten projektierte Straßen,²⁰ Anliegerbeiträge (Adjazentenbeiträge),²¹ Straßen- oder Trottoirreini-

langt werden. PrOVG. v. 18. Okt. 1907 (Entsch. Bd. 50, S. 396). S. auch PrOVG. 4. Juli 1911 (PrVBl. 33, 454). **Baltz-Fischer**, Preuß. Baupolizeirecht⁵, S. 297, Anm. 7. Vgl. auch unten § 24.

¹⁷ Besonders interessant die Staffelbauordnung für Bremen von 1909/10: Art und Dichtigkeit der Bebauung ist nach Baustaffeln abzustufen und durch einen Plan zu regeln (Staffelbauplan). Preuß. Fluchtliniengesetz von 1875/1918, §§ 1—12. **Mosel**, HWB. I¹³, S. 201.

¹⁸ v. **Reitzenstein**, Art. „Wegebau und Wegebaupflicht“ in v. **Stengels** Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts II, S. 888. **Germerhausen**, Wegerecht in Preußen, I S. 34, 231.

¹⁹ Das Preuß. Gesetz über die Reinigung öffentlicher Wege v. 1. Juli 1912 (JahrböfR. VII 144) überträgt (§ 1) grundsätzlich die polizeigemäße Reinigung usf. öffentlicher Wege als öffentliche polizeiliche Last derjenigen Gemeinde, zu deren Bezirk der Weg gehört; die Gemeinden können jedoch, durch ein unter Zustimmung der Polizei erlassenes Ortsstatut die Reinigungspflicht ganz oder teilweise den Eigentümern der angrenzenden Grundstücke oder einzelnen Klassen von ihnen auferlegen (§ 5 leg. cit.). **Kersten** bei **Brauchitsch**, II²¹, 1925, S. 575; ferner **Komm. von S. Hecht**², 1913.

²⁰ **Z. B.** Bad. Ortsstraßengesetz § 6: „Erscheint die Feststellung oder Aenderung von Ortsstraßenplänen angezeigt, so kann die Baupolizeibehörde auf Antrag des Gemeinderats die Bausperre über das Plangebiet verhängen. — Die Bausperre hat die Wirkung, daß bis zur endgültigen Erledigung des einzuleitenden Verfahrens Neubauten sowie der Um- und Ausbau bestehender Gebäude und deren Wiederaufbau nicht genehmigt werden...“

²¹ Vgl. unten § 27. **Flainer**, Öffentlich-rechtliche Vorteilsausgleichung, S. 100 (Festgabe der juristischen Fakultät Basel für **Andreas Heusler**, 1904). Ueber Anliegerbeiträge in der Schweiz: Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung XII, S. 140.

gungspflicht²³ u. a. m. Aber auch im Interesse anderer Wege kann das Gesetz den Personen, welche die Wege vorzugsweise durch ihre Betriebe abnutzen (Fabriken, Bergwerke, Steinbrüche u. a. m.), sog. Wegevorausleistungen (Präzipuallasten) aufbürden.²³

Ist ein Weg dem öffentlichen Verkehr übergeben, so haben die Organe der sog. Weg e p o l i z e i darüber zu wachen, daß sich das Wegeareal stets in einem Zustand befindet, der den Gemeingebruch erlaubt, und daß die gute Ordnung auf den Straßen nicht gestört wird. Sie sind verpflichtet, Störungen nach diesen beiden Richtungen mit den Mitteln des Verwaltungszwanges zu beseitigen.²⁴

2. Die öffentlichen Gewässer (Flüsse, Seen, öffentliche Kanäle) bieten vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit dem Gemeingebruch einen weiten Spielraum.²⁵ Als „öffentlich“ im w. S.

²³ G e r m e r s h a u s e n , Wegerecht in Preußen, I S. 74. J e b e n s , Die Straßenreinigungslast (Verwaltungsrechtl. Aufsätze, 1899, S. 209). RGerZ. Bd. 76, S. 164. S c h u l t z e n s t e i n , Die Streupflicht der Anlieger („Gesetz und Recht“, 1912). Ueber das Preuß. Gesetz über die Reinigung öffentlicher Wege von 1912, § 5, s. oben Anm. 19.

²³ Das Finanzausgleichsgesetz v. 23. Juni 1923/27. April 1926, § 13, gestattet den Ländern die Erhebung von Beiträgen (Vorausleistungen) zur Deckung der Kosten für eine außergewöhnliche Abnutzung des Weges. Vgl. z. B. die preuß. V. ü. d. Erhebung von Vorausleistungen f. d. Wegeunterhaltung v. 25. Nov. 1923 (Kersten bei Brauchitsch IV¹⁷, S. 584) und dazu B l e c k w e i s im PrVBl. 46, 393. Ebenso Bad. Straßengesetz v. 14. Juni 1884, § 9.

²⁴ Urteil RGerZ. 26. Jan. 1927: Der Wegebaupflichtige hat an gefährlichen Straßenkreuzungen Warnungstafeln anzubringen; diese sind nötige Zubehörden öffentlicher Wege; die Verletzung dieser Pflicht macht den Wegebaupflichtigen, neben der Wegepolizeibehörde, schadenersatzpflichtig bei Unfällen gemäß BGB. 839 und RVerf. 131 (Gruchots Beiträge, n. F. 6, 375). — Die Reichsgewerbeordnung § 37 unterstellte die Regelung des sog. Straßengewerbes der Ortspolizeibehörde; die Verwaltungsbehörden nehmen mit dieser Tätigkeit eine Aufgabe der Anstaltspolizei wahr (vgl. oben § 19). Sie haben alles abzuwehren, was den bestimmungsgemäßen Gebrauch der öffentlichen Sache stören könnte. T h o m a , Polizeibefehl, I S. 373.

²⁵ Zum folgenden sind insbesondere zu vergleichen die Wassergesetze von Baden, 1899/1913 (Kommentare von S c h e n k e l , 2. Aufl., 1902 und von W i e n e r , 1913); von Württemberg, 1900 (Kommentar von N i e d e r , 1902, desgl. von H a l l e r , 1902); von Bayern, 1907 (Kommentare von E y m a n n - S c h u b e r t², 1926 f., von G. B r e n n e r , 1908; S e y d e l - G r a ß m a n n , Bayr. Verwaltungsrecht, S. 329 ff.); von Sachsen, 1909 (Kommentar von W a l t e r S c h e l c h e r , 1914²); von Preußen v. 7. April 1913 (Komm. von H o l t z - K r e u t z und S c h l e g e l b e r g e r , 3. und

24*

können die Wasserläufe gelten, die einen ständig fließenden Abfluß besitzen.²⁶ Einem engeren Sprachgebrauch haben sich die Gesetzgebungen angeschlossen, die die Bezeichnung „öffentliche Gewässer“ nur den mit großen Schiffen oder Flößen befahrbaren Gewässern vorbehalten (Bayern, Baden usf.).²⁷

Die fließende Wasserwelle selbst ist des Eigentumes unfähig; ihre Benutzung untersteht daher ausschließlich öffentlich-rechtlichen Regeln. Dagegen ist ein privatrechtliches Eigentum am Flußbett nach den meisten Gesetzgebungen anerkannt (vgl. oben § 21).²⁸

4. Aufl., 1927 f.). Kloeß, Das deutsche Wasserrecht, 1908. W. Moll, Zum Rechte an öffentlichen Wasserläufen (VerwArch. 16, S. 252). Köttingen, Grundprobleme des Wasserrechts, 1925. HWBSt. IV⁴, Artikel „Gewässer“. WB. StVR², Art. „Flüsse“ (Otto Mayer), I 814; Art. „Gewässer“ (Hermes, Holtz, Kloeß), II 230, 234; Art. „Kanäle“ (O. Mayer, Apelt, Fleischmann), II 487. W. Schmidt, Art. „Gewässer“ HWR. II 904. Für die Schweiz: Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 567 f.

²⁶ Den Gegensatz zu den öffentlichen Wasserläufen i. e. S. bilden die sog. Privatgewässer (Eigentumsgewässer). Bad. Wassergesetz § 4, Sächs. Wassergesetz § 4. Sie gehören den Ufereigentümern. — Infolge Versandens kann ein Fluß die Eigenschaft eines öffentlichen Wasserlaufs verlieren. RGerZ. 16. April 1913 (DJZ. 18, 978). — Das Grundwasser gilt im Zweifel als Teil des Grundeigentums, am Grundwasser besteht kein Gemeingebrauch. Doch kann die Landesgesetzgebung darauf nach bestimmten Richtungen wasserrechtliche Vorschriften erstrecken; vgl. z. B. Preuß. Wassergesetz §§ 41, 52, 156, 199; Mosel, HWB. I¹⁸ S. 967, Art. „Grundwasser“. In Oesterreich gilt das Grundwasser als res nullius. Randa, Die rechtl. Behandlung des Grundwassers (Festschrift f. Klein, S. 359 f.). Nach Schweiz. ZGB. Art. 704 Abs. 3 ist das Grundwasser Bestandteil des Grundstücks.

²⁷ Bad. Wassergesetz § 1. Bayr. Wassergesetz Art. 1. Das Preuß. Wassergesetz von 1913 § 2 unterscheidet Wasserläufe erster, zweiter, dritter Ordnung und stuft die Benutzungsmöglichkeiten nach diesen Rangklassen ab. So können Wasserläufe erster Ordnung von jedermann für den öffentlichen Verkehr, namentlich zur Schifffahrt und Flößerei mit verbundenen Hölzern benutzt werden (§ 26 leg. cit.).

²⁸ Im allgemeinen kommt nach den deutschen Wassergesetzen das Eigentum an den schiffbaren öffentlichen Flüssen dem Staate zu, an den nicht schiffbaren den Gemeinden oder den Anliegern. Bad. Wassergesetz §§ 5, 23. Am weitesten geht das Preuß. Wassergesetz von 1913, §§ 7, 8; es spricht dem Staat (Wasserläufe erster Ordnung) oder den Anliegern (Wasserläufe zweiter Ordnung) das privatrechtliche Eigentum nicht nur am Flußbett, sondern auch an dem im Flußbett vorhandenen Wasser zu. Moll im PrVBl. 34, 37; Kloeß, Grundriß d. preuß. Wasserrechts, 1913, S. 9 f., 54 ff.). Es sei daran erinnert, daß an den gemäß RVerf. Art. 97 und Staatsvertrag von 1921 vom Reiche übernommenen Wasserstraßen Eigentum und Ver-

Aus diesem Eigentum geht im Zweifel die Pflicht zur Instandhaltung des Flußbettes hervor. Doch haben nicht wenige deutsche Wassergesetze diese **U n t e r h a l t u n g s p f l i c h t** dem Eigentümer abgenommen und sie den **w i r t s c h a f t l i c h** Nächstbeteiligten aufgebürdet (Staat, Ufergemeinden, Genossenschaften der Flußanlieger usf.).

Die neuern Gesetze sind darauf bedacht, die wirtschaftliche Ausnutzung der öffentlichen Gewässer zu fördern. Sie gehen von dem Satze aus, daß durch keine Art der Wasserbenutzung der Gemeingebrauch wesentlich beeinträchtigt oder gar aufgehoben werden dürfe.²⁹ Um diesen aber auch nicht tatsächlich zum Monopol der Flußanlieger werden zu lassen,³⁰ hat das Recht einer Reihe deutscher Staaten den abseits vom öffentlichen Flusse Wohnenden „Zwangsbefugnisse“ verliehen, die ihnen gestatten, zur Errichtung gewisser Wasserbenutzungsanlagen die vorgelagerten Grundstücke nach bestimmten Richtungen in Anspruch zu nehmen.³¹ Aus demselben Bestreben heraus hat die neuere Gesetzgebung Wassergenossenschaften,³² die sich zur Errichtung von Bewässerungs- und Entwässerungsanlagen u. a. m. nach Vorschrift des Gesetzes bilden, öffentlich-rechtliche Privilegien verliehen, durch welche diese Genossenschaften in den Stand gesetzt werden, ihre Aufgaben mit Zwangsgewalt durchzuführen. Der Gesetzgeber hat aber andererseits auch private Eigentumsgewässer (Heilquellen, Trinkwasserquellen usf.) unter einen besonderen staatlichen Schutz und unter eine besondere behördliche Aufsicht gestellt, um sie von Staats wegen ihrer gemeinnützigen Aufgabe zu erhalten.³³

waltung auf das Reich übergegangen ist. Th. Z s c h u c k e , Das neue Wasserstraßenrecht (JahrböfR. 11, 78).

²⁹ Preuß. Wassergesetz §§ 87 f. sieht ein Ausgleichungsverfahren zwischen den Interessenten vor. Bad. Wassergesetz §§ 14, 42, 48.

³⁰ Das BGB. verleiht den Nichtanliegern keinen Notweg über Privatgrundstücke zum öffentlichen Fluß, wie sie einen solchen nach BGB. § 917 zum öffentlichen Weg besitzen.

³¹ Württ. Wassergesetz Art. 54 ff. Bayr. Wassergesetz Art. 158 ff. Sächs. Wassergesetz §§ 151 ff. Bad. Wassergesetz §§ 25 ff. Preuß. Wassergesetz §§ 330 ff.

³² Bad. Wassergesetz §§ 58 ff. Württ. Wassergesetz Art. 67 ff. Bayr. Wassergesetz Art. 110 ff. Sächs. Wassergesetz §§ 99 ff. Preuß. Wassergesetz §§ 206 ff. S. oben § 7.

³³ Preuß. Quellenschutzgesetz v. 14. Mai 1908 (vgl. den Text des Gesetzes und die Erörterungen von A n s c h ü t z im JahrböfR. 3, S. 459). Kommentare von V o e l k e l , 1908; V o s s e n , 1909 und Erläuterungen von E r -

II. Die Sachen im Gemeingebrauch unterliegen ihrer Bestimmung gemäß der Benutzung aller Gebietsangehörigen und zwar nach folgenden Grundsätzen.

1. Der Gemeingebrauch³⁴ stellt die eigentliche Zweckbestimmung dieser Sachen dar. Der Gemeingebrauch ist eine rechtliche Eigenschaft dieser Objekte.³⁵ Jeder, der im Staatsgebiet zugelassen ist, besitzt die Möglichkeit, diese Eigenschaft nach seinem Belieben für seine individuellen Zwecke zu benutzen, soweit dies ohne Beeinträchtigung anderer geschehen kann. Der Anspruch auf Zulassung zum Gemeingebrauch hat in Deutschland im allgemeinen nicht die Natur eines subjektiven Rechts.³⁶ Er ist nichts anderes, als der auf ein konkretes Objekt gerichtete allgemeine Anspruch der

kens, Zft. f. Bergrecht 49, 358. Sächs. Wassergesetz §§ 54 ff. Mosel, HWB. II³ S. 353 („Quellen“). E. Loening, Art. „Quellenschutz“ im HWBStW. VI³, S. 1265. Stier-Somlo, Art. „Quellenschutz“, HWR. IV 626. Eine sehr eingehende Regelung hat das Quellenrecht gefunden im Schweiz. Zivilgesetzbuch, Art. 704—712. Vgl. dazu Carl Wieland, Das Sachenrecht des Schweiz. Zivilgesetzbuchs, S. 166 ff. — Besondere Schwierigkeit hat dem Gesetzgeber überall die Beantwortung der Frage bereitet, ob und wieweit eine Gemeinde oder der Staat im öffentlichen Interesse einem Eigentümer die Ableitung einer Quelle aus dem Gemeindebezirk oder dem Staatsgebiet verbieten darf. Den Erlaß eines derartigen behördlichen Verbots gestatten das Württ. Wassergesetz Art. 3, Bad. Wassergesetz § 56 und das Schweiz. Zivilgesetzbuch Art. 705; das Preuß. Wassergesetz § 204 gestattet die Fortleitung allgemein nur auf Grund einer polizeilichen Genehmigung. — Eine Zwangsentziehung von Quellen zum Zwecke der Versorgung von Ortschaften mit Trink- und Nutzwasser verbietet ausdrücklich das sächs. Wassergesetz § 150 (Schelcher, Kommentar, II S. 334 ff.). Beschränkt zugelassen ist die Enteignung im Schweiz. Zivilgesetzbuch Art. 711. Vgl. über die Frage die Rechtsgutachten von Eugen Huber, Paul Speiser, A. Hofstetter in der Zft. f. Schweiz. Recht, n. F. 12 (1893), S. 52, 482, 484.

³⁴ Vossen, Der Gemeingebrauch am Wasser, 1912. A. Mazza, Dei diritti sulle acque, 1913. Preuß. Wassergesetz §§ 25 ff., Bad. Wassergesetz §§ 12, 15, 16. Laue, Der Gemeingebrauch im Preuß. Wasserrecht (Verw.-Arch. 33, 1 f.).

³⁵ Ihering, Die passiven Wirkungen der Rechte (Jahrbücher für Dogmatik Bd. X).

³⁶ Biermann, Öffentliche Sachen, S. 44 und die dort zitierten Autoren. Anderer Ansicht: Gierke, Deutsches Privatrecht, II S. 24—25. RGerZ. 88, 16 und das in Fischers Zft. 25, 234 abgedruckte Urteil (öffentlich-rechtliche Grundlage, aber vermögens-, privatrechtlichen Inhalts). Vgl. dagegen die treffenden Erörterungen von W. Schelcher, Sächs. Wassergesetz², S. 80 f. und Derselbe, Fischers Zft. 31, 79.

Gebietsangehörigen, zu den der allgemeinen Benutzung unterliegenden öffentlichen Einrichtungen zugelassen zu werden und deren Eigenschaften im individuellen Interesse gebrauchen zu dürfen.

Der gemeine Gebrauch ist bei jeder Kategorie öffentlicher Sachen verschieden. Der gemeine Gebrauch öffentlicher Flüsse i. w. S. umfaßt regelmäßig: Waschen, Baden, Wasserschöpfen, Kahnfahrt, Schlittschuhlaufen, Tränken, bei schiffbaren Flüssen die Schifffahrt und Flößerei.³⁷ Der gemeine Gebrauch öffentlicher Straßen, Meeresufer, Plätze geht in der Regel auf in der Benutzung zum Gehen, Fahren, Reiten usf.³⁸ Er erstreckt sich auch auf die Luftsäule, die sich über der Straße, dem Flusse erhebt.³⁹ Aber er gewährt nie-

³⁷ K. Friedrichs, Art. „Flößerei“ HWR. II 401. — Hamburg. VG. 22. Nov. 1927: Ableitung der Alster zur Speisung eines privaten Bootshafens stellt keine Form des Gemeingebrauchs dar (JW. 1928, 1099).

³⁸ Der Eigentümer der Wegfläche hat alles zu dulden, was zum Gemeingebrauch gehört: PrOVG. 74, 360 (Reger 40, 244). Liegt die Benutzung einer Straße zum regelmäßigen Kraftomnibusverkehr noch im Rahmen des Gemeingebrauchs? Sächs. OVG. 26. Febr. 1926 bejaht die Frage (JW. 1926, 2318; Jbch. 29, 115), das PrOVG. 5. Juni 1913 verneint sie für Westpreußen (Entsch. 64, 494). Vgl. auch das RGes. ü. d. Verkehr mit Kraftfahrzeugen v. 3. Mai 1909 und Abänderungen (Sartorius, Samml., S. 281; H u e d e G r a i s ²⁴ 714). — Am Meeresstrand fällt unter den Gemeingebrauch auch die Aufstellung von Strandkörben. PrVGO. v. 18. Mai 1909 (Entsch. Bd. 54, S. 262). Der Gemeingebrauch erstreckt sich ferner auf die Jagd am Meeresstrand und auf den Fang von Muscheln (DJZ. XV 600, 771). Bedingt nach den örtlichen Verhältnissen und Gewohnheiten das Baden am Meeresufer die Benutzung eines Badekarrens, so hält sich auch die Aufstellung eines solchen innerhalb des Gemeingebrauchs. PrOVG. 19. Febr. 1898 (Entsch. Bd. 33, S. 450). Vgl. jedoch unten Anm. 52. L a u e , Rechtsverhältnisse am Meeresstrand (PrVbl. 34, 163 und VerwArch. 33, 48). Helfritz, Der Meeresstrand im preuß. öffentl. Recht (Festgabe f. d. OVG. 1925, 62 f.). C a s p e r , Der Meeresstrand (PrVbl. 49, 437). — Unter dem Normalmaß dagegen bleibt der Gemeingebrauch an den sog. beschränkt öffentlichen Wegen, die bestimmungsgemäß entweder nur zu einem bestimmten Zweck (Kirchwege, Totenwege) benutzt werden dürfen oder nur einem festumschriebenen Interessentenkreis (z. B. den Bewohnern eines abgelegenen Gehöftes) zur Verfügung stehen. Germershausen, Wegerecht in Preußen, I S. 21. Sächs. OVG. v. 13. Sept. 1905, v. 16. Mai 1906 (Jahrbücher 8, S. 118; 9, S. 35).

³⁹ Ueber den Gemeingebrauch hinaus geht aber das Ziehen von Leitungsdrähten durch den Luftraum und das Legen von Kabeln in den Straßenkörper. PrOVG. 27. März 1911, 19. Jan. 1911 (Entsch. Bd. 59, S. 305, 308). Bad. VGH. 24. Okt. 1911 (Zft. f. Bad. Verw. 1912, S. 28). Reger 44, 296. — Ueber das Vorrecht der Telegraphenverwaltung oben S. 344.

mandem, auch dem Anlieger nicht, einen Anspruch auf ungehinderte Aussicht auf die Straße, nach dem See usf.⁴⁰

Der Schutz des Gemeingebräuchs liegt der Polizei ob. Ihre Organe sind in den meisten deutschen Staaten mit der Kompetenz ausgestattet, ihres Amtes nicht bloß durch Erlaß von Einzelbefehlen zu walten, sondern auch durch Aufstellung von Polizeiverordnungen „zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf den öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder Wasserstraßen“.⁴¹ Gegen Störungen oder Beeinträchtigungen des Gemeingebräuchs, mögen sie von Behörden oder Privaten ausgehen, stehen dem Einzelnen heute die allgemeinen Rechtsschutzmittel des Verwaltungsrechtes zu Gebote: Verwaltungsbeschwerde und Anrufung der Verwaltungsgerichte. Sie haben die alten gemeinrechtlichen Zivilklagen verdrängt.⁴² Daneben bleibt die privatrechtliche Schadenersatzklage gegen den Privaten (BGB. § 823, Abs. 2) oder den Beamten (BGB. § 839) vorbehalten, der einen Dritten widerrechtlich im Gemeingebräuche gestört hat.⁴³

Die Vorteile des Gemeingebräuchs fließen den einzelnen Gebietsangehörigen in ungleichem Maße zu. Der Grundsatz, daß jedem Benutzer der Gemeingebräuch, gleichgültig in welcher Form er ihn ausübe, unentgeltlich zur Verfügung stehe, gilt heute nicht mehr unbeschränkt. Sowohl für die Benutzung der öffentlichen Straßen,

⁴⁰ Errichtet die zuständige Wegeverwaltungsbehörde auf einem Platz oder einer Straße eine Tribüne, ein Transformatorenhaus u. dgl., so kann sich der Anlieger weder mit Erfolg beschweren, noch Schadenersatz verlangen. RGerZ. v. 5. Juli 1889 (Entsch. in Zivils. 24, S. 245); Sächs. OVG. 5. Juli 1911 (Jahrbücher 17, 225). G e r m e r s h a u s e n , Wegerecht in Preußen, I S.158.

⁴¹ RStGB. § 366, Ziff. 10. F r a n k , Kommentar zum Strafgesetzbuch ¹⁷, S. 794. S o e r g e l , II S. 111. Bayr. Oberstes Landesgericht in Strafsachen v. 7. Nov. 1908 (R e g e r 20, 595).

⁴² Anderer Ansicht ist die herrschende Meinung. Sie nimmt an, daß zugunsten der Aufrechterhaltung des Gemeingebräuchs an Flüssen die alten gemeinrechtlichen Interdikte (gemäß EG. z. BGB. Art. 65) in Geltung geblieben sind, nach denen der Private vom Privaten direkt Abstellung der Flußverunreinigung verlangen kann. Vgl. z. B. B i e r m a n n , Oeffentliche Sachen, S. 41 ff. S o e r g e l , I S. 51, Nr. 3; II S. 55, Nr. 21; S. 75, Nr. 4. RGerZ. Bd. 53, S. 384; 64, S. 249; 70, S. 102. Ebenso behandelt das Reichsgericht für den Bereich des PrALR. den Gemeingebräuch als Privatrecht: RGerZ. 88, 16; vgl. darüber oben Anm. 36. Vgl. dazu die z. T. abweichenden Erörterungen von G i e r k e , Deutsches Privatrecht, II S. 26 (mit reichen Literaturangaben).

⁴³ B i e r m a n n , Oeffentliche Sachen, S. 41 ff.

wie für die der Wasserläufe können von bestimmten Benutzerklassen Abgaben erhoben werden.⁴⁴

In einem besondern Verhältnis zu der öffentlichen Straße stehen die Eigentümer der daran grenzenden Liegenschaften. Für den Besitzer einer solchen Liegenschaft — man denke an den Ortsstraßenanlieger oder den Flußanlieger — bildet der Vorteil der Lage einen Bestandteil seines Vermögens. Dies hat zu der Annahme verleitet, dem Anlieger (Adjazent) ständen besondere subjektive Anliegerrechte gegen Staat oder Gemeinde zur Seite. Diese Auffassung ist zu verwerfen. Der Anlieger besitzt keine höheren Ansprüche auf den Gemeingebrauch, als jeder andere Ortseingesessene. Was ihn vor andern auszeichnet, ist lediglich ein tatsächliches Moment: die Lage seiner Liegenschaft. Diese setzt ihn in den Stand, den Gemeingebrauch stärker zu nutzen, als es andern möglich ist. Nicht das Recht, sondern das wirtschaftliche Interesse am Gemeingebrauch ist beim Anlieger größer als bei den meisten seiner Mitbürger. Daraus folgt, daß der Anlieger keine besseren Ansprüche auf unveränderte Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs und der Gemeingebrauchssache besitzt, als der *quivis ex populo*,⁴⁵ und daß eine Schadenersatzklage gegen Staat oder Gemeinde wegen Aufhebung oder Beschränkung des Gemeingebrauchs oder wegen einer Veränderung der Gemeingebrauchssache nur zum Ziele führt, wenn ein Rechtsatz die Ersatzpflicht ausdrücklich angeordnet hat. Vgl. darüber oben § 18, S. 303.⁴⁶

⁴⁴ Reichs-Finanzausgleichsgesetz von 1923/26 § 13: Die Länder können zu Zwecken der öffentlich-rechtlichen Wegeunterhaltung eine Steuer für die Benutzung der Wege durch Fahrzeuge erheben. — RVerf. Art. 99: Wasserstraßen, Befahrungsabgaben.

⁴⁵ Von einem besonderen „Anliegerrecht“ ist auch noch in den neuen reichsgerichtlichen Urteilen die Rede. Der Begründung eines solchen Rechts verleihen aber, nach dem Reichsgericht, „die Formen des öffentlichen Rechts ihre Bedeutung“, daher hält das Reichsgerichtsurteil v. 2. Dez. 1908 das Landesrecht für zuständig und weist das Begehren eines Anliegers, es sei sein Recht auf Benutzung der öffentlichen Straße in das Grundbuch einzutragen, als unbegründet ab (RGERZ. 70, S. 77). Stritte, im PrVBl. 34, 325. W. v. Blume, Das Recht des Anliegers an öffentl. Straßen (Festgabe f. Schirmer, 1900, S. 101 f.). A p e l t in Fischers Zft. 30, 97. Herbert Schelcher, ebenda 34, 1 f. Otto Mayer, II³ S. 159 f. Weitere Literatur bei W. Jellinek 483. Vgl. auch Entsch. d. Schweiz. Bundesgerichts 20 (1894), S. 65; 29 (1903), S. 223. G. J è z e in der Revue du Droit public, 1910, p. 695.

⁴⁶ Bad. Ortsstraßengesetz von 1908, § 30, Abs. 3 und 4: „Wird eine Orts

2. Es gibt aber Benutzungsmöglichkeiten, die an sich nicht über den bestimmungsgemäßen Gebrauch der öffentlichen Sache hinausgehen, die aber doch eine gesteigerte Form der Benutzung darstellen: das Aufstellen von Baugerüsten und Marktbuden auf öffentlichen Straßen und Plätzen; die Benutzung der öffentlichen Straße für den Transport ungewöhnlich schwerer Gegenstände;⁴⁷ das Anbringen von Schaukästen und Erkern, die in den Luftraum der öffentlichen Straße hineinragen;⁴⁸ das Einleiten von Fabrikabwässern in einen

straße eingezogen oder in ihrer Höhe oder Richtung geändert, oder wird die Ausführung einer planmäßig festgestellten Ortsstraße aufgegeben oder nach Höhe, Breite oder Richtung abweichend von dem Plane vollzogen, so ist die hierdurch verursachte Wertsminderung der vor der Bekanntgebung des bezüglichen Vorhabens an der abgeänderten Strecke der bestehenden oder geplanten Ortsstraße errichteten oder in Angriff genommenen Gebäude den Eigentümern von dem Straßenbaupflichtigen insoweit zu ersetzen, als die Wertsminderung und gegebenenfalls die neu hinzukommende Straßenkostenbeitragslast (§§ 22—24) nicht durch eine als Folge der Straßenveränderung eintretende Wertserhöhung ausgeglichen ist. Außerdem hat der Straßenbaupflichtige, wenn die Höhe einer Ortsstraße verändert wird, die dadurch nötig werdenden Veränderungen an den Zufahrten und Zugängen der angrenzenden Grundstücke auf seine Kosten herzustellen; soweit durch die Veränderung der Wert des Grundstücks erhöht ist, hat der Eigentümer den der Wertserhöhung entsprechenden Teil der Herstellungskosten zu vergüten. Der Eigentümer kann, statt der Herstellung durch den Straßenbaupflichtigen, den Ersatz der zur Herstellung gemachten Aufwendungen abzüglich des Betrags der durch die Veränderung verursachten Wertserhöhung verlangen.“ — Bad. Wassergesetz von 1899, § 8, Abs. 3: „Die Unternehmer (von Kunstbauten an oder in öffentlichen Flüssen) sind zum Ersatze des Schadens verpflichtet, der den Anliegern durch Abschneiden der Ufergrundstücke vom Wasserlauf entstanden ist.“ — Ebenso gewährt die neue Bauordnung für Württemberg v. 28. Juni 1910, Art. 18, Schadenersatz den „Besitzern von Gebäuden, die schon vor Feststellung einer neuen Straßenhöhe an der richtig zu legenden Straße errichtet waren, in der seitherigen Benutzung ihrer Gebäude beeinträchtigt werden oder, um sie zu erhalten, zu baulichen Aenderungen gezwungen sind. Bei der Feststellung der Entschädigung ist zugunsten der Gemeinde der Mehrwert in Berechnung zu nehmen, der durch die neue Einrichtung oder mit ihr in unmittelbarem Zusammenhang stehende Abänderungen des Ortsbauplans dem Grundstück wächst.“

⁴⁷ Sächs. OVG. 25. Febr. 1911 (Jahrbücher 17, 4).

⁴⁸ Die Gemeinde darf daher z. B. dort, wo ihr keine Ortspolizei übertragen ist, nicht unter Berufung auf ihr Eigentum am Wegcareal das Anbringen von polizeilich erlaubten Erkern verbieten, mit der Begründung, eine solche Art der Benutzung übersteige den von der Eigentümerin zu duldenden Gemeingebrauch. Walz, Bad. Ortsstraßenrecht, S. 124. Baltz-Fischer, Preußisches Baupolizeirecht⁵, S. 311. Germershausen, Wegerecht,

öffentlichen Fluß; das Entnehmen von Kies aus einem öffentlichen Fluß u. a. m. Man darf in solchen Fällen von einem gesteigerten Gemeingebrauch reden. Eine solche erhöhte Ausnutzung der öffentlichen Sache zu individuellen Zwecken ist jedoch nur möglich auf Grund einer polizeilichen Bewilligung.⁴⁹ Die Polizei darf im allgemeinen die Erlaubnis nicht versagen, wenn keine öffentlichen Interessen (Rücksichten des Verkehrs, der Hygiene, der Sicherheit u. a. m.) im Wege stehen. Erteilt sie die Bewilligung, eine Gebrauchserlaubnis, so kann sie die „Bedingungen“ beifügen, welche Schädigungen des Gemeingebrauchs vorbeugen sollen. Eine derartige polizeiliche Bewilligung stellt sich juristisch als Polizeierlaubnis in dem unten, § 25, zu besprechenden Sinne dar.

3. Endlich aber können an Sachen im Gemeingebrauch auch Sondernutzungsrechte bestellt werden.⁵⁰ Als eine Sonderbenutzung erscheint jede Inanspruchnahme der öffentlichen Sache für individuelle Zwecke, die weder im allgemeinen, noch im gesteigerten Gemeingebrauch enthalten ist. Die Kompetenz der öffentlichen Behörden zur Verleihung von Sondernutzungsrechten kann aus alten iura regalia hergeleitet sein (Fischerei-, Flößerei-, Fähreregal u. dgl.),⁵¹ oder darin ihren Grund haben, daß die Ge-

I S. 142. Sächs. OVG. 8. Juni 1904 (Jahrbücher 5, S. 326); Soergel, I S. 52, Nr. 912; S. 610, Nr. 15; RGerZ. Bd. 30, S. 246. Ein solches Verbotungsrecht geben dagegen der Eigentümerin des Straßenareals die bei Soergel, II S. 32, Nr. 903, erwähnten Urteile. S. ferner Bad. VGH. 24. Okt. 1911: Der Wegeigentümer muß um Erlaubnis angegangen werden, wenn Starkstromleitungen über öffentliche Wege hin angelegt werden sollen (Bad. VerwZft. 1912, S. 28). Vgl. auch unten § 27 (Gebühr).

⁴⁹ Besonders klar durchgeführt im Sächs. Wassergesetz § 23. Dieses Gesetz ermöglicht eine besondere Benutzung der öffentlichen Gewässer über den Gemeingebrauch hinaus auf Grund einer einfachen Polizeierlaubnis (nur die Errichtung von Fähren an „Regalflüssen“ bedarf besonderer Verleihung; Wassergesetz § 25). Vgl. ferner Walz, Bad. Staatsrecht, S. 346. Preuß. Wassergesetz §§ 19—23. Bad. Wassergesetz § 16. — Die Grenze zwischen gesteigertem Gemeingebrauch und der Sondernutzung ist schwankend und flüchtig. Auch verschiebt sie sich von Staat zu Staat. So ist für die Errichtung einer Fähre in Württemberg lediglich eine Polizeierlaubnis nötig (gesteigerter Gemeingebrauch), in Sachsen dagegen auf der Elbe, den Mulden und der Weißen Elster eine echte Konzession (Sondernutzungsrecht). RGerZ. Bd. 64, S. 137. Mosel, HWB. I¹³ S. 542.

⁵⁰ Zu ihrer Kundbarmachung dienen öffentliche Wasserrechtsbücher („Wasserbücher“). Preuß. Wassergesetz §§ 182 ff. Bad. Wassergesetz §§ 24 ff.

⁵¹ Vgl. oben § 20, S. 343 ff. Das E.G. z. BGB. behält der Landesgesetzgebung die Regelung der Flößerei, der Jagd, der Fischerei usf. ausdrücklich vor.

setze, welche den Gemeingebrauch gewährleisten, gleichzeitig die Verwaltungsbehörden ermächtigen, einzelnen Personen eine Form der Benutzung zu gestatten, die eine dauernde Belastung der öffentlichen Sache (in verkehrstechnischem Sinne) nach sich zieht. Man denke an das Einbauen von Schienen und Kabeln in öffentliche Straßen, an die Errichtung von Straßenbahnmasten auf Trottoirs und von Wartehallen auf öffentlichen Plätzen, oder an die Errichtung von Badeunternehmungen am Meeresstrand auf Grund von sog. Badekonzessionen,⁵² ferner an die Errichtung von Anlagen in öffentlichen Flüssen zur Ausnutzung des Wasserlaufs für private Zwecke (Stauwehre u. dgl.)⁵³ u. a. m. Das Sonderrecht wird durch einseitigen, hoheitlichen, rechtsbegründenden Verwaltungsakt der Behörde verliehen, welche mit der Polizei des Gemeingebruchs betraut ist.⁵⁴

Vgl. EG. z. BGB. Art. 65, 69, und dazu den Kommentar zum Einführungsgesetz von **Niedner**. S. ferner **Dorner-Seng**, Bad. Landesprivatrecht, § 74. — Eine Zusammenstellung der Fischereigesetze bei **Georg Meyer-Dochow**, Deutsches Verwaltungsrecht, ⁴ § 61. **Friedrichs**, HWR. II 442 („Fischerei“). **Giese**, Art. „Fischerei“ WStVR. I ² 791. Ueber die Entwicklung des Fischereiregals: **Herbert Meyer**, Art. „Fischerei“ in **Hoops Reallexikon d. german. Altertumskunde**, II 53 f. **Fleiner**, Das Freianglerrecht im Aargau (Festschrift für **Walther Merz**, 1928, S. 42 f.). — Ueber die Flößerei s. oben S. 341. Ueber das Jagdrecht vgl. die Art. „Jagd“ von **Stelling**, WStVR. II ² 462. **G. Meyer-Dochow**, Deutsches Verwaltungsrecht ⁴, § 60. **Ebner**, Jagdrecht (VerwArch. 32, 269). RGerZ. 98, 101: Jagdpacht ist Rechtspacht.

⁵² PrOVG. 4. Juli 1911 (Entsch. Bd. 60, S. 286). **Helfritz** in Festgabe f. d. PrOVG. 1925, S. 80 f. **Laue**, Badekonzession (PrVbl. 48 [1927], S. 377 f.).

⁵³ Preuß. Wassergesetz §§ 46 ff., 81. Bad. Wassergesetz §§ 18, 40 ff., 44 (Energie). Das Sonderrecht, auf dem die Stauanlage beruht, gilt regelmäßig als Bestandteil des Ufergrundstückes (BGB. § 96), für welches es begründet worden ist („öffentliches Realrecht“); Preuß. Wassergesetz § 46, Abs. 3. Bad. Wassergesetz § 50. Solche Anlagen bedürfen überdies gewerbepolizeilicher Erlaubnis. Reichsgewerbeordnung § 23 und dazu **Landmann-Rohmer**, I ⁸ S. 267 f. **Sarwey**, Öffentl. Recht und Verwaltungsrechtspflege, S. 353 ff. **Göz**, Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, S. 400 ff. Eine besondere Rolle spielt die Ausnützung der reichen Wasserkräfte in der kohlenarmen Schweiz: BGes. über d. Nutzbarmachung der Wasserkräfte v. 23. Dez. 1916 und dazu **Fleiner**, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 567 f.

⁵⁴ Jahrbücher d. Sächs. OVG. 18, 107. **Mosel**, HWB. II ¹³, S. 1052. — Man darf sich über die wahre Natur des Aktes nicht durch die häufig verwendete Bezeichnung „Konzessionsvertrag“ irremachen lassen. Wenn derartige Konzessionen u. a. die „Bedingung“ enthalten, daß z. B. die verleihende öffentliche Korporation nach einer bestimmten Zahl von Jahren

Es liegt eine echte Konzession („Verleihung“) vor.⁵⁵ Der Private erwirbt gegen den verleihenden Staat oder die verleihende Gemeinde ein, meist befristetes, subjektives öffentliches Recht auf die gesteigerte Sonderbenutzung der öffentlichen Sache, wie sie in der Konzessionsurkunde näher beschrieben ist.⁵⁶ Ein dingliches Recht an der Sache wird durch die Konzession nicht begründet. Die Zustimmung des privatrechtlichen Eigentümers der öffentlichen Sache oder der Unterhaltspflichtigen ist jedoch in den Fällen erforderlich, in denen durch die Ausübung des Sondernutzungsrechtes in die Eigentumssache selbst eingegriffen wird oder die Eigentümer- oder Unterhaltspflichtigen eine Veränderung erfahren.⁵⁷ Die Gegenstände, die der Sondernutzungsberechtigte in die Straße oder das Flußbett einläßt oder sonstwie mit ihnen verbindet (Schienen, Kabel, Stauwehre, Kioske usw.), werden juristisch nicht zu Bestandteilen der öffentlichen Sache; sie bleiben, vermöge der dem Beliehenen (Konzessionär) zustehenden Befugnis auf Benutzung dieser Sachen (BGB. § 95), Eigentum des Beliehenen (Konzessionärs) und können deshalb von ihm, unabhängig von ihrer Unterlage, verpfändet oder verkauft werden.⁵⁸

das Unternehmen (Gaswerk u. dgl.) „zurückkaufen“ dürfe, so liegt darin so wenig eine privatrechtliche Verfügung, wie in der Vereinbarung des Eisenbahnrückkaufs in einer staatlichen Eisenbahnkonzession (s. darüber oben S. 350). **B enno W e t t s t e i n**, Rückkauf und Heimfall im schweiz. Wasserrecht, Zürich. Diss. 1925. Daher bedürfen Konzessionsverträge mit derartigem Inhalt nicht etwa der notariellen Beurkundung im Sinne von BGB. § 313. Unrichtig: RGerZ. 15. Okt. 1912 (Leipziger Zft. f. Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht VII 153).

⁵⁵ Das preuß. Kleinbahngesetz von 1892 §§ 2 ff. spricht von „Genehmigung“ im Sinne von Konzession.

⁵⁶ **Alf. B o c h a l l i**, Verleihung und Sicherstellung von Wassernutzungsrechten nach preuß. Recht, 1923. **S c h o l z** im VerwArch. 30, 267. **M o s e l**, HWB. II ¹³ S. 903 („Verleihung“). **W i l l y G r e s l y**, Ueber die Grundlagen u. d. rechtl. Natur der verliehenen Wasserrechte (nach schweiz. Recht), Zürich. Diss. 1923.

⁵⁷ **T h e i ß i g** in Fischers Zft. Bd. 37, S. 20 ff., 28 ff. ProOVG. v. 29. Dez. 1883 (Entsch. Bd. 10, S. 198). Vgl. insbesondere unten Anm. 60.

⁵⁸ Das wird wichtig für die Verpfändung eines Elektrizitätswerkes mit allen seinen Betriebseinrichtungen (Gebäuden, Kabelleitungen usw.); die Kreditfähigkeit derartiger Unternehmungen wird infolge der erwähnten juristischen Lösung wesentlich erhöht. Verwaltungsrechtliche Bedeutung gewinnt das Verhältnis bei der Erhebung der Grunderwerbsteuer. Bleiben Gasröhren, Leitungsdrähte usw. Bestandteile des Grundstückes, auf dem die Anstalt errichtet ist, so bilden sie auch steuerrechtlich einen Teil dieses Steuer-

Unter den erwähnten Konzessionen nimmt eine besondere Stellung die *Strassenbahnkonzession* ein.⁵⁹ Sie setzt sich aus drei Bestandteilen zusammen: der Konzession für Errichtung und Betrieb eines Eisenbahnunternehmens (s. oben S. 348); der Konzession für Sonderbenutzung der öffentlichen Straße (s. oben S. 379) und endlich der Zustimmung des Wegeigentümers und Wegeunterhaltungspflichtigen, dessen Lasten durch Errichtung und Betrieb einer Straßenbahn eine erhebliche Steigerung erfahren.⁶⁰ Möglich

objektes. M. E. steht BGB. § 95 dieser Lösung nicht im Wege. RGerZ. Bd. 48, S. 267. *E n d e m a n n*, Bürgerl. Recht, I (9. Aufl.), S. 242; abweichend die daselbst Bd. II S. 28 zitierten Belege. Reichs-Grunderwerbsteuergesetz v. 12. Sept. 1919, in der Fassung v. 11. März 1927, §§ 1, 2. Reichsbewertungsgesetz v. 10. Aug. 1925, §§ 26, 34. Siehe im allgemeinen über die Frage *B i e r m a n n*, Superficies solo cedit (Iherings Jahrbücher f. Dogmatik XXXIV S. 186). Vgl. ferner Schweiz. Zivilgesetzbuch Art. 675 (Baurecht) und Art. 676: „Leitungen für Wasser, Gas, elektrische Kraft u. dgl., die sich außerhalb des Grundstückes befinden, dem sie dienen, werden, wo es nicht anders geordnet ist, als Zugehör des Werkes, von dem sie ausgehen und als Eigentum des Werkeigentümers betrachtet . . .“ S. ferner Art. 677. *H i t z i g*, Das Baurecht (droit de superficie) im Vorentwurf eines Schweiz. Zivilgesetzbuchs (Zft. f. Schweiz. Recht, n. F. 22, S. 1). *Carl Wieland*, Sachenrecht des Schweiz. Zivilgesetzbuchs, S. 113—122. *P f l e g h a r d t*, Das Recht zur Erstellung elektrischer Leitungen nach der Schweiz. Bundesgesetzgebung (Zft. f. Schweiz. Recht, n. F. 23, S. 52).

⁵⁹ *K i t t e l*, Die rechtl. Stellung des Straßenbahnunternehmers (Egers Eisenbahnrechtl. Entsch. Bd. 23, S. 191 ff., 327 ff.). *T h e i s s i g*, Das Recht der Straßenbahngesellschaften zur Benutzung öffentl. Gemeinewege und die Straßenbenutzungsverträge (Fischers Zft. Bd. 37 [1910], S. 1 ff.). *E g e r*, Das preuß. Gesetz über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen v. 28. Juli 1892, 3. Aufl., 1913. (Die drei genannten Autoren sind Anhänger der Otto Mayerschen Lehre vom öffentlichen Eigentum.) *G e r m e r s h a u s e n*, Wegerecht, I³ S. 173. v. *R e i t z e n s t e i n*, Art. „Straßenbahnen“ in v. *S t e n g e l s* WBVR. II S. 576. *H e r b e r t S c h e l c h e r*, Der öffentl. Weg (Fischers Zft. Bd. 31, S. 1 ff.). *K o r m a n n*, Rechtsgeschäftl. Staatsakte, S. 96 ff. *M. L e h m a n n*, Die rechtl. Natur der Kleinbahnkonzession (Egers Eisenbahnrechtl. Entsch. 27 [1911], S. 105 f.). *H e i n*, Das Recht der Straßenbahnen in Preußen, 1925. *F r i t z s c h*, Deutsches Eisenbahnrecht, 1927. S. 78 f. Für Sachsen: *M o s e l*, HWB. II¹³ S. 757 („Straßenbahnen“). Weitere Literatur bei *W. J e l l i n e k* 504.

⁶⁰ Bad. Straßengesetz v. 14. Juni 1884, § 29, Abs. 2: „. . . Auch ist die Zustimmung der Gemeinden und Kreise, welche Eigentümer der Straßen sind, oder welchen die Unterhaltungspflicht derselben obliegt, sowie die Zustimmung etwaiger sonstiger rechtlich Beteiligter einzuholen.“ Ebenso Preuß. Kleinbahngesetz von 1892, § 6; es fügt in Abs. 2 bei: „Der Unternehmer ist mangels anderweitiger Vereinbarung (mit den aus Gründen des

ist, daß nach positiver Gesetzgebung die für die Erteilung der Straßenbahnkonzession zuständige Behörde nicht nur zu prüfen hat, ob das Unternehmen nach der verkehrspolitischen Seite hin als zulässig erscheint, sondern auch, ob der Betrieb des Unternehmens mit dem Gemeingebrauch der Straße vereinbar ist, in der die Eisenbahn errichtet werden soll. Dann erfüllt die Straßenbahnkonzession eine doppelte Funktion: sie verleiht ein Recht auf Errichtung einer öffentlichen Anstalt (oben § 19) und begründet gleichzeitig ein Sondernutzungsrecht an der öffentlichen Straße. Auf alle Fälle wird die Straßenbahnkonzession, wie S. 351 erwähnt wurde, erst verliehen, nachdem das Sondernutzungsrecht an der Straße begründet worden ist und der Wegeunterhaltungspflichtige und Eigentümer zugestimmt hat; diese Zustimmung enthält eine privatrechtliche, vertragliche Erklärung, infolgedessen sind auch die Gegenleistungen, die sich der Eigentümer als solcher vom Konzessionär für die besondere Benutzung seines Straßenareals versprechen läßt, privatrechtlicher Natur.⁶¹

Die Konzession begründet ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen dem Konzedenten und dem Beliehenen (Konzessionär), dessen Inhalt in erster Linie durch die Konzessionsurkunde bestimmt wird. Im übrigen ist auch das in einer Konzession verliehene öffentliche Individualrecht auf Sonderbenutzung einer öffentlichen Sache

öffentlichen Rechts zur Unterhaltung des Weges Verpflichteten) zur Unterhaltung und Wiederherstellung des benutzten Wegeteiles verpflichtet . . .“ S. auch U l l m a n n, Straßenunterhaltsverträge zwischen Kleinbahnunternehmern und Wegeunterhaltungspflichtigen (Gruchots Beiträge Bd. 56 [1912], S. 250). K l e f f e l, im PrVBl. 34, 890.

⁶¹ Dies gilt namentlich auch für eine eventuelle Festsetzung über den Rückkauf des Straßenbahnunternehmens durch die Gemeinde. Wie das Sächs. OVG. v. 20. Juni 1908 (Jahrb. 12, S. 289) richtig hervorgehoben hat, kommt einer Rückkaufsbestimmung in einem derartigen „Konzessionsvertrag“ eine andre Bedeutung zu als in der vom Staate erteilten Eisenbahnkonzession oder in der Konzession des Straßenbenutzungsrechts. Vgl. auch S e i d l m a y e r, Ueber das in den sog. Konzessionsverträgen den Gemeinden eingeräumte Uebernahmerecht (Gruchots Beiträge, n. F. 6 [1927], S. 54). — Ist jedoch eine Gemeindebehörde Trägerin der Straßenpolizei, so liegt in der von ihr vorgenommenen Verleihung des Sonderrechts über den Gemeingebrauch hinaus gleichzeitig die privatrechtliche Zustimmung zur gesteigerten Benutzung ihres Straßenareals. Das Rückkaufsrecht wird dann häufig als „Bedingung“ der öffentlich-rechtlichen Verleihung aufgeführt und das Ganze in einen „Konzessionsvertrag“ eingekleidet. Das hat jedoch nicht zur Folge, daß dieses Aktenstück nun als privatrechtlicher Vertrag behandelt werden darf. RGerZ. 92, 111; Gruchots Beiträge 62, 650; J o s e f im PrVBl. 45, 436.

den andern subjektiven öffentlichen Rechten (§§ 12, 20) wesensgleich.⁶² Durch die Verleihung eines Sondernutzungsrechtes an den einen Privaten begibt sich die Behörde der Befugnis nicht, dasselbe Recht auch anderen zuzugestehen⁶³ — es wäre denn, daß die Konzession ausdrücklich ein Ausschlußrecht zugunsten des einen beliebigen Unternehmers geschaffen hätte.

⁶² Verletzt der Konzedent das Sonderrecht durch einen rechtmäßigen Eingriff, so hat er kraft Gewohnheitsrechtes öffentlich-rechtliche Entschädigung zu leisten (oben § 18). Bei widerrechtlicher Verletzung greifen die Vorschriften über die Haftung aus Amtshandlungen Platz (oben § 17). *K o l l m a n n*, Die Regreßansprüche der großen Berliner Straßenbahn (*E g e r*, Eisenbahnrechtliche Entsch. 20, S. 275; vgl. daselbst auch S. 99). *RGerZ.* v. 29. März 1898 (*E g e r*, Eisenbahnrechtl. Entsch. 15, S. 70). *E g e r*, Stadtgemeinde und Straßenbahnen (*DJZ.* Bd. X [1905], S. 1030; XVI [1911], S. 920). *Entsch. des Schweiz. Bundesgerichts* 31, (1905), Teil II, S. 382. Vgl. auch *S i r e y*, *Recueil général des lois et arrêts*, 1902, III 17 (und die Fußnote daselbst von *H a u r i o u*); 1905, III 135, 143 und oben S. 351.

⁶³ Ueber Kollisionen, die bei der Benutzung der Straße durch einen alten und einen neuen Konzessionär entstehen können: *RGerZ.* Bd. 81, S. 216.

Zweites Kapitel.

Die verwaltungsrechtlichen Pflichten der Bürger.

1. Die allgemeinen polizeilichen Pflichten.

§ 24. Polizeigewalt und polizeiliche Beschränkungen der Bürger.¹

I. Begriff und Wort „Polizei“ haben eine wechselvolle Entwicklung durchlaufen. Das griechische *πολιτεία* bedeutet Stadtverfassung, Staatsverfassung und im übertragenen Sinne Staatsverwaltung, Regierung. Im 14. Jahrhundert prägte die französische Rechtssprache

¹ Otto Mayer, I² §§ 18—26. F. F. Mayer, Grundsätze des Verwaltungsrechts, S. 99 ff. E. Loening, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 4 ff. und Art. „Polizei“ im HWBSt. 3. Aufl., VI S. 1058. G. Meyer-Dochow, VerwR.⁴, S. 5 f. Georg Meyer-Anschütz, Deutsches Staatsrecht, 7. Aufl., S. 752 ff. Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl., S. 121 ff. und „Der Begriff der Polizei und der Umfang des polizeilichen Verfügungs- und Ordnungsrechts in Preußen“ (VerwArch. 3, S. 249), ferner Art. „Polizei“ im WStVR.³ III 96. Schilling, Beiträge zur Entwicklung des Polizeibegriffs nach preuß. Recht (VerwArch. 2, S. 474). Wolzendorff, Die Grenzen der Polizeigewalt, 1905/06 (Arbeiten aus dem juristisch-staatswissenschaftl. Seminar der Universität Marburg, Heft 3 und 5). Derselbe, Die Grenzen der Polizeigewalt im franz. Recht (ArchöfR. 24 [1909], S. 325). Derselbe, Richtlinien des polizeilichen Wirkens (PrVBl. 32, 257). Derselbe, Der Polizeigedanke des modernen Staates, 1918. Schanze, Die Polizei, in Fischers Zft. Bd. 35 (1909), S. 89. Thoma, Polizeibefehl im Bad. Recht, I S. 1 ff. Anschütz, Die Polizei, 1910 (Vorträge der Gehestiftung, Bd. II, S. 221 ff.). Derselbe, Art. „Polizei“ im HWB. komm. W. III (1924), S. 455. Leo Vossen, Der Schutz der Gewerbefreiheit und der Verfassungsrechte durch das preuß. Oberverwaltungsgericht, 2. Aufl., 1910. J. Jungel, Der Begriff der Polizei im württembergischen Recht, Tübinger staatswissenschaftl. Diss. 1912. F. Kitzinger, Die Verhinderung strafbarer Handlungen durch Polizeigewalt, 1913, S. 59 ff. v. Seydel-Graßmann, Bayr. Verwaltungsrecht, 1913, S. 218 ff. Friedrichs, Aufsichtspolizei (VerwArch. 28, 105). Stier-Somlo, Art. „Polizei“, „Polizeiverfügung“, „Polizeiverordnung“

das Wort „la police“ um zur Bezeichnung von Staatszweck und Staatstätigkeit. Im engern Sinne wurde das Wort „la police“ verwendet zur Charakterisierung des guten, geordneten Zustands eines Staatswesens. Am Ende des 15. Jahrhunderts übernahm Deutschland den Begriff von Frankreich und fügte ihn als *ius politiae* dem System der landesherrlichen Hoheitsrechte bei (§ 3). Als im 16. Jahrhundert die Theorie vom *ius reformandi* die Rechtfertigung lieferte für das Eingreifen des Landesherrn in die kirchlichen Angelegenheiten, gab das *ius politiae* die juristische Formel ab, mit deren Hilfe die Erweiterung des staatlichen Aufgabenkreises auf weltlichem Gebiete begründet wurde. Hatte sich der mittelalterliche Staat auf die Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens beschränkt, so verschaffte das *ius politiae* dem Staate des 16. und 17. Jahrhunderts die Befugnis, auch für die „gemeine Wohlfahrt“ mit staatlichem Zwange sorgen zu dürfen. Das *ius politiae* lieferte dem Landesherrn die Kompetenz zum Erlaß aller Anordnungen, welche die „irdische Glückseligkeit“ der Untertanen verwirklichten. Es verlieh damit dem Staate die Möglichkeit, seine Macht über alle individuellen Betätigungen der Staatseinwohner zur Geltung zu bringen und wurde auf diese Weise zum Gründer der absoluten Staatsgewalt. Der „Polizeistaat“ ging in dem absoluten Staate auf. „Policey“ und Staatsregiment wurden identische Begriffe.

Aber schon am Ende der Reformationszeit begannen sich von dem Begriffe der „Policey“ einzelne Staatsfunktionen abzulösen. Die erstarkenden Territorialgewalten fingen an, für die Besorgung der auswärtigen Politik, des Kriegswesens und der Finanzen (des „Kameralwesens“) besondere staatliche Einrichtungen und Behörden auszubilden. Sodann begann sich aus dem übrigen Staatsregiment die Justiz als eine gesonderte Funktion herauszuheben.

HWR. IV (1927). *Drews*, Preuß. Polizeirecht, allg. Teil, 1927. *Lassar* und *Drews*, Allg. Polizeirecht, in v. *Brauchitsch*, Preuß. Verwaltungsgesetze Bd. II ²¹, 1928. *Schoen*, Enzykl. IV 261. *Herrnritt*, 327, 337. *Mosel*, HWB. II ¹³ S. 298 („Polizei“), S. 309 („Polizeigewalt“) *Peucker*, Der Ideengehalt des Polizeibegriffs (PrVbl. 47, 569). *Hatschek* 115 f. *Jellinek*, Gesetz, Gesetzesanwendung, 1913 und VerwR. 405 f. *Nawiasky*, Die allg. Rechtsstellung der Polizei (Bayr. VerwBlätter 74 [1926], S. 385). *Merkel*, VerwR. § 17. Vgl. auch *Hauriou*, Précis de Droit administratif, 11 éd., p. 445. *Berthélemy*, Droit adm., 11 éd., p. 265. *K. Neumeyer*, Internationales Verwaltungsrecht, Bd. I, 1910, S. 67 ff., 255 ff. *Kulisch*, Oesterr. Gewerberecht, I ³ S. 36 ff. *Ernst Freund*; Administrative powers over persons and property, Chicago 1928.

Durch diese Entwicklung wurde die Polizei auf die Staatsaufgaben beschränkt, die in keinen der genannten andern Verwaltungszweige fielen. Trotzdem ruhte nach wie vor in ihr der Schwerpunkt der gesamten Staatstätigkeit. Denn ihr fiel von selbst die Sorge für die zahllosen neuen Aufgaben zu, welche eine neue Auffassung vom Berufe des Staates der öffentlichen Verwaltung übertrug. Wie diese neuen Aufgaben erledigt werden mußten, wies noch kein geschriebenes Recht. Infolgedessen war für sie das freie Ermessen der Regierung allein maßgebend. Damit trat die Polizei in einen Gegensatz zur Justiz. „Justizsachen“ wurden die Staatsangelegenheiten, die nach Recht zu entscheiden waren und daher in die Zuständigkeit der Gerichte fielen. Als „Polizeisachen“ dagegen erschienen die staatlichen Angelegenheiten, die nach freiem Ermessen besorgt wurden und daher die Domäne der Regierung darstellten.

Gegen die in der Polizei verkörperte Staatsallmacht erhob im 18. Jahrhundert die wissenschaftliche Theorie des Naturrechts Einspruch im Interesse der Freiheit des Individuums. Sie begann mit einer Kritik des Rechtsgrundes des Staats und vollendete ihr Werk in der Lehre von den angeborenen, unantastbaren Menschenrechten, die der Staatsgewalt Schranken aufrichtete. In der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom Jahre 1789 feierte diese Theorie ihren großen politischen Sieg.² Die Staatsgewalt wurde zurückgeschraubt auf die Sorge für Rechtsschutz und auf die Verfolgung des Sicherheitszwecks.³ Die Entwicklung in Deutschland

² So sagt die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 z. B.: 4. „La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. — 5. „La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.“ R. R e d s l o b, Die Staatstheorien der franz. Nationalversammlung von 1789, Leipzig 1912. F l e i n e r, Entstehung und Wandlung moderner Staatstheorien in der Schweiz, 1926. H. K e l s e n, Die Idee des Naturrechts (Oesterr. Zft. f. öffentl. R. 7, 223). D e r s e l b e, Naturrecht und positives Recht (Intern. Zft. f. Theorie d. Rechts II 71). A l f r. M a n i g k, Wie stehen wir heute zum Naturrecht? Breslauer Rektoratsrede 1926.

³ Vgl. z. B. den Code des délits et des peines von 1795, Art. 16: „La police est instituée pour maintenir l'ordre public, la liberté, la propriété, la sûreté individuelle.“ Siehe B l o c k, Dictionnaire de l'administration française, Art. „police“. J. S t. P ü t t e r schreibt am Ende des 18. Jahrhunderts in

vollzog sich in denselben Bahnen. Sie erreichte ihren Höhepunkt in dem Allgemeinen Preußischen Landrecht des Jahres 1794, welches Begriff und Grenzen der Polizei mit den berühmten Worten umschrieb (Teil II, Titel 17, § 10): „Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publiko oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizei.“⁴ Diese Auffassung ist in der Folge in ganz Deutschland zur Herrschaft gelangt. Die Gesetzgebung hat sie aufgenommen,⁵ und dort, wo es an gesetzlichen Vorschriften fehlt, wie z. B. in Sachsen,⁶ ist sie vom Gewohnheitsrecht zu unbestrittener Geltung gebracht worden. Sie bildet heute überall die Grundlage des Polizeirechts.

Ihrer Pflicht, die Gefahren abzuwehren, die das geordnete Zusammenleben der Menschen stören, genügt die Polizei im modernen Staate nach zwei Richtungen: 1. Sie sorgt unmittelbar und von sich aus für die Einrichtungen, die der Verhinderung oder Beseitigung der Gefahren des täglichen Lebens dienen („Polizeipflege“ i. e. S.). So ist die Polizei verpflichtet, für die Reinigung und Beleuchtung der öffentlichen Straßen zu sorgen und an gefährlichen Straßenkreuzungen Warnungstafeln anzubringen, oder sie hat den Unterhaltungspflichtigen dazu anzuhalten; sie muß gegen Wasser- und

seinen „Institutiones iuris publici germanici“ § 331: „Supremae potestatis pars quae exercetur cura advertendi mala futura dicitur ius politiae. Promovendae salutis cura proprie non est politiae.“

⁴ Die Vorschrift des Allg. Preuß. Landrechts II 17 § 10 ist, als öffentlich-rechtliche Norm, durch das Inkrafttreten des BGB. am 1. Januar 1900 nicht beseitigt worden. Sie gilt, als Ausdruck einer allgemeinen Rechtsüberzeugung, im ganzen Staatsgebiet, nicht nur im ehemaligen Geltungsbereich des ALR. (Entsch. des PrOVG. Bd. 39, S. 399). Bitter, HWB., Art. „Polizei“, Bd. II 2, S. 274.

⁵ Z. B. Bad. Polizeistrafgesetzbuch von 1863/1923, § 30: „Neben den Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzbuchs bleibt den Polizeibehörden die Befugnis vorbehalten, auch unabhängig von der strafgerichtlichen Verfolgung rechts- und ordnungswidrige Zustände innerhalb ihrer Zuständigkeit zu beseitigen und deren Entstehung oder Fortsetzung zu hindern. — Anordnungen dieser Art sind nur insoweit zu treffen, als sie im öffentlichen Interesse geboten erscheinen . . .“ Thüring. LandesverwO. 1926, § 32: „Die Verwaltung hat als Polizei die Aufgabe, der Gesamtheit oder dem Einzelnen bevorstehende Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Ruhe, Sicherheit oder Ordnung gestört wird.“

⁶ Wachler und Naundorff, Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. OVG., I S. 48, Nr. 2; II S. 79, Nr. 5 b.

Feuergefahr die nötigen Vorkehrungen treffen u. a. m.⁷ 2. Der Polizei liegt ferner ob, gegenüber den Bürgern mit obrigkeitlicher Gewalt die erforderlichen Anordnungen zu erlassen, welche die Betätigungen der persönlichen Freiheit und des Eigentums den vom öffentlichen Wohl geforderten Beschränkungen unterwerfen. Von dieser zweiten Aufgabe der Polizei soll in den folgenden Erörterungen allein die Rede sein.

Um Bedeutung und Schranken der Polizei nach geltendem Recht richtig zu würdigen, muß man sich stets vor Augen halten, daß im Rechtsstaat die Vermutung für die Freiheit des Individuums von staatlichem Zwang spricht. In diesem Sinne enthält der Satz „was nicht verboten ist, ist erlaubt“ eine Rechtswahrheit. Sie ist niedergelegt in den Vorschriften der Verfassungsurkunden, insbesondere auch denen der geltenden Reichsverfassung, welche Freiheit und Eigentum der Bürger ausdrücklich garantieren. Ihnen zufolge ist der Bürger befugt, mit seinem Eigentum nach freiem Ermessen zu schalten und die ihm von der Natur verliehene Fähigkeit zur Betätigung seines Willens nach allen Richtungen auszunutzen.⁸ Eine schrankenlose Betätigung der individuellen Freiheit und der Eigentumsfreiheit würde aber zum „bellum omnium contra omnes“ führen. Jede Freiheit ist deshalb nur unter dem Vorbehalt gewährleistet, daß sie die gute Ordnung des Gemeinwesens nicht stört.⁹ Die Aufgabe der Polizei besteht daher darin, diese Rechtspflicht gegen die Bürger zur Geltung zu bringen. Diese allgemeine Pflicht wird im täglichen Leben in zahlreiche polizeiliche Einzelpflichten umgesetzt.¹⁰ Dadurch entsteht ein ganzes System polizeilicher Freiheits- und Eigentumsbeschränkungen. Die natürliche Freiheit und das Eigen-

⁷ Die Frage, ob es sich im Einzelfall um eine Einrichtung der Polizei oder um eine solche der Wohlfahrtspflege handelt, wird u. a. wichtig für die Entscheidung darüber, wer die Kosten dafür („Polizeikosten“) zu tragen hat.

⁸ Das durch die Gewerbefreiheit garantierte „Recht“ auf den Betrieb eines Gewerbes ist gegen Verletzung von seiten dritter Privatpersonen durch BGB. § 823 Abs. 2 geschützt. Unsicher: RGerZ. Bd. 61, S. 10; 65, S. 210; 76, S. 46. Vgl. zu der Frage v. T u h r, Allg. Teil d. Bürgerl. Rechts, I S. 154 ff. S. auch oben § 12.

⁹ „Das Gute — dieser Satz steht fest —

ist stets das Böse was man läßt.“

(Wilhelm Busch.)

¹⁰ Diese Auffassung deckt sich mit derjenigen, die F r a n k, Strafgesetzbuch ¹⁷, S. 761, dazu geführt hat, die Polizeiübertretungen als Delikte zu bezeichnen, deren Norm die allgemeine im Verkehr erforderliche Sorgfalt spezialisiert.

tum des Einzelnen finden eine Grenze an der Polizeigewalt.¹¹ Die Polizei ist somit heute keine ausgeschiedene staatliche Funktion; sie ist lediglich eine bestimmte Richtung der staatlichen Verwaltungstätigkeit, nämlich die obrigkeitliche Tätigkeit auf dem Gebiete der inneren Verwaltung, welche der natürlichen Freiheit der Person und dem Eigentum der Bürger die zur Aufrechterhaltung des öffentlichen Rechts, der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung nötigen Beschränkungen zwangsweise auferlegt.¹²

Damit ist auch die Ausübung der polizeilichen Tätigkeit unter den Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung gestellt. Das Gesetz bestimmt nach einem für alle gleichen Maßstab, welche Einschränkungen seiner persönlichen Freiheit und seines Eigentums sich der Einzelne mit Rücksicht auf das Gemeinwohl gefallen lassen muß. Die alte Formel, daß Eingriffe in Freiheit und Eigentum der gesetzlichen Grundlage bedürfen, enthält heute einen Anwendungsfall des erwähnten, allgemeinen Rechtsgrundsatzes. Handhabung der Polizeigewalt ist somit Vollziehung der Polizeigesetze durch die zuständigen Organe (Polizeibehörden), und zwar durch den Erlaß von Polizeiverordnungen und Polizeiverfügungen.

Bei allen ihren Maßnahmen hat die Polizei dem verpflichteten Bürger das Mittel zu bezeichnen, dessen er sich zur Beseitigung der Störung, d. h. zur Erfüllung der polizeilichen Pflicht zu bedienen hat. Aber es steht dem Betroffenen frei, ein anderes ebenso wirksames Mittel zu wählen. Denn nicht auf das Mittel, sondern auf den Erfolg kommt es an. Hat jedoch der Pflichtige zu keinem anderen wirksamen Mittel gegriffen und den polizeiwidrigen Zustand nicht beseitigt, so hat die Polizei bei der Vollstreckung ihrer Verfügung das von ihr Geforderte durchzusetzen.¹³

¹¹ PrOVG. 13. Juni 1910: Wenn die Polizeibehörde eine Verfügung nicht mit eigenem Zwang durchsetzen will, sondern bloß durch den Hinweis auf Bestrafung, so liegt keine polizeiliche Verfügung vor (PrVbl. 32, 26).

¹² Laband, Staatsrecht, III⁵ S. 207. Thoma, Polizeibefehl, I S. 7, 50. Da zum Wesen der Polizeigewalt der Zwang gehört, so können die Polizeibehörden nur Gewaltunterworfenen befehlen. Keine Gewalt steht mithin der Polizei gegenüber anderen gleichgeordneten Staatstätigkeiten zu. Die Polizeibehörde kann der Militärbehörde weder befehlen, Schießübungen auf einem bestimmten Platz zu unterlassen, noch von ihr durch Befehl die Beseitigung eines Festungstors verlangen. PrOVG. Bd. 2, S. 399; Bd. 61, S. 274. Schultzenstein in der DJZ. 18, 435; Vogels im PrVbl. 34, 706.

¹³ In einer schweizerischen Stadt wurde polizeilich vorgeschrieben, es hätten die Hauseigentümer den Kehricht zu Händen des städtischen Abfuhr-

Die Polizei ist heute im allgemeinen auf die **Beseitigung** von ordnungs-, polizeiwidrigen Handlungen und Unterlassungen beschränkt. Die Unterdrückung (Repression) steht für sie im Vordergrund. Zur Anwendung **vorbeugender Mittel**, die das Entstehen von polizeiwidrigkeiten verhindern sollen (Prävention), ist die Polizei nur ausnahmsweise, auf Grund einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung, befugt.¹⁴ Aber selbst eine vorgängige polizeiliche Maßnahme kann gegenüber bestimmten Betätigungen verfassungsmäßig ausgeschlossen sein. Das trifft z. B. zu beim Verbot einer Vorzensur der Presse, der Theaterstücke u. dgl.¹⁵

Die allgemeine polizeiliche Pflicht des Bürgers erschöpft sich in einem Nichtstören. Zu einer positiven Leistung zugunsten der Polizei ist der Untertan im allgemeinen nur verpflichtet, sofern ihm ein Rechtsatz eine genau umschriebene Spezialpflicht nach dieser Richtung aufgebürdet hat.¹⁶ Die Nichtstörungspflicht läuft aber nicht

unternehmens in verschlossenen Mülleimern eines bestimmten Fabrikates bereit zu halten. Das ging zu weit. Der Bürger war in der Wahl des Eimers frei. Ueber die Wahl des Mittels: *Drews*, Preuß. Polizeirecht, S. 58. *W. Jellinek* 423.

¹⁴ Den Uebergang vom System der Prävention zu dem der Repression veranschaulichen die Aenderungen des Reichsvereinsgesetzes v. 19. April 1908. So verlangte dessen § 7 i. der Fassung v. 1908 polizeiliche Genehmigung für öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel und für Aufzüge auf öffentlichen Straßen. In Uebereinstimmung mit dem Aufruf der Volksbeauftragten v. 12. Nov. 1918 (Triepel, Quellensammlung, S. 1) hat die RVerf. von 1919 Art. 123 die präventiven Beschränkungen des Vereins- und Versammlungsrechts aufgehoben. Vgl. dazu die Kommentare von *Anschütz*, von *Giese* und von *Poetzsch* und den abgeänderten Text des Reichsvereinsgesetzes bei *Sartorius*, Sammlung⁷, S. 265.

¹⁵ RVerf. Art. 118 Abs. 1: freie Meinungsäußerung; Abs. 2: „Eine Zensur findet nicht statt, doch können für Lichtspiele durch Gesetz abweichende Bestimmungen getroffen werden.“ Verboten ist somit grundsätzlich die sog. Vorzensur (PrOVG. 76, 435) — die alte polizeistaatliche Beschränkung der Pressefreiheit. Damit diese für Lichtspiele beibehalten werden konnte, bedurfte es einer besonderen verfassungsmäßigen Ermächtigung. RVerf. Art. 7 Nr. 20 und Reichs-Lichtspielgesetz v. 12. Mai 1920, § 1 (Vorzensur der Filme). Ueber den davon abweichenden Rechtszustand in der Schweiz: Schweiz. Bundesblatt 1925 II 515. Entscheid. d. Bundesgerichts 42 I 169; 47 I 40; 48 I 476; 49 I 87, 93.

¹⁶ Kgl. Sächs. OVG. v. 18. März 1903 (Jahrb. 4, S. 149): Der Eigentümer eines Grundstücks kann nach seinem Ermessen seinen Teich zuschütten. Die Polizei ist nicht befugt, von ihm die Erhaltung des Teichs zu verlangen, damit sie bei Bränden in der Gegend genügend Wasser vorfinde. — Die Baulinie bezeichnet im allgemeinen die Grenze der Bebaubarkeit eines Grund-

immer auf ein Untätigsein hinaus. Man denke nur an die im sanitären Interesse erlassenen Vorschriften, welche den Anschluß eines Hauses an das Kanalisationsnetz anordnen, oder an das Reichsgesetz, das den Impfwang eingeführt hat.¹⁷

Zum Amte der Polizei gehört aber nicht bloß die Abwehr von Störungen, „die dem Publiko oder einzelnen Mitgliedern desselben“ drohen. Ihre Aufgabe hat die Polizei auch zur Sicherung des ungestörten Betriebes öffentlicher Anstalten zu erfüllen. Hier entfaltet sie sich als Anstaltspolizei (oben § 19). — Andererseits fällt jedoch aus dem Bereiche der Polizei heraus die Förderung der öffentlichen Wohlfahrt, die sog. *Wohlfahrtspflege*.¹⁸ Die ganze moderne Fürsorgetätigkeit des Staates und der Gemeinden zugunsten der Jugendlichen, der Kriegsbeschädigten, der ohne eigenes Verschulden in Not geratenen Personen usf. gehört nicht zu den Aufgaben der Polizei i. e. S. Ebensowenig ist in den *allgemeinen* begriffswesentlichen Kompetenzen der Polizei die Befugnis enthalten, durch Polizeibefehl eine „stilgemäße Restaurierung“ eines alten Kirchengebäudes zu erzwingen, noch die Zuständigkeit, das Gedeihen der Weinreben auf einem Privatgrundstück dadurch zu fördern, daß sie dem Nachbarn die Errichtung einer beschattenden Mauer verbietet.¹⁹ Eine solche Ueberschreitung ihres angestammten

stücks gegen die Straße zu. Das Bauen hinter der Baulinie ist dem Eigentümer gestattet, wenn nicht das Gesetz (z. B. bad. Ortsstraßengesetz § 9) ausdrücklich (etwa zur Verhütung von Verunstaltungen) den Eigentümer verpflichtet, sein Gebäude auf die Baulinie zu stellen. *Kampitz* und *Delius*, Rechtsprechung des Reichsgerichts, I S. 452, Nr. 6. *Soergel*, I S. 598, Nr. 66; S. 612, Nr. 11. — Ueber die Nothilfepflicht zugunsten der Polizei unten S. 416.

¹⁷ Ueber Zwang zum Anschluß an die Trinkwasserleitung und Kanalisation: *Baltz-Fischer*, Preuß. Baupolizeirecht ⁶, S. 337. *Roth*, Bad. Landesbauordnung, S. 50. Ueber das im sanitären Interesse erlassene polizeiliche Gebot „landhausmäßiger Bebauung“: *PrOVG*. Bd. 26, S. 323. Ueber den Impfwang siehe oben S. 392.

¹⁸ *Anderer Ansicht Rosin* im *VerwArch*. III, S. 249 (vgl. dazu *Thoma*, Polizeibefehl, I S. 42). Siehe ferner *Wolzenorff*, Richtlinien des polizeilichen Wirkens im preuß. Recht (*PrVBl*. 22, S. 257). Die *RVerf. Art. 9* hebt die zwei Richtungen scharf auseinander, wenn sie dem Reiche, soweit ein Bedürfnis vorhanden ist, die Gesetzgebung zuspricht über: „1. die Wohlfahrtspflege; 2. den Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit“; Beispiele für 1. und 2. bei: *Giese*, *Komm.* zu *Art. 9* *Erl. 2* und *3*, und *Poetzsch* ³, S. 115 f. Vgl. auch § 42 der *3. SteuernotV. v. 14. Febr. 1924*. *Mosel*, *HWB*. II ¹³ S. 1085 („Wohlfahrtspflege“).

¹⁹ *PrOVG*. Bd. 44, S. 388. Ferner Bd. 39, S. 278. Daher ist ein polizeiliches Bauverbot unzulässig, das lediglich erlassen ist, um den freien Ausblick

Bereiches zum Zwecke der Verwirklichung wohlfahrtspolizeilicher Aufgaben ist der Polizei stets nur auf Grund eines besonderen Auftrages des Gesetzgebers erlaubt.²⁰ Ein solcher ist enthalten z. B. in den Gesetzen, die sich gegen die Verunstaltung von Ortschaften und landschaftlich hervorragenden Gegenden und von Denkmälern richten; ²¹ in den Gesetzen zum Schutze der Arbeitskraft und Sittlichkeit der Arbeiter und Arbeiterinnen; ²² in gewissen Anordnungen

auf ein Denkmal aufrecht zu erhalten: Entsch. des PrOVG. Bd. 9, S. 353 (Kreuzbergdenkmal in Berlin). *Drews*, Preuß. Polizeirecht, S. 4. — Vgl. ferner *Soergel*, I S. 414, Nr. 116. *Bernatzik* in der Kultur der Gegenwart, Bd. II, Abt. 8, S. 387. Ungültig ist (PrOVG. 5. Dez. 1910) eine Polizeiverfügung, welche jeden kreditweisen Branntweinverkauf verbietet (Spruchsammlung 1911 der DJZ. S. 159). Ungültig ist eine ortspolizeiliche Vorschrift, welche das Verkaufen von Speiseeis an Kinder unter 14 Jahren allgemein untersagt (OLG. Karlsruhe 1. Sept. 1910, Bad. Rechtspraxis 1910, S. 258). Keine polizeiliche Aufgabe ist es, die Leute am unnützen Geldausgeben zu verhindern. *Fleiner*, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 385, Anm. 37 (Praxis des Schweiz. Bundesgerichts).

²⁰ Wenn die Polizei ermächtigt ist, der Baufreiheit die im sanitären Interesse liegenden Beschränkungen aufzuerlegen, so darf sie gewerbliche Betriebe aus einem bestimmten Wohnbezirke verbannen, aber sie ist nicht befugt, darüber hinaus anzuordnen, es dürften dort nur Wohnhäuser errichtet werden. Einer solchen Polizeiverordnung fehlt das „polizeiliche Motiv“. PrOVG. 2. Juli 1900, 5. Juli 1912 (Entsch. Bd. 37, S. 401; PrVBl. 34, 600).

²¹ RVerf. Art. 150, Abs. 1. Vgl. z. B. Preuß. Gesetz gegen die Verunstaltung landschaftlich hervorragender Gegenden v. 2. Jan. 1902 und Preuß. Gesetz gegen die Verunstaltung von Ortschaften und landschaftlich hervorragenden Gegenden v. 15. Juli 1907 (vgl. darüber *O. Loening* im PrVBl. 33, 538). *Baltz-Fischer*, Preuß. Baupolizeirecht ⁵, S. 111. Preuß. Gesetz v. 8. Juli 1920 und dazu PrVBl. 46, 569. Bad. Polizeistrafgesetzbuch § 130 = Novelle zum bad. Polizeistrafgesetzbuch v. 20. Aug. 1904. (*Schlusser*, Bad. Polizeistrafrecht, S. 331). Sächs. Gesetz ü. d. Heimatschutz v. 10. März 1909; *Mosel*, HWB. I ¹³ S. 1021. Württ. Bauordnung von 1910, Art. 98. *Emrich*, Schutz d. Ortsbildes, 1911. *Bredt*, Die Heimatschutzgesetzgebung der deutschen Bundesstaaten, 1912. *Heyer*, Denkmalspflege und Heimatschutz im Deutschen Reich, 1912. *Schnitzler*, Art. „Denkmale“ HWR. II 10. — Vgl. auch den Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts im Schweiz. Zivilgesetzbuch Art. 702 (und dazu die Bemerkungen in dem Kommentar von *C. Wieland*). Ferner *Carl Wieland*, Der Denkmal- und Heimatschutz in der Gesetzgebung der Gegenwart, Basler Universitätsprogramm 1905. *Paul Hirt*, Der polizeiliche Schutz des Landschaftsbildes, Zürcher Diss. 1927.

²² RGewO. §§ 105 f. Sittenpolizeilicher Schutz unmündiger Arbeiter und Arbeiterinnen: *Reger* 23, S. 341.

zur Förderung der Gesundheitspflege²³ u. a. m.²⁴ — Die Beispiele zeigen, daß Uebergänge von dem System der reinen Wohlfahrtspflege zu dem der reinen Polizeigewalt vorkommen.²⁵ Endlich ist

²³ Sächs. OVG. v. 2. Mai 1903, betr. Schlafkammern von Dienstmädchen (Jahrb. 4, S. 253). Gültig ist, nach dem Urteil des Kammergerichts v. 4. März 1912, eine Polizeiverordnung, welche im sanitären Interesse der Kunden vorschreibt, daß in den dem Vertrieb von Nahrungs- und Genußmitteln dienenden Verkaufsläden Wände und Decken einen giftfreien, regelmäßig zu erneuernden Oelanstrich haben müssen. DJZ. XVII 1133. Vgl. ferner Reichsgesetz betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln, Genußmitteln und Gebrauchsgegenständen v. 14. Mai 1879.

²⁴ In diesem Zusammenhang sind ferner zu nennen die staatlichen Beschränkungen der privaten Forstwirtschaft (Rodungsverbote u. dgl.), WStVR.² I 824, Art. „Forstwesen“ (Schwappach). Friedrichs, Art. „Forstrecht“: HWR. II 492. S. auch Preuß. Moorschutzgesetz v. 4. März 1913. — Den tiefsten wohlfahrtspolizeilichen Eingriff in die persönliche Freiheit der Eltern haben schon vor dem Krieg die Landesgesetze über die Fürsorgeerziehung (Zwangserziehung) vorgenommen. WStVR.² I 862, Art. „Fürsorgeerziehung“ (Landsberg). S. nunmehr RVerf. Art. 7 Nr. 7 und Art. 122 und das Reichsgesetz f. Jugendwohlfahrt v. 9. Juli 1922, §§ 62 f.; das Gesetz gestattet, daß durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts ein Minderjähriger (der das 18. Altersjahr noch nicht vollendet hat) seinen Eltern weggenommen und in Fürsorgeerziehung gebracht wird, wenn „die Entfernung des Minderjährigen aus seiner bisherigen Umgebung zur Verhütung der Verwahrlosung“ oder „zur Beseitigung der Verwahrlosung wegen Unzulänglichkeit der Erziehung“ erforderlich ist (§ 63 zit. Ges.). — Ueber den armenrechtlichen Arbeitszwang: RVerf. Art. 163 und V. ü. d. Fürsorgepflicht v. 13. Febr. 1924, § 20. — Die Gesetzgebung zur Bekämpfung des Wohnungsmangels (RG. v. 26. Juli 1923 u. a.) ist typische Wohlfahrtspflege: PrOVG. 19. Mai 1927, JW. 1927, 1962; vgl. auch PrOVG. 14. Dez. 1922 (PrVBl. 44, 432) und PrVBl. 45, 471; 46, 116. — In diesen Zusammenhang hinein gehören weiter die landesgesetzlichen Vorschriften, welche zum administrativen Erlaß eines Wirtshausverbots gegenüber Trunkenbolden ermächtigen. Bad. Polizeistrafgesetzbuch § 76 a. — Unzulässig ist es, eine Maßnahme der Wohlfahrtspflege mit polizeilichen Motiven zu rechtfertigen. Die Herrichtung eines Spielplatzes kann die Polizei von der Gemeinde nicht verlangen mit der Begründung, die Maßnahme diene zur Verhütung von gesundheitlichen Störungen, sei also polizeilicher Natur; PrOVG. 22. Juni 1916 (Entsch. 71, 341). Ebenso gehören Vorschriften zur Verbesserung der Pferdezucht und der Rasse der Wohlfahrtspflege an und können nicht durch polizeiliche Erwägungen (Gefahrabwehr) gestützt werden. Bedingungen, welche das Belegen der Stuten nur mit zuchttauglich geprüften (angekörteten) Hengsten gestatten, können nicht in Polizeiverordnungen (Körordnungen) eingeführt werden (PrOVG. 77, 327), es bedarf hierzu einer besonderen gesetzlichen Grundlage. Vgl. z. B. das Preuß. Gesetz ü. d. Regelung des Körwesens v. 4. Aug. 1922; Sächs. Gesetz ü. d. Hengstkörungen v. 25. Juni 1923.

²⁵ Ein Beispiel bietet das Reichsgesetz zur Bewahrung der Jugend vor

der Polizei, als einer Funktion der inneren Verwaltung, auch verwehrt, ihre Zwangsgewalt in den Dienst eines anderen Verwaltungszweiges zu stellen. Ihr kommt z. B. nicht zu, zur Erreichung rein finanzieller Zwecke hilfreiche Hand zu bieten. Sie darf daher nicht durch wegepolizeiliche Verfügung den Straßenanliegern die Reinigung der Trottoirs anbefehlen, wenn die Reinigungspflicht eine finanzielle Last der Gemeinde darstellt.²⁶

Da die polizeilichen Gebote und Verbote in Freiheit und Eigentum des Untertans eingreifen, so bedürfen sie, gemäß den Grundsätzen des Rechtsstaates (oben § 9), der gesetzlichen Grundlage.²⁷ Diese ist in den meisten deutschen Staaten zunächst durch die Aufstellung eines allgemein gehaltenen Grundsatzes geschaffen worden, der in großen Zügen die Richtlinien der polizeilichen Tätigkeit vorgezeichnet hat; man vergleiche z. B. die oben angeführte Formel

Schund- und Schmutzschriften v. 18. Dez. 1926, das den Verkehr mit Schriften, welche in eine amtliche Liste eingetragen sind, bestimmten Beschränkungen unterwirft. Hier durchkreuzen sich die Erwägungen der Wohlfahrtspflege und der Polizei (RVerf. Art. 9, Nr. 1 und 2). Albert Hellwig, Jugendschutz gegen Schundliteratur, 1927, S. 152. Stier-Somlo, Art. „Schund- und Schmutzschriften“ HWR. V 383. — In dem RG. zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten v. 18. Febr. 1927 hat das Reich Erwägungen der Volksgesundheit in den Vordergrund geschoben und demgemäß die Vollziehung des Gesetzes in erster Linie den Gesundheitsbehörden und nicht den Polizeibehörden anvertraut. Den Leitsatz des Gesetzes spricht § 2 Abs. 1 aus: „Wer an einer mit Ansteckungsgefahr verbundenen Geschlechtskrankheit leidet und dies weiß oder den Umständen nach annehmen muß, hat die Pflicht, sich von einem für das Deutsche Reich approbierten Arzte behandeln zu lassen. Eltern, Vormünder und sonstige Erziehungsberechtigte sind verpflichtet, für die ärztliche Behandlung ihrer geschlechtskranken Pflegebefohlenen zu sorgen.“ Albert Hellwig, Das Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten (PrVBl. 49, 257). A. Elster, Art. „Geschlechtskrankheiten“ HWR. II 830. Max Hagemann, Art. „Sittenpolizei“, HWR. V 502. Finger, Das Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten (JW. 1927, 883).

²⁶ Karl Bräuer, Die Belastung der Adjazenten mit Trottoirbeiträgen nach pfälzischem Recht (ArchöfR. 21, S. 523). Soergel, II S. 939, Nr. 10. Wachler und Naundorff, Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. OVG., II S. 79, Nr. 6 a. PrOVG. Bd. 54, S. 262. Ungültig ist eine unter Berufung auf StGB. 366 Ziff. 10 erlassene bezirkspolizeiliche Vorschrift, die das Befahren eines Privatweges verbietet, es jedoch als erlaubt erklärt, wenn der Benutzer einen Betrag an die wegeunterhaltungspflichtige Gemeinde zahle. OLG. Karlsruhe 23. Jan. 1911 (Bad. Rechtspraxis 1911, S. 161).

²⁷ RVerf. Art. 114, 118, 153. Thoma, Grundrechte und Polizeigewalt (Festgabe f. d. PrOVG. 1925, S. 183 f.).

des Allgemeinen Preußischen Landrechts vom Jahr 1794. Allein gemäß den Forderungen des Rechtsstaates hat die Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts die polizeilichen Pflichten immer mehr spezialisiert und das Geltungsgebiet der allgemeinen Ermächtigungsklauseln verengert.²⁸ Durch die Spezialgesetzgebung des Reichs und der Länder ist auf diese Weise um manches Gebiet individueller Tätigkeit ein Netz von polizeilichen Vorschriften gesponnen worden, so daß man heute von einem Gewerbepolizeirecht, Baupolizeirecht, Vereinspolizeirecht usw. sprechen kann.²⁹

Ein polizeilicher Eingriff zieht möglicherweise das Vermögen des davon betroffenen Privaten in Mitleidenschaft: die sanitätspolizeiliche Absonderung schädigt den Arbeiter und den Ladeninhaber in ihrem Erwerb; der Zwang zur Anschließung einer Liegenschaft

²⁸ Soweit die polizeilichen Pflichten, die der Einzelne mit Bezug auf ein bestimmtes Verhältnis zu erfüllen hat, durch Spezialgesetze normiert sind, darf die Polizei neben ihnen nicht noch, unter Berufung auf die allgemeine Ermächtigungsklausel, neue weitere Pflichten auferlegen. Beispiel: Das Reichsvereinsgesetz v. 19. April 1908 hat in § 3 aufgezählt, über welche Interna der Vorstand eines politischen Vereins der Polizeibehörde Aufschluß schuldet. Daher ist das polizeiliche, auf die allgemeine polizeiliche Ermächtigungsklausel gestützte Begehren rechtswidrig, das über die vom Vereinsgesetz genannten Punkte hinaus noch weitergehende Auskünfte verlangt. *Lindenberg*, Bemerk. zu § 3 des Reichsvereinsgesetzes (Stengleins Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reichs, S. 19). *Stier-Somlo*, Reichsvereinsgesetz, S. 94. Unrichtig *PrOVG*. v. 24. Mai 1910 (mitgeteilt von *Schultzenstein* in der *DJZ.* 15, 954; im selben Sinn schon früher *PrOVG*. v. 26. Jan. 1903 (*Reger* 24, S. 11); vgl. auch *Entsch. d. PrOVG.* Bd. 58, S. 288 (polizeil. Ueberwachung einer nicht unter das Reichsvereinsgesetz § 13 fallenden Versammlung gestützt auf die allg. Ermächtigungsklausel des Landrechts). Richtige Anwendung des Prinzips *Sächs. OVG.* v. 21. Jan. 1905 (*Reger* 26, S. 313). — Wenn das Gesetz die polizeilichen Pflichten des Eigentümers eines Grundstücks spezialisiert hat (vgl. z. B. auch *Reichsstrafgesetzbuch* § 307, Ziff. 13), so gibt es daneben keine *allgemeine* Pflicht mehr zur Erhaltung des Eigentums in polizeigemäßigem Zustand. *Göz*, Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, S. 363 ff. *Thoma*, Polizeibefehl, I S. 50, 51. *A. Schade*, Eigentum und Polizei (*ArchöffR.* 25 [1909], S. 266 ff.). Anderer Ansicht ist die preußische Praxis. *Stier-Somlo*, Die Pflicht des Eigentümers zur Erhaltung seines Eigentums in polizeigemäßigem Zustand (*VerwArch.* 6, S. 275) und „Verwaltung und Eigentum“ (*VerwArch.* 18, 43).

²⁹ Es sei auf die Zusammenstellung der einzelnen Zweige der Polizei (Baupolizei, Vereinspolizei, Gewerbepolizei usw.) verwiesen bei *W. Jellinek*, S. 432—482 und auf die eingehenden Literaturangaben für jeden Zweig daselbst S. 432—435.

an die Abzugskanäle macht finanzielle Aufwendungen des Hauseigentümers nötig; ein Bauverbot hindert den Eigentümer monatelang an der baulichen Verwertung seines Grundstückes u. a. m. Sind derartige Eingriffe dem Rechte gemäß erfolgt, so schuldet die Behörde Schadenersatz nur, wenn ein Rechtsatz eine Entschädigung angeordnet hat (s. oben § 18). Sind sie dagegen in Verletzung einer Amtspflicht ergangen, so sind die oben § 17 dargestellten Grundsätze über Beamten- und Staatshaftung bei Ausübung der öffentlichen Gewalt maßgebend.

II. Die Polizei hat die Aufgabe, das öffentliche Recht, die öffentliche Ordnung und die öffentliche Sicherheit zu schirmen.

1. Zum Schutze des öffentlichen Rechtes wird sie tätig, wenn sie rechtswidrige Angriffe auf die bestehenden staatlichen Institutionen abwehrt und strafbare Handlungen verhindert.³⁰

2. Die Sorge für die öffentliche Sicherheit besteht in der Verpflichtung, die von der geltenden Gesetzgebung anerkannten Rechtsgüter der Einzelnen und der Allgemeinheit sicherzustellen gegen Gefahren, die ihrer Existenz oder ihrer Unversehrtheit drohen. Solche Gefahren können dem Staat selbst erwachsen aus der schrankenlosen Betätigung der individuellen Freiheit. Politische Polizei, Vereinspolizei, Preßpolizei, Theaterpolizei usw. sind zur Abwendung dieser Gefahren berufen. Andererseits setzt aber das gesellschaftliche Zusammenleben den Einzelnen Gefahren aus, die seine Gesundheit, sein Leben und sein Eigentum bedrohen. Aufgabe der „Sicherheitspolizei“ i. w. S. ist es, diese Güter des Individuums mit nicht geringerer Kraft zu schützen, als die des Staates.³¹

3. Die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung stellt die Polizeigewalt vor ihre schwierigste Aufgabe. Sie erheischt nicht bloß eine Abwehr des strafrechtlich Verbotenen,³² sondern überdies eine Unterdrückung alles dessen, was gegen die herrschenden ethischen und sozialen Anschauungen („Ordnungsnormen“) ver-

³⁰ F. Kitzinger, Die Verhinderung strafbarer Handlungen durch Polizeigewalt, 1913.

³¹ Man vergleiche das lehrreiche Buch von Gustav Roscher, Großstadtpolizei, Hamburg 1912.

³² Auch wo der Konkubinat straflos ist, macht die Polizei dagegen einschreiten, sofern er öffentliches Aergernis erregt. Sächs. OVG. v. 1. Nov. 1905 (R e g e r 26, S. 566); speziell für Sachsen: M o s e l, HWB. I¹⁸ S. 1214 („Konkubinat“). B i t t e r s, HWB Art. „Konkubinat“, Bd. I³ S. 1039.— S. zu der ganzen Frage auch die Erörterungen in dem Urteile des PrOVG v. 14. Dez. 1899 (Entsch. Bd. 36, S. 403). DJZ. 32, 890.

stößt,³³ oder die fünf Sinne über das Maß hinaus belästigt, das als notwendige Folge des Zusammenlebens der Menschen von jedem ertragen werden muß.³⁴ Hier wird somit die Polizeibehörde zu einem Urteil darüber berufen, was an der Elle des Durchschnittsmenschen gemessen als erlaubt und zuträglich gilt. Zum Bestand der öffentlichen Ordnung gehört jedes der erwähnten Rechtsgüter insofern, als es dem Einzelnen als Glied der Gesellschaft garantiert ist.³⁵ Das wird häufig in die Formel gefaßt, die Polizei habe „das

³³ Verboten darf werden von der Polizei die Aufschrift an einem Gasthaus „judenreines Haus“ oder „judenfreies Haus“; erlaubt ist dagegen „jüdischer Besuch höflichst verboten“. R e g e r 23, 199; 26, 190; 27, 20. Das Singen des „Borkumliedes“ kann nicht verboten werden: PrOVG. 14. Mai 1925, Entsch. 80, 176 und dazu W. J e l l i n e k, S. 407, 428; H e n s e l Verw.-Arch. 31, 236.

³⁴ Das Reichslichtspielgesetz v. 12. Mai 1920 umschreibt gut die „Ordnungsnormen“, d. h. das, was polizeilich zu berücksichtigen ist. § 1 Abs. 2 spricht von der Zulassung eines Bildstreifens (Films) durch die aml. Prüfungsstellen und fährt fort, es sei die Zulassung zu versagen, „wenn die Prüfung ergibt, daß die Vorführung des Bildstreifens geeignet ist, die öffentl. Ordnung oder Sicherheit zu gefährden, das religiöse Empfinden zu verletzen, verrohend oder entsittlichend zu wirken, das deutsche Ansehen oder die Beziehungen Deutschlands zu auswärtigen Staaten zu gefährden. Die Zulassung darf wegen einer politischen, sozialen, religiösen, ethischen oder Weltanschauungstendenz als solcher nicht versagt werden.“ — Interesse der Pietät: R G. ü. d. Erhaltung der Kriegergräber aus dem Weltkrieg v. 29. Dez. 1922 und dazu H u e d e G r a i s ²⁴, S. 924. Sächs. OVG. v. 1. März 1902 (R e g e r 23, 136). Das gilt auch für das Nachbarrecht: BGB. § 906. — Polizeiliche Auflagen zur Beseitigung von Geruchsbelästigungen und der Mückenplage sind erlaubt: PrOVG. Bd. 61, S. 208. W i l h e l m i, Fliegenplage und Polizei (PrVbl. 44, 409). — Ein polizeiliches Verbot (Polizeiverordnung), die Wäsche aufzuhängen in den Vorgärten gegen die Straße zu, ist jedoch vom Kammergericht 9. Jan. 1925 als unzulässig erklärt worden (Staats- und Selbstverwaltung VII 116).

³⁵ Daher kann eine Störung der „öffentlichen Ordnung“, die polizeiliches Einschreiten rechtfertigt, vorliegen, wenn z. B. durch das nächtliche Musizieren nur ein einziger Nachbar gestört worden ist. So darf die Polizei einem Tanzlehrer den Geschäftsbetrieb nach 11 Uhr abends verbieten, auch wenn nur wenige Hausbewohner in der Nachtruhe gestört werden: PrOVG. 28. Mai 1925 (Staats- und Selbstverw. VII 396). Dasselbe trifft zu bei Störungen der Nachbarschaft durch einen Schweinestall oder durch einen Bienenstock. VGH. 9. Okt. 1910 (Württ. Zft. f. Verw. IV 26); PrOVG. 21. Okt. 1910 (R e g e r 31, 566). Störung der Nachtruhe durch weidende Kühe: R e g e r 40, 222. Polizeiliches Einschreiten gegen ein Freibad, wenn auch nur die Insassen eines einzigen Nachbarhauses durch den Anblick Nackter verletzt werden. RGerZ. Bd. 76, S. 130.

Publikum“ vor Störungen zu schützen. Dabei spielt eine wesentliche Rolle, welche soziale Wertung das durch die Störung angegriffene Rechtsgut genießt. Während die Polizeibehörde schon durch den leichtesten Angriff auf die geschlechtliche Sittlichkeit zum Einschreiten veranlaßt wird, ist sie gegenüber groben Belästigungen des Gehörs von einer übertriebenen Milde.³⁶ Die Anforderungen der öffentlichen Ordnung ändern sich nach Ort und Zeit: ³⁷ das Teppichklopfen in den Morgenstunden gilt fast überall als erlaubt, an einem Kurort dagegen darf es im Interesse der Kranken verboten werden.³⁸ Die „Ortsüblichkeit“ kann sich sogar im einzelnen Stadtteil im Laufe der Zeit infolge der Umgestaltung der äußeren Umstände verändern.³⁹ Welche Wandlungen aber auch eintreten mögen — die Polizei darf

³⁶ „Musik wird oft nicht schön gefunden,
Weil stets sie mit Geräusch verbunden.“ (Wilhelm Busch.)

H. Beuttenmüller, Der rechtliche Schutz des Gehörs, 1908. von K a m p t z, Der Rechtsschutz gegen Lärm durch gewerbliche Betriebe (Gesetz u. Recht XIV). Entsch. d. PrOVG. Bd. 6, S. 349 (Schießlärm). Soergel, I S. 141, Nr. 9 (Dampfpfeife); S. 173, Nr. 9 (Orchestrion); V 405, 447. R e g e r 33, 331. PrOVG. 21. Sept. 1922: Verbot eines Rummelplatzes wegen Nachbarschaft einer Mietskaserne zulässig (PrVBl. 44, 328). Der Bad. VGH. 5. Mai 1909 hält — zu Unrecht — ein polizeiliches Verbot für unzulässig, das sich gegen ununterbrochene Musikaufführungen richtet (Bad. Rechtspraxis 1911, S. 141). Die Verfügung an den Eigentümer des Orchestrions, die Fenster zu schließen, ist erlaubt: PrOVG. 6. Mai 1909 (Spruchsammlung 1910 der DJZ. S. 176). — Der Genuß frischer Luft ist ein polizeilich zu schützendes Rechtsgut; daher polizeiliches Einschreiten gegen Ausdünstungen usf.: PrOVG. 1. Okt. 1909 (PrVBl. 31, 291).

³⁷ Das tritt u. a. in den staatlichen Vorschriften über die Feier des Karfreitags und des Fronleichnamfestes in paritätischen Gemeinden in die Erscheinung. K a h l, Lehrsystem d. Kirchenrechts, I S. 400. S ä g m ü l l e r, Kathol. Kirchenrecht, 2. Aufl., S. 711. B i t t e r s HWB. d. preuß. Verw., I ² S. 988, Art. „Karfreitag“. RVerf. Art. 139.

³⁸ Soergel, I S. 559, Nr. 6 f.; vgl. jedoch auch III S. 478. Spruchsammlung 1909 der DJZ. S. 141. PrOVG. 3. Dez. 1925: in einem Miethaus eines Industrienviertels darf die Polizei das Nähen auf der Nähmaschine im Interesse der Hausbewohner nicht schon vor 10 Uhr abends verbieten (JW. 1925, 1068). — S. auch PrOVG. 16. Mai 1902 (Entsch. 41, S. 432) und Reger 14, 204; die Beispiele betreffen polizeiliche Beschränkungen aus politischen Gründen in den Tagen politischer Kämpfe in Nordschleswig und Westpreußen.

³⁹ Beispiel: Infolge der Ausdehnung einer Stadt ist eine ehemals abseits gelegene Fabrik in das Zentrum des Wohnviertels hineingerückt. Der Fabriklärm, der als zulässig erschien, solange die Fabrik allein auf weiter Flur stand, wird nunmehr polizeiwidrig. H ö r l e, im VerwArch. 10, S. 369. RGerZ. Bd. 57, S. 224; 64, S. 363. PrOVG. 17. Jan. 1911 (Spruchsammlung 1911 der DJZ. S. 158).

in ihren Anforderungen nie über das durch das öffentliche Interesse gebotene Maß hinausgehen. Was an sich erlaubt ist, darf sie nicht verbieten, um sich dadurch die Ueberwachung zu erleichtern.⁴⁰

III. Der Ausübung der Polizeigewalt sind Schranken gesetzt, die sich aus dem Wesen der Polizei unmittelbar ergeben.⁴¹

1. Die Polizei hat die öffentliche Ordnung zu schützen. Das heißt einmal, daß die Polizei ihren Arm nicht dem Schutze von bloßen Privatinteressen leihen darf; hierzu sind die Zivilgerichte berufen.⁴² Der Satz bedeutet aber ferner, daß Privatleben⁴³ und

⁴⁰ Sächs. OVG. v. 20. Dez. 1902 (Jahrb. 4, S. 73; 15, S. 42). Abweichend von diesem Grundsatz nimmt die Praxis an, die Vorschrift der RGewO. § 33 III Nr. 2, wonach die Erlaubnis versagt werden dürfe, wenn ein Schanklokal wegen seiner Lage den polizeilichen Anforderungen nicht genüge, gestatte die Verweigerung einer Schankkonzession wegen Schwierigkeit der Ueberwachung. *L a n d m a n n - R o h m e r*, I⁸ S. 410—411. Das Sächs. OVG. 5. Okt. 1910 (R e g e r 31, 253) hat eine polizeiliche Verfügung geschützt, welche einem Wirt befohlen hatte, die Fenster der alkoholfreien Wirtschaft nicht zu verhängen; gerechtfertigt wurde diese Verfügung damit, es bestehe Verdacht, daß auch alkoholhaltige Getränke verabreicht und daß von Gästen unzüchtige Handlungen mit Kellnerinnen vorgenommen würden. Das Urteil ist m. E. nicht haltbar.

⁴¹ *S c h u l t z e n s t e i n*, Zu den Grenzen der Polizeigewalt (DJZ. 17, 832). *W. J e l l i n e k*, Gesetz, Gesetzesanwendung, S. 17 ff. Vgl. damit auch *W o l z e n d o r f f*, Die Grenzen der Polizeigewalt im französischen Recht (ArchöffR. 24, S. 325). — Ob die Polizeibehörden diese Schranken im einzelnen Fall beobachtet haben, ist Rechtsfrage und nicht Ermessensfrage. Infolgedessen sind die Verwaltungsgerichte zu einer Kontrolle auch nach diesen Richtungen berufen. Siehe oben § 16.

⁴² Unzulässig ist es, daß zuwider einem ausdrücklichen Verbot des Ehemannes ein Polizeibeamter in eine Privatwohnung eindringt, damit unter seiner „passiven Assistenz“ die Ehefrau mit ihren gepackten Koffern unbehelligt ausziehen kann: PrOVG. 28. Okt. 1910 (Entsch. Bd. 56, S. 264; R e g e r 31, 419). Vgl. andererseits PrOVG. 20. April 1922: Auf Anrufen des Ehemannes verfügt die Polizei, daß der Abtransport des Hausrates der gemeinsamen Haushaltung durch die Ehefrau und deren Brüder unzulässig sei, bis eine einstweilige richterliche Verfügung vorliege. Das OVG. hat die polizeiliche Verfügung mit Rücksicht auf die Dringlichkeit geschützt (PrVBl. 44, 184).

⁴³ Die Polizei hat nicht den Einzelnen gegen sich selbst zu schützen: Die Polizei ist nicht befugt, dem waghalsigen Artisten seine Vorführungen zu verbieten, wohl aber hat sie das Publikum gegen die Gefahr eines ausbrechenden Löwen im Zirkus zu schützen. *T r e i t e l* im PrVBl. 46, 505. *S c h u l t z e n s t e i n*, Die Grenzen der Polizeigewalt beim Schutz gegen sich selbst (DJZ. 9, S. 81 und 129). Davon abweichend das Preuß. Gesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit v. 12. Febr. 1850, § 6, wonach die Polizeibehörden befugt

Privatwohnung der polizeilichen Kontrolle entzogen sind.⁴⁴ Für die Polizei entsteht ein Angriffspunkt erst, wenn eine individuelle Tätigkeit öffentlich vorgenommen wird, oder wenn ihre Wirkungen aus dem Privatleben und der Privatwohnung in die Öffentlichkeit ausstrahlen. Nur über sog. „gesellschaftliche Aeußerungen“ hat die Polizei Gewalt.⁴⁵ Die Beseitigung des Grünspans am Kochgeschirr kann die Polizei vom Privaten (sofern er keine öffentliche Wirtschaft betreibt) nicht verlangen, wohl aber ist sie befugt, die Befestigung des Blumentopfes anzubefehlen, der auf dem Fenstersims nach der öffentlichen Straße zu steht.⁴⁶ Aus diesen Gründen unterstehen der sicherheits- und der sittenpolizeilichen Kontrolle alle öffentlichen Orte im weiteren Sinne, d. h. alle Lokale, die einer unbeschränkten Zahl von Einzelnen zugänglich sind. Daher ist z. B. die Polizei zu-

sind, Personen in polizeiliche Verwahrung zu nehmen, „wenn der eigene Schutz dieser Personen . . . diese Maßregel dringend erfordert“. *Eichner*, Die Rechtsgrundlagen d. Präventivpolizei, insbes. die Präventivpolizeihaft nach der bayr. Rechtsentwicklung, 1927.

⁴⁴ RVerf. Art. 115. — Die Polizei darf sich nicht in privatrechtliche Beziehungen und in die Privatsphäre einmischen. Ungültig sind deshalb Polizeiverordnungen, welche den Wirten die Abgabe von Branntwein auf Kredit verbieten (Entsch. d. PrOVG. Bd. 59, 363); oder ihnen vorschreiben, es dürften die Kellnerinnen nicht auf Trinkgelder angewiesen sein (*Regger* 32, 445) u. a. m. Auf der anderen Seite ist die Polizei in ihrem Bereich durch keine privatrechtlichen Rücksichten gehindert. Sie darf den Mieter aus der feuchten Wohnung austreiben, ohne sich um den bestehenden Mietvertrag zu kümmern. PrVBl. 34, 365; PrOVG. Bd. 3, S. 337. Gültig ist dagegen eine Polizeiverordnung, welche aus sicherheitspolizeilichen Gründen das Schließen der Häuser von 10 Uhr abends an anordnet (DJZ. 17, 1533).

⁴⁵ Ueber Kultushandlungen und Glaubensbetätigungen der Religionsgesellschaften und der Einzelnen hat die Polizei keine Gewalt, solange diese Akte sich im Innern der Kultusgebäude und der Privatwohnungen abspielen und keine Strafgesetze verletzen; sobald sie aber in der Öffentlichkeit vorgenommen werden, unterliegen sie „kultuspolizeilichen“ Beschränkungen. RVerf. Art. 135 knüpft an die Gewährleistung der Kultusfreiheit den Satz: „Die allgemeinen Staatsgesetze bleiben hiervon unberührt.“ *Anschtz*, Komm.⁸, S. 351, 353. *Giese*, Komm.⁷, S. 354. *Poetzsch*, Handkomm.³ S. 444. *Fleiner*, Schranken der Kultusfreiheit (Zft. f. Schweiz. Recht, n. F. 23, S. 23). *Derselbe*, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 336. — PrOVG. v. 11. Jan. 1901 (Bd. 38, S. 58, betr. Schächtverbot in einer Schlachthausordnung). In Sachsen ist das Schächten ebenfalls in einer Verordnung vom 20. Dez. 1910 § 6 geregelt. *Mosel*, HWB. I¹³ S. 594. Ueber das Schächtverbot der Schweiz. Bundesverfassung Art. 25 bis: *Fleiner*, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 337. — Kanzelmißbrauch: Strafgesetzbuch § 130 a und dazu *Frank*, Strafgesetzbuch¹⁷, S. 312.

⁴⁶ *Otto Mayer*, I³ S. 217.

ständig, einer Kellnerin das Tragen einer „undezenten“ Kleidertracht in einer öffentlichen Wirtschaft zu verbieten;⁴⁷ den Eigentümer einer Mietskaserne zur Beleuchtung des Treppenhauses bis zu einer bestimmten Abendstunde anzuhalten; dem Eigentümer eines verseuchten Privatbrunnens, der von jedermann benutzt wird, das Anbringen einer Warnungstafel aufzutragen⁴⁸ u. a. m.⁴⁹

2. Nur gegen Störungen und unmittelbare Gefährdungen⁵⁰ der öffentlichen Ordnung und Sicherheit darf die Polizei einschreiten. Bloße Belästigungen genügen nicht.⁵¹ Wenn nur eine entfernte Möglichkeit vorliegt, daß eine bestimmte individuelle Handlung schädliche Folgen für die Allgemeinheit haben könnte, so ist die Behörde nicht befugt, sie polizeilich einzuschränken.⁵² Die

⁴⁷ Entsch. des PrOVG. Bd. 23, S. 274. Urteil des Kammergerichts 16. Okt. 1911 (DJZ. 17, 350): Das Tragen eines Hosenrockes darf Kellnerinnen polizeilich verboten werden; es ist ein auffälliges Kleidungsstück. Nach der maßgebenden Polizeiverordnung (Frankfurt a. M.) müssen die Kellnerinnen „unauffällig“ gekleidet sein.

⁴⁸ Beleuchtung des Treppenhauses: Entsch. des PrOVG. Bd. 12, S. 393. Kammergericht 16. Okt. 1911 (Spruchsammlung 1911 der DJZ. S. 161). Vgl. auch Bd. 8, S. 327 (Ofenklappen). Gesundheitsschädlicher Brunnen: Entsch. des PrOVG. Bd. 39, S. 390.

⁴⁹ Die Polizei ist befugt, auch für den Verkehr in den Kirchengebäuden die durch das öffentliche Interesse gebotenen sicherheitspolizeilichen Anordnungen zu treffen. Darin liegt kein Eingriff in „innere kirchliche Angelegenheiten“: wie das Sächs. OVG. v. 18. Juni 1902 meint (R e g e r 24, S. 473). — Selbstverständlich gehören zu diesen polizeioffenen Orten auch die öffentlichen Theater, mögen sie von Städten oder von Privaten betrieben werden.

⁵⁰ Gemäß RVerf. Art. 123 II können Versammlungen unter freiem Himmel „bei unmittelbarer Gefahr für die öffentliche Sicherheit“ verboten werden.

⁵¹ Belästigungen durch Bienen (vom Nachbargrundstück aus) berechtigen nicht zum polizeilichen Einschreiten: Sächs. OVG. 3. Febr. 1918 (Jahrb. 24, 252; R e g e r 42, 367).

⁵² Die Möglichkeit, daß von Privathäusern aus nachts die Ruhe durch Lärm gestört werden könnte, berechtigt die Polizei nicht, das Öffnen der Fenster zur Nachtzeit zu verbieten. K a m p t z und D e l i u s, Rechtsprechung des Reichsgerichts und Kammergerichts, I S. 282, Nr. 10. Die Möglichkeit, es könnten durch dänische Schauspielaufführungen in Nord-schleswig deutschfeindliche Bestrebungen ausgelöst werden, berechtigte die Polizei nicht zu einem Verbot dieser Aufführungen. PrOVG. v. 3. Jan. 1894 (R e g e r 14, S. 204). Vgl. auch R e g e r, Bd. 31, S. 89. PrOVG. 2. Mai 1911: Der allgemeine Hinweis darauf, daß in einer bestimmten Gegend erfahrungsgemäß übermäßig viel getrunken werde und es dabei zu Ausschreitungen komme, genügt nicht, um für einen solchen Bezirk ohne weiteres die Genehmigung zur Abhaltung jeder öffentlichen Versammlung unter freiem

Polizeiorgane dürfen sich ferner nicht als zarter besaitet aufspielen, als der Normalmensch; nicht jede Ungehörigkeit, wie beispielsweise das Tabakrauchen halbwüchsiger Burschen auf der öffentlichen Straße, darf von ihnen zum „öffentlichen Aergernis“ gestempelt werden.⁵³

3. Die Polizei hat sich an den Störer zu wenden, nicht an denjenigen, der sich in gesetzmäßiger Ausübung eines Rechtes befindet.⁵⁴ Gegen diesen Fundamentalsatz verstößt die Polizei, wenn sie beispielsweise eine ruhige, in einem Privathause abgehaltene Gebetsversammlung der Heilsarmee auflöst, um dem Pöbel vor dem Hause den Anlaß zu weiteren Demonstrationen zu nehmen,⁵⁵ oder wenn sie einem Ladeninhaber befiehlt, die im Schaufenster ausgestellten Gegenstände zu entfernen, weil ihre Ausstellung zahlreiche Neugierige anzieht, die den ungehinderten Verkehr auf dem Trottoir

Himmel zu versagen (Entsch. Bd. 59, S. 299). — Von dem im Text genannten Standpunkte aus ist auch die an die Berliner Theaterleiter vom Polizeipräsidenten im Jahre 1911 erlassene Verfügung betr. Hutverbot nicht haltbar; die Verfügung verpflichtet die Theaterleiter unter Strafandrohung, dafür zu sorgen, daß die Besucher und insbesondere Besucherinnen der Logen, des Parketts usw. während des Spiels ihre Hüte abnehmen; denn die Gefahr liege nahe, daß Besucher, denen die Aussicht versperrt wird, „durch den Ausdruck ihres Unmutes Störungen der öffentlichen Ordnung während der Vorstellung veranlassen“. DJZ. 16, 1539. PrOVG. 13. Mai 1912 (Entsch. Bd. 61, S. 332). — Die Polizei ist nicht befugt, die Aufführung eines Theaterstückes zu verbieten, weil sie weiß, daß diese von dem Teil der Zuschauer gestört werden wird, der mit den Tendenzen und Anschauungen des Stückes nicht einverstanden ist. Eine solche Maßnahme würde übrigens sachlich, wenn auch nicht formell, auf die in RVerf. Art. 118 verbotene Vorzensur hinauslaufen. Das wird sehr gut ausgeführt von *R o t h e n b ü c h e r*, Ueber einen Fall der Präventivpolizei und die Theaterzensur (Festgabe f. *Fleiner*, 1927, S. 211 f.). Gegen *R o t h e n b ü c h e r*s Ansicht: *H. v o n J a n*, Präventivpolizei (Bayr. VerwBlätter 75, 209).

⁵³ *K a m p t z* und *D e l i u s*, Rechtsprechung des Reichsgerichts und Kammergerichts, I S. 280.

⁵⁴ *Qui jure suo utitur neminem laedit*, gilt für den Bürger auch im öffentlichen Recht: Die Aufforderung zum Boykott darf im Hinblick auf die reichsrechtlich garantierte Koalitionsfreiheit (GewO. § 152, RVerf. Art. 159) nicht durch Polizeiverordnung verboten werden. Ueber Tragweite und Einschränkungen (z. B. kein „Streikrecht“ der Beamten) dieses Grundsatzes siehe die Kommentare zu Art. 159 RVerf. von *A n s c h ü t z*, von *G i e s e*, von *P o e t z s c h*. Ferner *L. R i c h t e r*, Vereinigungsfreiheit (VerwArch. 32, 1). *M o s e l*, HWB. I¹³ S. 1197 („Koalitionswesen“).

⁵⁵ *Fleiner*, Staatsrechtl. Gesetze Württembergs, 1907, S. 496. *D e r s e l b e*, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 321, 335.

versperren.⁵⁶ Zum Störer wird unter Umständen nicht bloß eine handelnde, sondern auch eine nichthandelnde Person, so z. B. der Eigentümer, der es unterläßt, den polizeiwidrigen Zustand seines Eigentums zu beseitigen.⁵⁷ Eine Abweichung von diesen Grundsätzen ist nur zulässig in polizeilichen Notständen, d. h. wenn die Polizei mit ihren normalen Mitteln einer Gefahr nicht Herr zu werden vermag. Dann darf sie gegebenenfalls auch einem Nicht-Störer Beschränkungen auferlegen oder ihn zur Mitwirkung heranziehen. Das sind Ausnahmerecheinungen, die die Polizei vor ein „Handeln auf eigene Gefahr“ stellt.⁵⁸

4. Des Amtes der Polizei ist es, „die n ö t i g e n Anstalten“ zu treffen zur Erhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Die Beschränkung der individuellen Freiheit darf nie das absolut erforderliche Maß überschreiten. Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen. Schenkt z. B. ein Wirt zuwider seiner Schankkonzession Branntwein aus, so darf die Polizei nicht einfach die Wirtschaft schließen, ⁵⁹ ihr stehen zur Erreichung ihres Zweckes zunächst mildere Mittel zur Verfügung (Exekutivstrafe, Polizeistrafe). Das schärfste Mittel muß stets die ultima ratio bleiben.⁶⁰ Der polizei-

⁵⁶ Gegen die im Text vertretene Auffassung: Entsch. des ProVG. Bd. 40, S. 216. R e g e r 22, S. 258 (Urteil des bayr. obersten Landesgerichts v. 16. Jan. 1902); Soergel V 447. W. J e l l i n e k, Gesetz, Gesetzesanwendung, S. 311, Note 37. — Die Sicherheit des Publikums wird durch den Zirkuseigentümer gefährdet, der nicht genügend Ausgänge anbringt, nicht aber durch den Löwenbändiger, dessen Produktionen das Menschengedränge veranlassen. ProVG. v. 11. Mai 1903 (R e g e r 24, 402). — Vgl. auch Entsch. des ProVG. Bd. 39, S. 396.

⁵⁷ Geruchsbelästigungen, die von einem Fabrikanwesen ausgehen: Sächs. OVG. v. 5. Dez. 1906 (Jahrbücher 9, S. 317; 4, S. 248). Nächtliches Hundegebell: R e g e r 21, 196; 28, 309. Soergel IV S. 34.

⁵⁸ D r e w s, Preuß. Polizeirecht, S. 48. S c h u l t z e n s t e i n, Verw. Arch. 16, 123. W o l z e n d o r f f, ArchöfR. 27, 220. F r i e d r i c h s, DJZ. 1923, 560. W. J e l l i n e k, S. 428, 429. Thüring. LandesVerw.O § 33 Abs. 3: RStGB. 360 N. 10 (Nothilfe); s. unten § 26.

⁵⁹ Entsch. des ProVG. Bd. 13, S. 424. Weitere Anwendungsfälle des Grundsatzes: Entsch. des ProVG. 51, S. 284. S o e r g e l, I S. 139, Nr. 2; S. 150, Nr. 10. F e r n e r K a m p t z, Rechtsprechung des ProVG., IV S. 425. Wenn nur die Musikbegleitung eines Karussells gesundheitsschädlich wirkt, so darf die Polizei nur die Musik und nicht den ganzen Karussellbetrieb verbieten. Jahrb. d. Sächs. OVG. 15, 42.

⁶⁰ Entsch. d. ProVG. Bd. 61, S. 262: Die Polizei darf zu einem völligen Verbote einer die öffentliche Ordnung gefährdenden spiritistischen Versammlung nur unter der Voraussetzung schreiten, „daß das Verbot das einzige Mittel war, welches den erstrebten Erfolg verbürgte“.

liche Eingriff muß den Verhältnissen angemessen, er muß verhältnismäßig sein.⁶¹

§ 25. Die Polizeierlaubnis.¹

I. Auch die Tätigkeiten, welche polizeilichen Beschränkungen unterworfen sind, darf der Einzelne vornehmen, ohne vor ihrem Beginn eine Erlaubnis der Behörde einholen zu müssen. Beachtet er bei deren Ausübung die polizeilichen Vorschriften nicht, so erläßt die zuständige Instanz eine polizeiliche Vollziehungsverfügung, worin sie dem Einzelnen gegenüber feststellt, was für ihn Rechtens ist (s. oben § 13). Allein das Gesetz kann auch anders vorgehen und die Vornahme gewisser Betätigungen, die dem Individuum kraft seiner Persönlichkeit und seines Eigentums an sich zustehen, von einer vorgängigen Prüfung und Bewilligung der Behörde abhängig machen. Der Gesetzgeber kann m. a. W. ein Verbot erlassen, die erwähnte Tätigkeit ohne Erlaubnis der Polizei zu beginnen. Otto Mayer² hat dafür den Namen Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt aufgebracht. Das Institut stellt eine staatliche Ueberwachungs-

⁶¹ Ob die Behörde diese Schranke im einzelnen Fall beobachtet hat, hat auf Klage hin das Verwaltungsgericht zu überprüfen. S. oben S. 258. Wachler und Naundorff, Rechtsgrundsätze des Kgl. Sächs. OVG., II S. 80, litt. b.

¹ Otto Mayer, I³ § 22. F. F. Mayer, Grundsätze des Verwaltungsrechts, S. 119 ff. Gluth, Genehmigung und subjektives Recht (ArchöfR. 3, S. 569). Laband, Staatsrecht, III⁵ S. 224. Landmann-Rohmer, GewO. I³ S. 70 f. Rehm, Die rechtl. Natur der Gewerbskonzession, 1889. Baltz-Fischer, Preuß. Baupolizeirecht⁵, S. 226 ff. („Die Lehre von der Baugenehmigung“). Roth, Bad. Landesbauordnung, S. 293 ff. Hch. Schanz, Die Baugenehmigung in Bayern, 1900. Paul Ackermann, Der Baukonsens, 1910. L. Vossen, Das Recht der konzessionierten gewerblichen Anlagen, 1911. F. Lagenstein, Die Gewerbe- und Völkerrecht, herausgegeben von Zorn und Stier-Somlo, Bd. XI, Heft 2). Kulisch, Oesterr. Gewerberecht, I² S. 501. Kormann, Rechtsgeschäftl. Staatsakte, 99, 136, 236. Herrnritt, S. 342 f. W. Jellinek, S. 425 f., 432 f. Hattschek, Lehrb. d. VerwR.⁵, S. 140 f. Drews, Preuß. Polizeirecht, S. 62 f. Scholz, VerwArch. 30, 269. S. auch 32, 252. Pahlke, Wesen der Baugenehmigung (VerwArch. 32, 37). H. Eisentraut (Staats- u. Selbstverwaltung VII 223, 320). Werneburg in Fischers Zft. 1928, S. 28. Friedrichs, Art. „Schankerlaubnis“, IIWR. V 267. Bühler, Zur Theorie des subj. öffentl. Rechts (Festgabe f. Fleiner, 1927, S. 26 f.).

² Otto Mayer, I (1. Aufl.) § 21 = I³ § 22.

maßregel dar. Der Gesetzgeber geht von der Erfahrungstatsache aus, daß gewisse Tätigkeiten der Individuen geeignet sind, in ganz besonderem Maße schädlich auf das Gemeinleben einzuwirken. Durch die Aufstellung eines derartigen Verbots verschafft er der Polizeibehörde die Möglichkeit, schon die *E n t s t e h u n g* eines polizeiwidrigen Zustandes zu verhindern. Beispiele für diese Erscheinung bieten die in der Reichsgewerbeordnung §§ 16 ff. aufgezählten genehmigungspflichtigen Gewerbe („Gewerbekonzession“). Eine analoge Gestaltung findet sich in den Bestimmungen der einzelstaatlichen Baugesetze, welche für die Errichtung bestimmter Bauten die Einholung einer baupolizeilichen Bewilligung („Baukonsens“) vorschreiben.³ Verwandte Erscheinungen bilden ferner:⁴ die Approbation des Arztes, d. h. die amtliche Feststellung, daß sich eine Person auf Grund eines wissenschaftlichen Befähigungsnachweises den Titel „Arzt“ beilegen darf;⁵ der dem Führer eines Kraftfahrzeuges oder dem Luftfahrer auf Grund des Befähigungsnachweises erteilte Führerschein;⁶ die polizeiliche Vorschrift, die das Jagen abhängig macht von der Erteilung eines Passes (Jagdscheins);⁷ die Filmzensur, derzufolge Bildstreifen (Filme) öffentlich nur vorgeführt oder in Verkehr gebracht werden dürfen, wenn sie von amtlichen Prüfungsstellen zugelassen sind;⁸ u. a. m.⁹

³ Art. „Baupolizeirecht“ im HWB. komm. W. I. Weitere Literatur bei W. Jellinek, S. 433.

⁴ Eine verschämte sittenpolizeiliche Erlaubnis erhielt früher auch die Kontrolldirne und der Inhaber eines „tolerierten“ Bordells. Das RGes. zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten v. 18. Febr. 1927 § 16 hat das System der polizeilichen Reglementierung der Prostitution und die Bordelle aufgehoben; s. oben S. 395. Friedrichs, Polizei und gewerbsmäßige Unzucht nach neuem Recht (Staats- u. Selbstverw. VIII, 1927, S. 344). Ueber die Rechtslage vor dem 1. Okt. 1927 s. die 7. Aufl. des vorl. Buches S. 378.

⁵ Landmann-Rohmer, I⁸ S. 315, 320.

⁶ Reichsgesetz ü. d. Verkehr mit Kraftfahrzeugen v. 3. Mai 1909 § 2. Reichsluftverkehrsgesetz v. 1. Aug. 1922, § 4. S. auch Fritz Hess, Schweizerisches Luftrecht, Textausgabe, 1927.

⁷ Ueber den Jagdschein: Bitter, HWB., Art. „Jagdschein“, I⁸ S. 861. Ebner im VerwArch. 14, S. 154. — Ueber die Waffenpolizei und die Beschränkungen des Waffentragens auf Grund des neuern Reichsrechts: W. Jellinek, 434, 459.

⁸ RVerf. 118 Abs. 2. Reichs-Lichtspielgesetz v. 12. Mai 1920, § 1. Deuker, Art. „Filmrecht“, HWR. II 417. Glasenapp, Die Filmzensur (VerwArch. 30, 512).

⁹ Hierher gehören auch die Gesetze ü. d. Feuerbestattung (Preußen, Bayern, Sachsen); z. B. das Preuß. Gesetz betr. die Feuerbestattung v. 9. Okt. 1911

Das Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt ist eine polizeiliche Vorbeugungsmaßregel. Es stellt daher eine Ausnahme von dem oben S. 391 erörterten Grundsatz dar, wonach im modernen Staat — im Gegensatz zum Polizeistaat — der Bürger bei der Ausübung seiner Freiheitsrechte regelmäßig keiner vorgängigen staatlichen Kontrolle unterworfen ist. Infolgedessen ist ein solches Polizeiverbot nur in den Fällen zulässig, die der Gesetzgeber selbst aufgezählt oder deren Bezeichnung er einer Verordnung zugewiesen hat.¹⁰ Es hat jedoch die Weimarer Reichsverfassung das System für einzelne individuelle Betätigungen beseitigt, für die es vor dem Weltkrieg durch die Reichs- und die Landesgesetzgebung eingeführt war. Das trifft z. B. zu für die von der Reichsverfassung beseitigte polizeiliche Präventivkontrolle der Vereins- und Versammlungsfreiheit¹¹ und für die Aufhebung der Vorzensur gegenüber den Ausstrahlungen der freien Meinungsäußerung; insbesondere ist die Vorzensur der Theaterstücke beseitigt (Theaterzensur),¹² — die Zensur der Filme (Bild-

(JahrböfR. VII 149). Nach § 7 ist zur Vornahme der Feuerbestattung in jedem einzelnen Fall die ortspolizeiliche Genehmigung einzuholen. RVerf. Art. 10 Nr. 5 und dazu P o e t z s c h, HKomm.³, S. 119. — Eine wohlfahrtspolizeiliche Erlaubnis: Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel (G ö r r e s, Off. Recht voraus, 1926, S. 47).

¹⁰ So kann nach der GewO. § 16 Abs. 2 das vom Gesetze aufgestellte Verzeichnis der genehmigungspflichtigen Gewerbe durch Beschluß des Bundesrates (mit Genehmigung des Reichstages) abgeändert werden. An Stelle des Bundesrates ist nunmehr die Reichsregierung getreten, deren Verordnung der Zustimmung des Reichsrates bedarf. RVerf. Art. 77, 179.

¹¹ RVerf. Art. 123, 124. Die Vorschriften haben die widersprechenden Bestimmungen des Reichs-Vereinsgesetzes v. 19. April 1908, insbes. §§ 5—9, aufgehoben. S a r t o r i u s, Sammlung⁷, S. 267.

¹² RVerf. Art. 118 Abs. 2. Unabhängig davon ist die gewerbepolizeiliche „Konzessionspflicht“ für Schauspielunternehmer in Geltung geblieben (RGewO. § 32) und das Erfordernis des Bedürfnisnachweises gemäß Bundesratsverordnung v. 3. Aug. 1917. L a n d m a n n - R o h m e r, I⁸ S. 359 f., 366 f. P a r i s i u s, Die polizeiliche Theateraufsicht und ihre Grenzen (PrVBl 47, 558). Nicht nur die direkte Vorzensur ist verboten, sondern auch die verschleierte, die unter Berufung auf die Präventivpolizei ausgeübt wird. Vgl. hierüber R o t h e n b ü c h e r, oben § 24 Anm. 52. Ein Reichsgesetz über das Theaterwesen (RVerf. Art. 7 Nr. 20) ist in Vorbereitung. — Ueber die Theaterzensur vor Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung s. die 7. Aufl. des vorliegenden Buches S. 379 Anm. 6. In Frankreich ist die Theaterzensur in einem Gesetz v. 30. Juli 1850 vorgesehen, aber seit 1906 verweigern die Kammern die Kredite für die Theaterzensoren, so daß die Zensur faktisch nicht mehr geübt wird. B e r t h é l e m y, Droit admin.¹¹, p. 923.

streifen für Kinematographentheater) ist dagegen von der Reichsverfassung ausdrücklich vorbehalten worden.¹³

Das Gesetz, das ein Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt einführt, schreibt genau vor, nach welchen Richtungen ein Gesuch um Erteilung der Erlaubnis zu prüfen ist. Es kann die Prüfung erstrecken auf die persönliche Fähigkeit des Gesuchstellers zur Vornahme der bestimmten Tätigkeit (Lotsen usf., GewO. § 31); auf die sachlichen Mittel, mit denen das Gewerbe betrieben werden soll (Fabrikanlage); auf den Leumund des Gesuchstellers (Wirte, GewO. § 33); auf Person und Sache zugleich (Schankwirtschaften, Luftfahrer); auf die Frage, ob ein öffentliches Bedürfnis nach Errichtung eines neuen Betriebs dieser Art vorhanden ist (Bedürfnisnachweis bei Schankwirtschaften)¹⁴ u. a. m. Nach der Gewerbeordnung (§§ 17 ff.) und den Baugesetzen der Länder muß der Erteilung der Polizeierlaubnis ein Verfahren vorhergehen, in welchem auch dritten Interessenten Gelegenheit geboten ist, ihre auf dem öffentlichen Rechte begründeten Einwendungen gegen die Errichtung des Unternehmens zur Kenntnis der Behörde zu bringen (Genehmigungsverfahren, Einspruchsverfahren).¹⁵

II. Die Erteilung der Polizeierlaubnis hängt nicht von dem freien Willen der Behörde ab. Der Bürger hat ein subjektives Recht auf die Erlaubnis, wenn der Ausübung seiner Tätigkeit keines der im Gesetze bezeichneten polizeilichen Hindernisse im Wege steht.¹⁶ Ob das zutrifft, hat die zuständige Behörde an Hand der gesetzlichen Vorschriften zu prüfen, die für jede Art des Polizeiverbots mit Erlaubnisvorbehalt aufgestellt sind. Die moderne Gesetzgebung

¹³ RVerf. Art. 118 Abs. 2 und das gemäß RVerf. Art. 7 Nr. 20 erlassene Reichs-Lichtspielgesetz v. 12. Mai 1920 („Kinozensur“). Die Kinos unterstehen nicht dem Erlaubnisvorbehalt der RGewO. § 32 (Schauspielunternehmen); Landmann-Rohmer, I⁸ S. 362. Infolgedessen gehört im übrigen ihre polizeiliche Regelung zur Zuständigkeit des Landesrechts; siehe hierüber Landmann-Rohmer, I⁸ S. 444 f. Mosel, HWB. II¹⁸ S. 75. — Ueber den Rechtszustand vor dem Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung siehe die 7. Aufl. dieses Buches S. 379 Anm. 8.

¹⁴ GewO. § 33, in der Fassung des Notgesetzes v. 24. Febr. 1923.

¹⁵ Bestritten ist, wieweit die Behörde im gewerbepolizeilichen Genehmigungsverfahren auch privatrechtliche Einwendungen würdigen darf. Vgl. darüber Landmann-Rohmer, I⁸ S. 245 f.

¹⁶ Daher kann der Gesuchsteller Beschwerde und Klage im Verwaltungsstreitverfahren einlegen, und zwar auch dann, wenn er sich darüber beklagen will, daß die angegangene Behörde die Erledigung seines Gesuches verzögert. Entsch. des ProVG. Bd. 33, S. 414.

weist eine ganze Musterkarte von Abstufungen auf, von der strengsten Gebundenheit bis zum freiesten Ermessen: den Bestimmungen, die die Behörde bei der Entscheidung über einen Antrag auf Erteilung einer Polizeierlaubnis mit justizmäßiger Strenge binden,¹⁷ stehen solche gegenüber, die scheinbar alles dem unbegrenzten Ermessen der Behörde anheimgeben.¹⁸ Allein auch bei der Handhabung dieses freien Ermessens darf die Behörde nur solchen Erwägungen einen Einfluß gestatten, die der Gesetzgeber in Fällen dieser Art berücksichtigt haben will (s. oben § 10).

Erteilung und Versagung (Verweigerung) der Polizeierlaubnis erfolgen durch einseitige hoheitliche Verfügung. Die Erteilung stellt fest, daß der Ausübung der vom Antragsteller beabsichtigten Tätigkeit keine polizeilichen Gründe im Wege stehen: der Schlagbaum geht in die Höhe, der Weg zur Betätigung der individuellen Freiheit oder des Eigentums ist frei. Die Verweigerung der Erlaubnis enthält andererseits die Feststellung, daß zur Zeit polizeiliche Hindernisse bestimmter Art vorhanden sind; eine derartige Verfügung erwächst nicht in materielle Rechtskraft (oben S. 196).

Die Erlaubnis wird stets einer bestimmten Person erteilt. Doch gibt es Fälle (Genehmigung von Fabrikanlagen u. dgl.), in denen sie als dem „Unternehmen als solchem“ gewährt gilt (oben § 11). Die Behörde darf ihr nur die Bedingungen beifügen, die zur Erfüllung gesetzlicher Anforderung dienen.¹⁹ Unter diesem Vorbehalt

¹⁷ Beispiel: Dem Mediziner, der den reichsgesetzlich eingeführten Befähigungsnachweis besitzt und unbescholten ist, muß die Approbation gemäß § 29 GewO. erteilt werden. *Landmann-Rohmer*, I⁸ S. 313, 315 f. *Stier-Somlo*, Art. „Arzt“, *HWR*. I 337. *Mosel*, *HWB*. I¹³ S. 110. *RGerZ*. 70, 340.

¹⁸ GewO. § 33 b: „Wer gewerbsmäßig Musikaufführungen, Schaustellungen, . . . ohne daß ein höheres Interesse der Kunst oder Wissenschaft dabei obwaltet, von Haus zu Haus oder auf öffentlichen Wegen . . . darbieten will, bedarf der vorgängigen Erlaubnis der Ortspolizeibehörde.“ *Landmann-Rohmer*, I⁸ S. 441.

¹⁹ Unzulässig war früher die wider den Willen des Bewerbers einer Schankkonzession zugefügte Bedingung: „Keine weibliche Bedienung“ (Oberlandesgericht Darmstadt v. 7. Juli 1899; *Reger* 21, S. 13). Nunmehr gilt das Reichsgesetz über weibliche Angestellte in Gast- und Schankwirtschaften v. 15. Jan. 1920; es ermächtigt die Länder, die Verwendung weiblicher Personen zur Bedienung zu verbieten. Vgl. darüber *PrVBl.* 48, 211 und *Bad. VGH*. 2. Nov. 1926 (*Bad. VerwZft.* 59, 67). Die Vorschrift will eine sittenpolizeiliche Handhabe schaffen gegen die sog. Animierkneipen. S. darüber für Sachsen *Mosel*, *HWB*. II¹³ S. 485 f. (Besondere Beschränkungen der Schankwirtschaften mit weiblicher Bedienung: Verbot abgesonderter

kann eine solche Nebenbestimmung rechtlich eine Auflage oder eine aufschiebende Bedingung sein. Ist die Erlaubnis unter einer aufschiebenden Bedingung erteilt, so bedeutet das: Versagung der Erlaubnis bis zur Erfüllung der Bedingung.²⁰ Enthält die „Bedingung“ aber eine Auflage, so ist die Erlaubnis unmittelbar wirksam; läßt dann in der Folge der Gesuchsteller die Auflage unbeachtet, so wird er von der Behörde zu ihrer Erfüllung mit Zwang und Strafe angehalten.

Die Bezeichnung der Polizeierlaubnis als „Konzession“ wird dem Wesen der Sache nicht gerecht. Die Polizeierlaubnis verleiht dem Bürger kein neues Recht.²¹ Sie stellt lediglich fest, daß gegen die beabsichtigte Tätigkeit des Gesuchstellers auf Grund des geltenden Rechts²² keine polizeilichen Hindernisse vorliegen.²³ Begründet

Zimmer; öffentl. Ankündigung, die auf Kellnerinnenbedienung hinweist, ist unzulässig; die weiblichen Angestellten dürfen sich nicht zu den Gästen setzen u. a. m.). — Unzulässig ist es ferner, die Genehmigung eines Neubaus von der Bedingung abhängig zu machen, der Bauende habe der Behörde die Kosten für die Anschaffung neuer Granitplatten zur Trottoirbelegung zu ersetzen (Sächs. OVG. v. 16. Mai 1903; Jahrb. 4, S. 257). Unzulässig ist es weiter, die Erteilung des Baukonsenses von der hypothekarischen Sicherstellung der Anliegerbeiträge abhängig zu machen (Entsch. des PrOVG. Bd. 15, S. 147); andrer Meinung: RGerZ. Bd. 17, S. 201; 30, S. 234. — Aus der Natur der gewerbepolizeilichen Erlaubnis folgt ferner, daß sie grundsätzlich keine Befristung trägt (R e g e r 31, 22, 460; 32, 20). GewO. § 40. K o r m a n n, Grundzüge (Annalen des Deutschen Reichs 1912, S. 120).

²⁰ Zumauern einer Türe, Anbringung eines Notausgangs usf. als aufschiebende Bedingung: R e g e r 18, S. 422 und 19, S. 167. PrOVG. Bd. 59, S. 277. Jahrbücher d. Sächs. OVG. 18, 29: Auflage: „Die Fuhrwerke der Gäste müssen im Hofraum untergebracht werden“ (R e g e r 24, S. 28). Ueber den Unterschied zwischen Bedingung und Auflage s. oben § 13 Reger 32, 176.

²¹ Das ist bestritten. Nach L a n d m a n n - R o h m e r, I⁸ S. 73, gewährt die gewerbepolizeiliche Erlaubnis dem Inhaber „ein subjektives öffentliches und privates Recht, das ihm nicht willkürlich entzogen werden kann und in dessen Besitz er geschützt werden muß“. Mit besonderer Energie wird diese Auffassung vertreten von B ü h l e r, Zur Theorie des subj. öffentl. Rechts (Festgabe f. Fleiner, 1927, S. 26 f., insbes. S. 37—54). V e r v i e r, Rechtswechsel im öffentlichen Recht, S. 55, 84, spricht von einer „Steigerung des Rechtsstandes (status) einer Person“.

²² Daraus ergibt sich, daß eine erteilte Polizeierlaubnis nicht in infinitum wirkt. Infolge Nichtgebrauchs der Erlaubnis während der in der Genehmigungsverfügung oder im Gesetze bestimmten Frist erlischt diese Erlaubnis. Vgl. z. B. GewO. § 49. B a l t z - F i s c h e r, Preuß. Baupolizeirecht⁵, S. 236.

²³ Daher ist eine ohne die vorgeschriebene polizeiliche Erlaubnis vorgenommene Tätigkeit oder ein ohne den Baukonsens errichteter Bau wegen

aber die Polizeierlaubnis kein subjektives Recht, so kann von einer Uebertragung dieses Rechtes oder einem Verzicht darauf keine Rede sein.²⁴ Daher ist z. B. die Schankkonzession (das Wirtschaftspatent) weder ein taugliches Objekt für einen Kauf, noch ein taugliches Objekt für eine Besteuerung.²⁵

Oeffentlich-rechtliche Wirkungen erzeugt die Polizeierlaubnis nur zwischen ihrem Inhaber und der Behörde. Dem Dritten steht der Inhaber eines genehmigungspflichtigen Gewerbes nicht anders gegenüber, als der Eigentümer eines Unternehmens, das keiner Polizeierlaubnis bedarf. Greift daher eine Tätigkeit, für welche eine Polizeierlaubnis erteilt worden ist, in die privaten Rechte Dritter ein, so stehen dem Geschädigten die ordentlichen Rechtsbehelfe des Privatrechts zu Gebote. Eine Ausnahmebestimmung nach dieser Richtung

dieses Mangels allein noch nicht polizeiwidrig. Die Behörde darf zwar jede weitere Tätigkeit, insbesondere jedes weitere Bauen, verhindern, aber das bereits Geschaffene nicht beseitigen, wenn nicht feststeht, daß es den Polizeigesetzen (Baugesetzen usf.) widerspricht. Entsch. des PrOVG. Bd. 48, S. 361. P a r e y, Rechtsgrundsätze, II S. 267 ff., Nr. 48, 51, 54—56. S o e r g e l, I S. 679, Nr. 159. Abweichend von meiner früheren Ansicht (7. Aufl. dieses Buches S. 382) pflichte ich nunmehr O t t o M a y e r, I³ S. 241, Anm. 4, bei, daß auch gemäß RGewO. § 147 Abs. 3 eine Beseitigung der ohne die erforderliche gewerbepolizeiliche Erlaubnis errichteten Anlagen nur verfügt werden kann, wenn diese den gewerbepolizeilichen Anforderungen widersprechen.

²⁴ R e g e r 20, S. 6; 22, S. 13; 26, S. 212 und dort zitierte Urteile; Erg.-Bd. III, S. 13. DJZ. XV 1472. Entsch. d. Schweiz. Bundesgerichts 25 (1899), S. 321.

²⁵ Beim Verkauf einer Gastwirtschaft muß bei der Berechnung der Umsatzsteuer (Besitzänderungsabgabe, Grunderwerbsteuer) der Vermögenswert der Schankkonzession außer Ansatz bleiben. RGerZ. Bd. 49, S. 321. K a m p t z, Rechtsprechung des PrOVG., Erg.-Bd. III, S. 134. F l e i n e r, Oeffentlich-rechtliche Vorteilsausgleichung, S. 121 und dort zitierte Urteile. Grunderwerbsteuergesetz v. 12. Sept. 1919, 11. März 1927, §§ 1, 2. Entsch. des Schweiz. Bundesgerichts 25 (1899), T. I, S. 321; 32 (1906), T. I, S. 205. Anders liegt die Sache bei Realgewerberechten, realen Schankrechten und Apothekenrechten (RGewO. § 10, EG. z. BGB. Art. 74) s. oben S. 52. Diese Rechte bilden privatrechtlich Bestandteile der Grundstücke, zu denen sie gehören (BGB. § 96). Bei der Feststellung der Besitzänderungsabgabe und der Grundsteuerschätzung ist ihr Wert daher mit zu berücksichtigen. Sächs. OVG. v. 3. Sept. 1903 (Jahrb. 4, S. 209) und v. 23. Nov. 1907 (Jahrb. 12, S. 67). PrOVG. 21. Mai 1907 (Spruchsammlung 1909 der DJZ. 152). II. L e w i n s k y, Die verkäufliche Apothekenkonzession nach preuß. Recht, 1911. PrVBl. 34, 95. Grunderwerbsteuergesetz von 1919/27, § 2. PrOVG. 29. Dez. 1922 (PrVBl. 45, 59).

enthält die Reichsgewerbeordnung: gegen eine mit obrigkeitlicher Genehmigung errichtete gewerbliche Anlage kann der Geschädigte niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebs, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen klagen, welche die benachteiligende Wirkung ausschließen, eventuell aber auf Schadloshaltung.²⁶

Der Einzelne besitzt in der Polizeierlaubnis kein Bollwerk gegen fernere obrigkeitliche Eingriffe. Er muß jede Aenderung der Gesetzgebung über sich ergehen lassen, auch wenn sie seine Pflichten über die in der Polizeierlaubnis vorgesehenen Auflagen hinaus steigert²⁷ und eine Vermögensschädigung nach sich zieht. Man denke z. B. an die durch die Einführung des Schlachthauszwangs bedingte Beseitigung der Privatschlächtereien (GewO. § 23, Abs. 2). Ein Schadenersatzanspruch steht in solchen Fällen dem Betroffenen nur zu, wenn das Gesetz ihn ausdrücklich zugebilligt hat (oben § 18).²⁸ Allein auch bei unveränderter Gesetzgebung ist der Inhaber der Polizeierlaubnis verpflichtet, seine Tätigkeit fortschreitend den wechselnden äußeren Umständen anzupassen. Daher ist die Polizei befugt, ihm zu diesem Zwecke neue Auflagen zu machen und in die durch die Polizeierlaubnis geschaffene Lage einzugreifen, um z. B. die neuen Forderungen zu stellen, die wegen Verschiebung der örtlichen Verhältnisse im öffentlichen Interesse zur Geltung gebracht werden müssen.²⁹ Doch kann das Gesetz diesen Grundsatz durchbrechen und den Inhaber einer Polizeierlaubnis gegen nachträgliche individuelle Auflagen sicherstellen; in umfassender Weise hat dies die Reichs-

²⁶ GewO. § 26. Landmann-Rohmer, I⁸ S. 298 f. Für d. schweiz. Recht: Arthur Bauhofer, Immissionen und Gewerberecht, Zürich. Diss. 1916. — Eine ähnliche Vorschrift im Preuß. Wassergesetz von 1913, § 82. Das Schweiz. Obligationenrecht behandelt in den Art. 114 und 115 (= Art. 100 und 101 in der Fassung d. J. 1911) mit Bezug auf die Haftung für dolus und culpa die „obrigkeitlich konzessionierten Gewerbe“ strenger als die nichtkonzessionierten.

²⁷ Entsch. des PrOVG. Bd. 8, S. 327.

²⁸ Die Bestimmungen der deutschen Landesgesetze und die Anschauungen der Praxis betr. die Einführung des Schlachthauszwangs stellt Landmann-Rohmer, I⁸ S. 268 f. zusammen. Urteil d. Schweiz. Bundesgerichts 9. Febr. 1911 (Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung XII 195).

²⁹ Sächs. OVG. v. 10. Febr. 1909 (Jahrb. 13, S. 214). Baltz-Fischer, Preuß. Baupolizeirecht⁵, S. 230. PrOVG. 7. Juli 1911 (Reger 32, 415). Lagenstein, Gewerbepolizeierlaubnis, S. 126 ff. GewO. § 25: Aenderung in der Lage oder Beschaffenheit der Betriebsstätte.

gewerbeordnung zugunsten der Inhaber genehmigter Betriebe getan.³⁰

III. Da die Polizeierlaubnis durch eine einseitige Verfügung erteilt wird, so entsteht die Frage, ob die Behörde sie durch eine neue einseitige Verfügung wieder zurücknehmen kann. Darauf gibt der Gesetzgeber häufig die Antwort selbst dadurch, daß er die Gründe, die eine *Zurücknahme* rechtfertigen, erschöpfend aufzählt.³¹ Fehlt aber eine derartige gesetzliche Anordnung, so beurteilt sich das Bedenken nach den oben § 13 erörterten Grundsätzen.

Dabei ist jedoch eine Besonderheit zu berücksichtigen: der sog. „freie Widerruf“. Von einem solchen wird gesprochen, in den Fällen, in denen die Erteilung oder Versagung der nachgesuchten Erlaubnis in das freie Ermessen der Behörde gestellt ist und die Behörde nun einem Antrag auf Erteilung nach „freiem Ermessen“ entsprochen hat. Ist sie hier zu einem völlig „freien Widerruf“ befugt? Die Frage ist zu verneinen.³² Denn wie der Antrag auf Erteilung nur aus bestimmten Gründen des Gemeinwohls abgelehnt werden darf, so ist die erteilte Erlaubnis nur widerruflich, wenn das spezielle öffentliche Interesse, das diese Behörde wahrzunehmen hat, den Widerruf rechtfertigt. — Eine größere Freiheit verschafft sich die Behörde auch nicht, wenn sie einer Erlaubnis — einer „gebundenen“ oder

³⁰ Die Frage ist sehr bestritten. Vgl. über die verschiedenen Ansichten: *Landmann-Rohmer*, I⁸ S. 242, 291. Ueber die Erteilung der Polizeierlaubnis unter „Vorbehalt weiterer Bedingungen“: *Bayr. VGH.* 22. März 1911 und *Kgl. Sächs. Ministerium des Innern* 16. Febr. 1911 (*Reger* 31, 9, 146). *Landmann-Rohmer*, I⁸ S. 242, 243. — Wie bereits dargelegt worden ist, gewährt die *RGewO.* § 51 der Behörde die Möglichkeit, ein genehmigtes Gewerbe, dem sonst polizeilich nicht beizukommen ist, stillzustellen gegen volle Entschädigung. Selbstverständlich wird Entschädigung nicht geschuldet, wenn die in der Polizeierlaubnis aufgestellten Betriebsbedingungen nicht eingehalten worden sind und die Polizeiwidrigkeit, die zur Einstellung des Gewerbes führt, gerade darin ihren Grund hat. *Reichsgericht* 26. März 1912 (*Gruchots Beiträge* Bd. 56, S. 1173; *PrVbl.* 34, 81). Bestritten ist, ob auch für die Einstellung nichtgenehmigungspflichtiger Betriebe Entschädigung zu gewähren ist. Die Frage bejaht m. E. mit Recht *Landmann-Rohmer*, I⁸ S. 638. *Lagenstein*, *Gewerbepolizeierlaubnis*, S. 132.

³¹ Die *GewO.* § 53 zählt die Gründe erschöpfend auf, aus denen erteilte „Approbationen“ und „Genehmigungen“ zurückgenommen werden können.

³² Vgl. über die ganze Frage *Schoen*, *Der Widerruf der Verfügungen nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts* (*Festgabe f. d. PrOVG.*, 1925, S. 118 f.). *Drews*, *Preuß. Polizeirecht*, S. 67.

einer „freien“ — einen Widerrufsvorbehalt beifügt.³³ Denn ein solcher hat lediglich die Bedeutung eines Hinweises darauf, daß die Behörde unter bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen die Erlaubnis zurückzunehmen befugt ist.

2. Die öffentlichen Lasten.

§ 26. Die Naturalleistungspflichten.¹

I. Das Gesetz auferlegt den Bürgern die Rechtspflicht, die Verwaltung nach bestimmten Richtungen durch finanzielle und persönliche Leistungen zu fördern. Dadurch entstehen die öffentlichen Lasten der Einzelnen im weitesten Sinn.² Da das Gesetz³ bei ihrer Begründung im allgemeinen nicht auf ein besonderes Treuverhältnis zum Staat abstellt,⁴ so hat der im Staats- oder Gemeindegebiet wohnende Ausländer die öffentlichen Lasten in gleicher Weise zu tragen,

³³ Vgl. hiezu **Baltz-Fischer**, Preuß. Baupolizeirecht⁵, S. 238 f. („Der Widerrufsvorbehalt“).

¹ **Otto Mayer**, II³ §§ 47, 48. **Sarwey**, Öffentliches Recht und Verwaltungsrechtspflege, S. 556. **Hatschek**, S. 177, 468. **Herrnritt**, S. 428 f. **W. Jellinek**, S. 399 f. **Friedrichs**, Art. „Naturalabgabe, Naturalleistung“ im HWR. IV 190. **Saran**, Art. „Naturalleistungen“ im HWB. komm. W. III 419.

² Der öffentlichen Lasten eines Grundstücks in diesem weitern Sinn erwähnt u. a. **BGB**. §§ 436, 1047. **Endemann**, Bürgerl. Recht, II § 110. Ueber die Mittel zur Sicherstellung öffentl. Lasten s. unten § 27.

³ Die Pflicht zu Naturalleistungen beruht häufig nicht auf gesetztem Recht, sondern auf Gewohnheitsrecht. Ein Beispiel im Schweiz. Zentralblatt f. Staats- und Gemeindeverwaltung XI 350 (Pflicht der Flußanlieger zur Reinigung des Flußbetts). Eine Neubegründung solcher Pflichten bedarf aber heute der gesetzlichen Grundlage. **OLG. Colmar** v. 4. Febr. 1908 (Spruchsammlung 1909 der DJZ. S. 130).

⁴ Wenn die RVerf. Art. 133 Abs. 1 „alle Staatsbürger“ verpflichtet, nach Maßgabe der Gesetze persönliche Dienste für den Staat und die Gemeinde zu leisten, so wird damit diese Pflicht sowenig auf deutsche Staatsangehörige beschränkt, wie die in Art. 134 RVerf. vorgesehene allgemeine Steuerpflicht. — Eine Sonderstellung nahm ein das während des Weltkrieges erlassene Reichsgesetz ü. d. vaterländischen Hilfsdienst v. 5. Dez. 1916, welches eine Zivildienstpflicht der männlichen Bevölkerung vom vollendeten 17. bis zum vollendeten 60. Lebensjahre einführt. S. hierüber **A. Konrad** in **Hirths Annalen** 1917, S. 131 und der Komm. z. zit. Gesetz von **M. v. Schulz**, 2. Aufl., 1918. Der Aufruf der Volksbeauftragten v. 12. Nov. 1918 hob (unter Nr. 7) das Gesetz auf.

wie der Staats- und Gemeindebürger; ⁵ denn die Vorteile der öffentlichen Verwaltung kommen ihm ebenso zugute wie dem Einheimischen.

Zu den öffentlichen Lasten in dem dargelegten weitern Sinne gehören in erster Linie die öffentlich-rechtlichen Pflichten zu einer Geldzahlung. Es sind dies die öffentlichen Abgaben; sie sollen unten (§ 27) besonders erörtert werden. Scheidet man die öffentlichen Abgaben aus, so bleiben als „öffentliche Lasten“ nur noch die Pflichten übrig, die durch eine Naturalleistung zu erfüllen sind. Sie stellen die öffentlichen Lasten im engern Sinne dar. Von ihnen ist in den folgenden Ausführungen allein die Rede.

II. Die Naturalleistungen können entweder in der Leistung von persönlichen Diensten oder in dem Ueberlassen oder Zurverfügungstellen von Sachgütern der Pflichtigen bestehen.⁶ Sie haben im geltenden Verwaltungsrecht in drei verschiedenen Instituten Verwendung gefunden.

1. Die erste Stelle nehmen die **g e m e i n e n L a s t e n** ein. Eine gemeine Last entsteht, wenn das Gesetz eine Naturalleistungspflicht bestimmter Art allen Einwohnern des Staats oder der Gemeinden gleichmäßig als allgemeine Untertanenpflicht aufbürdet. Durch dieses Inanspruchnehmen von Naturalleistungen durchbricht das Gesetz den Grundsatz der Geldwirtschaft, der heute auch für die öffentliche Verwaltung maßgebend ist. Diese Durchbrechung findet ihre Begründung in zwei Erwägungen.⁷ Das eine Moment ist die Unvertretbarkeit gewisser Leistungen. In bestimmten Fällen bedeutet für Staat und Gemeinde das Geld nichts, alles dagegen die Möglichkeit, unmittelbar über Sachen und Sachgüter oder die persönliche Arbeits-

⁵ Die Lasten zugunsten konfessioneller Verbände ruhen dagegen im allgemeinen nur auf den Konfessionsgenossen; aber auch sie treffen regelmäßig die dem konfessionellen Verband angehörenden Ausländer in gleicher Weise, wie die Inländer. RVerf. Art. 137, Abs. 2. Giese, JahrböfR. 13, 304. Derselbe, Komm.⁷, S. 365. Poetzsch, HKomm.³, S. 447. Meß, Wer gehört der Kirche an? (ArchöfR., n. F. 10, 1). Soergel, I S. 430, Nr. 1. F. Giese, Deutsches Kirchensteuerrecht, Register verb. „Ausländer“. Derselbe, Art. „Kirchensteuern“ HWR III 566.

⁶ Werden Sachleistungen geschuldet, so kann im allgemeinen der Pflichtige die Leistung auch durch einen Dritten besorgen lassen (vgl. oben § 11). Dies trifft z. B. bei der Quartierlast zu, sofern die Behörde das durch den Dritten Geleistete für gleichwertig erklärt. Sächs. OVG. v. 25. Febr. 1904 (Reg. Erg.-Bd. III, S. 163).

⁷ v. Heckel, Art. „Naturalleistungen“ im HWBStW. VI³ S. 894.

kraft der Bürger verfügen zu können.⁸ Solche Rücksichten sind bestimmend gewesen für die Auferlegung einer allgemeinen Rechtspflicht zu Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Krieg und Frieden (Quartier, Verpflegung usf.);⁹ für die Einführung von Polizeidienstpflichten,¹⁰ nämlich der Pflicht zur Nothilfe bei Unglücksfällen,¹¹ der Feuerwehrlpflicht,¹² der Pflicht zur Bereithaltung von Löscherätschaften¹³ u. a. m.¹⁴ Zum andern aber haben historische Gründe und Erwägungen äußerer Zweckmäßigkeit gewissen Gattungen von Naturalleistungen das Leben gefristet. Naturalleistungen zu

⁸ Weil die Belastung der Bürger in solchen Fällen nicht ausschließlich dem Bedürfnis entsprungen ist, die Verwaltung finanziell zu entlasten, sondern z. T. auch aus der Absicht hervorgeht, der Verwaltung bestimmte Sachgüter der Bürger unmittelbar dienstbar zu machen, so kann (z. B. bei der Einquartierungslast) das Gesetz dem Einzelnen eine teilweise Entschädigung für seine Leistung zusprechen. Quartierleistungsgesetz v. 25. Juni 1868 und RG. v. 12. Juli 1922 (Vergütungssätze, „Servis“). Mosel, HWB. II ¹³, S. 140, 142.

⁹ Reichsgesetz ü. d. Naturalleistungen f. d. bewaffnete Macht im Frieden, Neufassung v. 6. April 1925; Mosel, HWB. II ¹³, S. 143.

¹⁰ Wolzendorff, Polizeidienstpflicht (VerwArch. 15, S. 523).

¹¹ Strafgesetzbuch § 360: „Mit Geldstrafe bis zu 150 Mark oder mit Haft wird bestraft: 10. Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not von der Polizeibehörde oder deren Stellvertreter zur Hilfe aufgefordert, keine Folge leistet, obgleich er der Aufforderung ohne erhebliche eigene Gefahr genügen konnte.“ Frank, Kommentar zum Strafgesetzbuch ¹⁷, S. 770. Die Aufforderung muß vom zuständigen Beamten ausgegangen sein. Reger 19, S. 256, Erg.-Bd. II, S. 230. Vgl. auch Reger 23, 310.

¹² Reger 19, 250; 23, 311, 312. Bitter, HWB. I ³, S. 513, „Feuerwehren“. F. Hoffmann, Art. „Feuerwehren“ im HWR. II 415. Parisius, Die Haftung f. Unfälle und Schäden im Feuerlöschdienst (PrVbl. 46, 456). — Pflicht zur Nachtwache (Nachtwächterdienst): Soergel V 259. PrOVG. 13. Febr. 1923 (PrVbl. 45, 23).

¹³ v. Seydel-Graßmann, Bayerisches Verwaltungsrecht, S. 329 Bayr. GemO. 1927, Art. 28, Abs. 1 und 2; BezO. 1927, Art. 2, Nr. 8. Bereitstellung eines Pferdes für Feuerlöschzwecke: Johow, Jahrbuch Bd. 41, S. 437.

¹⁴ Wie schon oben § 24 dargelegt wurde, besteht dagegen keine allgemeine Pflicht der Bürger, der Polizei Auskunft zu erteilen. Sächs. OVG. v. 21. Jan. 1905 (Reg. 26, 313). Unrichtig die Auffassung des PrOVG.: Reger 24, S. 12; Entsch. d. PrOVG. Bd. 56, S. 334; DJZ. XV, S. 955. S. dazu Wolzendorff, Zeugnispflicht gegenüber der Polizei (VerwArch. 20, 277). Hatschek 177. Vgl. auch PrOVG. Bd. 56, S. 296. Die Pflicht zur Auskunfterteilung gegenüber Behörden kann jedoch dem Bürger für bestimmte Verhältnisse rechtsatzmäßig übertragen sein. Art. „Auskunftspflicht im öffentl. Recht“, HWR. I 413 (Hoffmann), 414 (Stier-Somlo). Bitters HWB. I ³ S. 125, Art. „Auskunftserteilung“.

gunsten der Gemeinden stellen nämlich nicht selten die Ueberreste der überwundenen Naturalwirtschaft dar; man hat sie bislang beibehalten, weil sie den Gemeinden die Möglichkeit gegeben haben, ohne großen Apparat und ohne Belastung der Steuerkraft der Bürger Verwaltungsaufgaben zu erfüllen. Es sei erinnert an die Hand- und Spanndienste der Gemeindeglieder für die Gemeindegewerke¹⁵ u. a. m.¹⁶

2. Die zweite Art öffentlicher Lasten bildet die **Vorzugslast**. Die Erfahrung lehrt, daß bestimmte öffentliche Anstalten und Unternehmungen einem engern Kreis von Bürgern über das gemeine Maß hinaus finanzielle Vorteile verschaffen. In solchen Fällen kann das Gesetz die Begünstigten zu Leistungen an diese Unternehmungen verpflichten.¹⁷ Eine derartige Heranziehung findet

¹⁵ **Saran**, Art. „Gemeindedienste“ im WStVR.³ II 137. v. **Seydel-Graßmann**, Bayr. Verwaltungsrecht, S. 179. **Göz**, Württ. Staatsrecht, S. 278. Preuß. Kommunalabgabengesetz v. 14. Juli 1893, § 68: „Die Steuerpflichtigen können durch Gemeindebeschuß zu Naturaldiensten (Hand- und Spanndiensten) herangezogen werden . . .“ Stellvertretung und Ablösung in Geld gestattet. Vgl. dazu **Parey**, Rechtsgrundsätze des PrOVG., Bd. III, S. 449. **Bitter**, HWB. Art. „Naturaldienste“, II³ S. 182. **Germerhausen**, Wegerecht, I S. 881. **F. Gremier**, Die Naturaldienste im preuß. Gemeinderecht, 1912 („Die Rechtseinheit“, Heft 7). Derartige Naturaldienste haben sich häufig aus privatrechtlicher Wurzel (Frohnden) entwickelt: **Gierke**, Deutsches Privatrecht, II S. 749. — Besonders eingehend sind die Gemeindedienste in der Bayr. GemO. 1927 Art. 41 geregelt: „Für die Erfüllung gesetzlicher Pflichtaufgaben der Gemeinden, insbesondere zur Unterhaltung der öffentlichen Wege, zur Erhaltung des Gemeindevermögens und zur Handhabung der öffentlichen Sicherheit kann der Gemeinderat Gemeindedienste (Hand- und Spanndienste) anordnen. Wissenschaftliche, kunst- oder handwerksmäßige Arbeiten können nicht gefordert werden.“ Die Dienste dürfen durch Stellvertreter geleistet werden und können, außer in Fällen offenkundiger Not, mit Zustimmung der Gemeinde durch eine Geldleistung abgeleistet werden.

¹⁶ Ueber die „Umkost“, d. h. die Pflicht der Gemeindebürger, wechselweise die Gemeindeglieder zu speisen auf Grund des alten bayr. Heimatrechts: v. **Seydel-Graßmann**, Bayr. Verwaltungsrecht, S. 308. — In einzelnen Schweizerkantonen spielt heute noch eine große Rolle die Pflicht zum Einsammeln und zur Ablieferung von Maikäfern.

¹⁷ Ueber die rechtliche Natur dieser Lasten s. oben § 11. Jahrbücher d. Sächs. OVG. 18, 229; **Soergel** V 493. Einen derartigen Zusammenhang zwischen einer bestimmten Gruppe von Bürgern und einem öffentlichen Unternehmen setzt das Gesetz auch voraus, wenn es die Verleger zur Ablieferung von Pflichtexemplaren an eine öffentliche Bibliothek anhängt. S. oben § 19 S. 333 und **W. Jellinek**, 399, 405.

sich namentlich für die Zwecke des Wegebbaus und Wegeunterhalts. Als bevorzugt gelten entweder bloß die unmittelbaren Straßenanlieger oder diejenigen, welche die Straße vorzugsweise abnutzen, oder endlich alle Personen, deren Grundstücke innerhalb der Zone liegen, der das Unternehmen wirtschaftliche Vorteile bringt. Durch die Auferlegung einer Vorzugslast wird in öffentlich-rechtlicher Form eine Vorteilsausgleichung vollzogen.¹⁸ Beispiele bieten: die Hand- und Spanndienste der Anlieger bei der Unterhaltung öffentlicher Wege; die Straßenreinigungspflicht der Anlieger.¹⁹ Zu erwähnen ist ferner die alte Einrichtung der „Umkost“ (des „zu Speise“ Seins), d. h. die Pflicht der Viehbesitzer einer Gemeinde, wechselweise den Gemeindegirten zu speisen.²⁰ Ist die Vorzugslast als Pflicht zur Zahlung eines Geldbetrages ausgestaltet, so gehört sie zu den öffentlichen Abgaben (unten § 27).²¹

¹⁸ **Fleiner**, Öffentlich-rechtliche Vorteilsausgleichung (Festgabe der jurist. Fakultät der Universität Basel für Andreas Heusler, 1904), S. 92 ff.

¹⁹ Ueber Hand- und Spanndienste beim Unterhalt der Wege in Ostpreußen und über die Nachbarhilfe beim Wegebau: **Germerhausen**, Wegerecht, I S. 248, 394. Vgl. auch über die Sonderverpflichtungen der Anlieger an fließenden Gewässern: Sächs. Wassergesetz, § 82. Ueber die Straßenreinigungspflicht: **Jebens**, Verwaltungsrechtl. Aufsätze, S. 209. Preuß. Gesetz über die Reinigung öffentlicher Wege v. 1. Juli 1912, § 5: durch ein unter polizeilicher Zustimmung zu erlassendes Ortstatut kann die Reinigungspflicht den Eigentümern der angrenzenden Grundstücke oder den Wohnungsberechtigten auferlegt werden. S. das Gesetz bei **Brauchitsch**, Verwaltungsgesetze IV ¹⁷ S. 575 (Komm. v. **Kersten**).

²⁰ Das kommt noch in den Alpengegenden der Schweiz vor. Bayern ist in diesem Punkte von der Naturalwirtschaft zur Geldwirtschaft übergegangen; nach der GemO. 1927 Art. 45 kann die Gemeinde durch Satzung bestimmen, daß der Aufwand für die von der Gemeinde bestellten Hirten auf die Viehbesitzer umgelegt werde, und zwar nach der Zahl der Stücke der Viehgattung, für die der Hirte bestimmt ist.

²¹ Eine Vorzugslast eigener Art begründete die RVerordnung v. 15. Okt. 1923 ü. d. Errichtung der Deutschen Rentenbank; zur Aufbringung ihres Kapitals wurden landwirtschaftliche oder andere Grundstücke mit einer Grundschuld belastet. Vgl. **de Boor**, Die Deutsche Rentenbank und das Privatrecht, 1924. **Lassar**, Reichseigene Verwaltung, S. 110 f. **Mosel**, HWB. I ¹³ S. 387, Art. „Deutsche Rentenbank“. — Ferner fällt in Betracht das RGesetz ü. d. Industriebelastung v. 30. Aug. 1924 und das RGesetz zur Aufbringung der Industriebelastung v. 30. Aug. 1924. Die Gesetze haben zugunsten der Reparationsforderungen (Dawes-Plan) in Höhe von 5 Milliarden Goldmark den industriellen Grundbesitz hypothekarisch belastet als öffentliche Last. Von den einzelnen Unternehmern sind nach Maßgabe ihrer Belastung Obligationen auszustellen. **W. Aplet**, Das Rechtsinstitut der

3. Die Pflicht zu Naturalleistungen kann endlich auf den Mitgliedern eines Selbstverwaltungsverbandes ruhen. Dann entsteht sie mit der Mitgliedschaft in dem Verbands („Verbandslast“); sie stellt eine Mitgliedschaftspflicht dar in gleicher Weise wie die Pflicht zur Entrichtung des Mitgliederbeitrags (s. unten § 27). Wegeverbände²² und Deichverbände²³ liefern hiefür Beispiele.

§ 27. Die öffentlichen Abgaben.¹

I. Öffentliche Abgaben sind Geldleistungen, die der Staat oder ein anderer öffentlich-rechtlicher Verband den Bürgern zur Deckung

öffentlichen Last und die Industriebelastung, Gedenkschrift f. L. Mitteis, 1926, S. 125 f. H. H ö p k e r, Art. „Industriebelastung“ im HWR. III 256. — In den beiden aufgeführten Fällen wurde der Kreis der Belasteten bestimmt durch Rücksichten auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und auf das besondere wirtschaftliche Interesse, das die erwähnten herangezogenen Gruppen an dem raschen finanziellen Wiederaufbau Deutschlands hatten.

²² G e r m e r s h a u s e n, Wegerecht, I S. 384.

²³ Die Geschichte des preußischen Deichwesens lehrt, wie sich eine Vorzugslast in eine Verbandslast wandeln kann. Solange das Deichwesen vom Staate besorgt wurde, waren die an der Erhaltung der Deiche beteiligten Grundeigentümer bloße Deichinteressenten; ihre Deichpflicht war eine Vorzugslast („Pfanddeichung“). Mit dem Uebergang der Deichverwaltung an die neugebildeten Deichverbände („Kommunionsdeichung“) sind aus den Interessenten Verbandsmitglieder geworden, deren Deichpflicht für sie nunmehr als Verbandslast besteht. A n s c h ü t z, Art. „Deichwesen“ im HWStW. III 4. Preuß. Wassergesetz §§ 294 ff. J u l i u s v. G i e r k e, Art. „Deichverbände“ HWR. II 1 f. B o c h a l l, Das Deichrecht (VerwArch. 30, 432).

¹ Die nachfolgenden Erörterungen beschränken sich auf die Darstellung weniger, allgemeiner Grundsätze. Sie bezwecken, damit die Brücke zu schlagen zu dem Studium des Finanz-, insbesondere des Steuerrechts, das sich seit dem Ende des Weltkrieges in der Praxis der Finanzgerichte, vorab der des Reichsfinanzhofs, und in der Wissenschaft zu einer Spezialdisziplin des öffentlichen Rechtes entwickelt hat; ihm wird im akademischen Unterricht eine besondere Stelle eingeräumt. Aus der Literatur seien an dieser Stelle nur wenige allgemeine Schriften hervorgehoben: O t t o M a y e r, I³ 1924, §§ 27—32 und der Beitrag „Finanzwissenschaft und Finanzrecht“ im Hbch. d. Finanzwissenschaft, herausgeg. von Wilhelm Gerloff und Franz Meisel, I, 1926, S. 86—101. F u i s t i n g, Grundzüge der Steuerlehre, 1902. v. M y r b a c h - R h e i n f e l d, Grundriß des Finanzrechts², 1916. S t r u t z, Grundrhen des Steuerrechts, 1922. K u r t B a l l, Einführung in das Steuerrecht³, 1925. K a r l F r i e d r i c h s, Grundzüge des Steuerrechts, 1925. H e r m a n n M i r b t, Grundriß d. deutschen u. preußischen Steuerrechts, 1926. O t t m a r B ü h l e r, Lehrb. d. Steuerrechts, 1927, Bd. I (Allg. Steuerrecht). A l b e r t H e n s e l, Steuerrecht², 1927 (Enzykl. d. Rechts- u. Staatswissenschaft, herausgeg. von Kohlrausch und Kaskel,

des Finanzbedarfs einseitig auferlegt.³ Nach den Grundsätzen des Rechtsstaates kann allein das Gesetz oder eine vom Gesetze abge-

XXVIII). W. Jellinek, VerwR., S. 370 f. Stier-Somlo, Art. „Finanzrecht und Finanzverwaltung“ im HWR. II (1927), S. 428 f., 435 f. Ernst Blumenstein, Schweiz. Steuerrecht, I (1926). Vgl. ferner die Berichte von Hensel und von Bühler und die Aussprache „über den Einfluß des Steuerrechts auf die Begriffsbildung des öffentlichen Rechts“ an der Deutschen Staatsrechtslehrer-Tagung in Münster i. W. (März 1926) in den Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 3 (1927) und dazu Holstein im ArchöfR., n. F. 11, 29. O. Wittschien, Das österr. Finanzrecht, I, Graz 1926. Gaston Jéze, Cours élémentaire de science des finances et de législation financière française¹⁰, 1922. — Von finanzrechtlichen Monographien allgemeinen Inhalts seien erwähnt: F. Meisel, Unrecht und Zwang im Finanzwesen (Finanzarchiv V 1 f.). Schneider, Das Abgabengewaltverhältnis, 1918. Lassar, Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht, 1921. Hensel, Der Finanzausgleich im Bundesstaat, 1922. Ball, Steuerrecht und Privatrecht, 1924. Rudolf Schranil, Besteuerungsrecht und Steueranspruch, 1925 (Wiener Staatswissenschaftliche Studien, n. F. Bd. VIII). Nawiascky, Steuerrechtl. Grundfragen, 1926. Wilhelm Merk, Steuerschuldrecht, 1926. Hermann Mirbt, Beiträge zur Lehre vom Steuerschuldverhältnis (Finanzarchiv Bd. 44, 1927). Hans Bürger, Die Entstehung der Steuerschuld (ebenda Bd. 45 I [1928]). Müller, Das Steuerschuldverhältnis (Fischers Zft. Bd. 55). Ernst Blumenstein, Die Bedeutung zivilrechtlicher Begriffe für das moderne Steuerrecht (Festgabe der Berner Juristenfakultät f. Eugen Huber, 1919). Emge, Ueber das grundsätzliche Verhältnis des Zivilrechts zum Steuerrecht (ArchivPraxis, n. F. 9, [1928], S. 49). Ernst Blumenstein, Die Steuer als Rechtsverhältnis, 1928 (i. d. Festgabe f. Georg v. Schanz, Bd. II). — Aus der Rechtsprechung fällt in erster Linie in Betracht die amtliche Sammlung der „Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs“ (München 1918 f.); betr. die Gutachten vgl. RAO. § 43. — Aus der nationalökonomischen Literatur: Julius Neumann, Die Steuer und das öffentliche Interesse, 1887. Max von Heckel, Lehrbuch der Finanzwissenschaft, I 1908; II 1912. K. Th. Eheberg, Finanzwissenschaft¹⁹, 1923. Eheberg, Art. „Steuer“ im HWBStW.⁴ VII 1046. F. Meisel, Steuertechnik (Hbch. d. Finanzwissenschaft I 506 f.). Handbuch der Finanzwissenschaft, herausgeg. von Wilhelm Gerloff und Franz Meisel, Bd. I (1926), II (1927), III (im Erscheinen). — Eine handliche Textausgabe hat herausgegeben Ottmar Bühler, Die gesamten Reichssteuergesetze², Mannheim 1928, und Nachtrag.

² Eine Zwangsanleihe (RG. v. 8. April/20. Juli 1922) fällt nicht unter den Begriff der Steuer; denn die Zwangsanleihe sieht — theoretisch — die Rückzahlung der Anleihebeträge vor — wenn die erwähnte Reichsanleihe auch nicht in Anleiheablöschungsschuld umgetauscht wurde (§ 3 des RG. ü. d. Ablösung öffentl. Anleihen v. 16. Juli 1925) und so ex post wie eine Steuer wirkt. Michaelis, HWR. I 205, 207—208.

zweigte Rechtssetzungsform (Verordnung, Satzung) die Abgabepflicht begründen. Das deutsche Recht kennt drei verschiedene Arten öffentlicher Abgaben: Steuern, Gebühren, Beiträge. Sie unterscheiden sich voneinander durch bestimmte innere Merkmale. Für die rechtliche Charakterisierung ist unerheblich, mit welchem Namen der Gesetzgeber eine einzelne Abgabe belegt hat.³

1. An erster Stelle steht die **Steuer**.⁴ Sie ist die öffentliche Abgabe, die dem Bürger nach einem allgemeinen Maßstab kraft der Gebietshoheit auferlegt wird.⁵ Der Pflichtige schuldet sie „voraussetzungslos“, d. h. unabhängig davon, ob und in welchem Maße ihm die öffentliche Verwaltung Nutzen bringt. Die Steuer ist nicht Entgelt für bestimmte Vorteile, die die Staats- oder Gemeindeeinrichtungen dem Pflichtigen bieten.⁶ Dem Grundsätze der Rechts-

³ Eine „Beleuchtungsabgabe“ z. B. kann Steuer, Gebühr oder Beitrag sein; was sie juristisch ist, hängt von der konkreten Ausgestaltung ab.

⁴ Für das deutsche Steuerrecht steht heute im Vordergrund die Reichsabgabenordnung v. 13. Dez. 1919 mit ihren Abänderungen (abgekürzt: RAO. oder AO.). Sie stellt die gemeinsamen Grundsätze auf, die für die Erhebung der Reichssteuern gemäß den einzelnen Reichssteuergesetzen gelten. Von den Kommentaren der RAO. sei hervorgehoben derjenige des Verfassers des Gesetzentwurfs zur RAO.: **Enno Becker**, Die RAO., 5. Aufl., 1926. **Franz Meisel**, Das Strafrecht der RAO., sein Prinzip und seine Technik, 1920. Vgl. dazu auch den Art. „Reichsabgabenordnung“ von **Stier-Somlo** im HWR. IV 776 und von demselben Verfasser Art. „Steuer und Steuerrecht“ im HWR. V 705.

⁵ Unerheblich für den Begriff der Steuer ist, ob die Abgabe nur ein einziges Mal oder dauernd erhoben werden soll. Die Abgabe, die das Reichsgesetz über einen einmaligen außerordentlichen Wehrbeitrag vom 3. Juli 1913 einführte, war eine direkte Steuer vom Vermögen und Einkommen. — Ebenso wenig steht dem Begriff der Steuer entgegen, daß der Gesetzgeber von vornherein die Einnahmen daraus ganz oder zum Teil einem bestimmten Zwecke widmet (sog. Zwecksteuer), z. B. der Sicherung des Zinsendienstes einer Anleihe, der Tilgung der Mobilisationskosten (Schweiz) usf. **Bühler**, Lehrb. I S. 4. **Blumenstein**, Schweiz. Steuerrecht, S. 2 f. — Ueber die verschiedenen Ausgestaltungen s. **W. Gerloff**, Steuerwirtschaftslehre (Hbch. d. Finanzwiss. I S. 436 f.). **Karl Bräuer**, Versuch einer Neugruppierung der Steuerformen (Festgabe f. **Georg v. Schanz**, 1928, Bd. II).

⁶ Dies wird u. a. wichtig bei der Auslegung der Gewerbeordnung: GewO. § 7, Ziff. 6, hat alle Abgaben aufgehoben, welche als Entgelt für den Betrieb eines Gewerbes erscheinen, hat dagegen die Besteuerung der Gewerbe vorbehalten. **Landmann-Rohmer**, Gewerbeordnung, I⁸ S. 143. Im Anschluß an **Otto Mayer** sagt demgemäß die RAO. in § 1: „Steuern sind im Sinne der Reichsabgabenordnung einmalige oder laufende Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung dar-

gleichheit und der „Steuergerechtigkeit“ entspricht nur die Steuer, die nach einem für Alle gleichen Maßstab ausgestaltet ist.⁷ Unerheblich für den Begriff der Steuer ist ferner ihr finanzpolitisches Motiv; es begründet keinen juristischen Unterschied, ob das Gesetz die Abgabe eingeführt hat lediglich zur Deckung des Finanzbedarfs oder ob es damit noch andere sozialpolitische oder polizeiliche Zwecke hat verbinden wollen (Beschränkung gewisser Gewerbe u. dgl.).⁸ Die Kompetenz zur Besteuerung leiten Staat und Gemeinden aus der Herrschaft ab, die sie über Personen und Sachen ihres Gebietes ausüben oder über Vorgänge, die sich auf ihrem Territorium abspielen (Steuerhoheit). Demgemäß scheidet der Sprachgebrauch häufig zwischen Subjektsteuern und Objektsteuern, je nachdem die Steuer eine Person oder eine Sache belastet. Allein ein juristisches Unterscheidungsmerkmal liegt hierin nicht. Die Steuerpflicht begründet stets eine *persönliche* Obligation; das Gesetz belastet damit stets ein bestimmtes *Steuersubjekt*. Die Person des Pflichtigen kann entweder unmittelbar bezeichnet werden (Einkommensteuer) oder aber bloß mittelbar, so nämlich, daß das Gesetz denjenigen besteuert, welcher gewisse Handlungen (Abschluß von Rechtsgeschäften usf.) vornimmt (Rechtsverkehrssteuern) oder welcher Besitzer oder Eigentümer einer gewissen Sache ist (Hunde-, Automobilsteuer usf.). In beiden Fällen haftet dem Staat oder der Gemeinde ein bestimmter Pflichtiger für die Entrichtung der Steuer, und zwar persönlich und mit seinem ganzen Vermögen, nicht etwa nur mit der Sache, auf der die Steuer „lastet“.⁹ Das „*Steuero b j e k t*“ (Vermögen, Ein-

stellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einkünften allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft.“

⁷ RVerf. Art. 109 I: „Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich.“ Art. 134: „Alle Staatsbürger ohne Unterschied tragen im Verhältnis ihrer Mittel zu allen öffentlichen Lasten nach Maßgabe der Gesetze bei.“ Vgl. dazu Hensel, Steuerrecht², S. 33.

⁸ Dora Schmidt, Nichtfiskalische Zwecke der Besteuerung, 1926. Sehr hohe „Jagdpaßgebühren“ („Jagdscheinabgaben“) sind häufig in Wahrheit indirekte Steuern, welche eine unbeschränkte Erweiterung des Jägerkreises aufhalten sollen. Ueber eine übermäßige Warenhaussteuer „als Waffe der Mittelstandspolitik“ Entsch. d. Schweiz. Bundesgerichts 45 (1919) I, S. 347. — Ueber den Uebergang vom Systeme der Kalibesteuerung (Thoma, JahrböfR. 5, 387; Kormann, WStVR. II² 485) zum System der „Gemeinwirtschaft“ auf Grund des RG. ü. d. Regelung der Kaliwirtschaft vom 24. April 1919: Hue de Grais²⁴, S. 571.

⁹ Soergel, I 253, Nr. 13. RGerZ. Bd. 67, S. 218. Lamp, Die Person

kommen usf.) ist somit im juristischen Sinne nicht die Sache, auf welche die Steuer „gelegt“ oder die „Quelle“, aus der sie entrichtet wird. Vielmehr ist Steuerobjekt der Tatbestand, an den das Gesetz die Besteuerung einer bestimmten Art anknüpft, m. a. W. der Tatbestand, auf Grund dessen für eine Person die Pflicht zur Entrichtung einer bestimmten Steuer entsteht.

Von großer Wichtigkeit ist dagegen der Unterschied zwischen der direkten und der indirekten Steuer.¹⁰ Die direkte Steuer stuft den vom einzelnen Pflichtigen geschuldeten Betrag nach der Leistungsfähigkeit des Pflichtigen ab.¹¹ Es sei erinnert an die allgemeine Einkommensteuer, an die Vermögenssteuer usf. Die indirekte Steuer dagegen schließt die Abgabepflicht an einen Vorgang rechtlicher oder tatsächlicher Natur an und läßt dabei die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen ganz außer Betracht. Indirekte Steuern sind die Zölle, ferner die sog. Rechtsverkehrssteuern (Erbchaftssteuer,¹² Besitzänderungsabgabe = „Grunderwerbsteuer“, Tabaksteuer, Wechselstempelsteuer usw.¹³

des Zollschuldners in der Zollrechtsgeschichte (Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für Laband I 463). Blumenstein, Die subjektive Seite der Zollhaftung im schweiz. Recht (Festgabe f. Fleiner, 1927, S. 1 f.).

¹⁰ Diesem Unterschiede kommt in Deutschland nicht nur finanzrechtliche, sondern unmittelbare staatsrechtliche Bedeutung zu. Z. B. ist nach dem R.G. v. 30. Aug. 1924 § 14 die Reichsbahngesellschaft von jeder neuen direkten Steuer des Reichs, der Länder, der Gemeinden usf. befreit.

¹¹ Strutz, Komm. z. Reichs-Einkommensteuergesetz v. 10. Aug. 1925, Berlin 1926, I S. 45, 51, 351. Dagegen läßt sich die sog. „beschränkte Steuerpflicht“ (§ 3 des zit. Ges.) nicht als eine nach der Leistungsfähigkeit bemessene Steuer rechtfertigen; sie tritt ein, weil der Pflichtige für seine inländischen Quellen und deren Erträge (z. B. aus inländ. Betriebsstätte; aus Einkünften aus Hypotheken, für welche inländischer Grundbesitz haftet u. a. m.) an den Vorteilen des inländischen Staatswesens teilnimmt (Aequivalenztheorie). Strutz, zit. Komm. I, S. 421. — Eine Ausnahme von dem im Texte aufgestellten Grundsatz gilt auch für die alte Kopf- (Personal-) Steuer, die heute noch in einzelnen Schweizerkantonen erhoben wird. Blumenstein, Schweiz. Steuerrecht, I S. 171. Th. Mayer, Hbch. d. Finanzwiss., I S. 219.

¹² RGerZ. Bd. 39, S. 11.

¹³ Die Unterscheidung zwischen der direkten und der indirekten Steuer hat sich geschichtlich aus der wirtschaftlichen Erscheinung der Steuerüberwälzung entwickelt. Läßt eine vom Staate erhobene Steuer dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit offen, den dafür ausgelegten Betrag wirtschaftlich wieder dadurch einzubringen, daß er ihn bei der Veräußerung des versteuerten Objekts auf den Preis schlägt und auf diese Weise auf den Erwerber des Objekts überwälzt, so spricht man von indirekter Steuer. Der Erwerber trägt

Ist die Steuerhoheit ein Ausfluß der Territorialgewalt, so sind ihr regelmäßig alle Personen unterworfen, welche sich in dem Gebiete befinden, über das sie herrscht — die Ausländer ebenso wie die Inländer. Allein eine bloß flüchtige und vorübergehende Berührung mit einem Staatsgebiete reicht hierzu nicht aus. Erst infolge einer engeren persönlichen Zugehörigkeit zu einem bestimmten Territorium gerät der Einzelne unter die dortige Steuerhoheit, begründet er dort ein Steuerdomizil.¹⁴ Mannigfaltiger sind die Formen der wirtschaftlichen Zugehörigkeit. Eine solche ist dann vorhanden, wenn der Einzelne in einem Gebiete wirtschaftliche Interessen besitzt, kraft deren der dortige Staat eine Steuerhoheit in Anspruch nehmen kann — auch wenn der betroffene Bürger in einem andern Gebiete wohnt.

Für ein und dasselbe Steuersubjekt können die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen einer persönlichen oder wirtschaftlichen Zugehörigkeit gleichzeitig gegenüber verschiedenen Gemeinwesen gegeben sein. Sofern ein Bürger infolge persönlicher oder wirtschaftlicher Zugehörigkeit unter die Steuerhoheit verschiedener Staaten gerät, entsteht für ihn die Gefahr, daß er von einem jeden für dasselbe Steuerobjekt besteuert wird (*Doppelbesteuerung*). Dieser Gefahr läßt sich im Bundesstaate nur durch eine vom Reichs- (Bundes-)recht angeordnete Ausscheidung der Besteuerungskompetenzen vorbeugen.¹⁵ Im internationalen Verkehr dienen diesem

dann faktisch die Steuer; er wird wirtschaftlich der Steuerträger. Die vom Staat erhobene Abgabe trifft in Wahrheit ihn, aber nur indirekt, d. h. durch die Person des dem Staate gegenüber Verpflichteten hindurch. Ist dagegen eine Ueberwälzung ausgeschlossen und bleibt der Steuerzahler (Steuerschuldner) auch der Steuerträger, so spricht man von direkter Steuer. Die Bezeichnung „direkte“ und „indirekte“ Steuer knüpft somit an rein wirtschaftliche Erscheinungen an; ob die Ueberwälzung bei der einzelnen Steuerart möglich ist, kann häufig nicht schon bei der Erhebung der Steuer kontrolliert werden. Trotzdem sind die Bezeichnungen auch vom Steuerrecht übernommen worden. Die Folge ist, daß für sie nach einem juristisch brauchbaren inneren Unterscheidungsmerkmal gesucht werden muß. Ein solches ist m. E. allein gegeben in der Tatsache der allgemeinen finanziellen Leistungsfähigkeit einer Person. In diesem Momente findet der Grundsatz der Rechtsgleichheit und der Steuergerechtigkeit (RVerf. Art. 109, 134) seine steuerrechtliche Verwirklichung. Vgl. über die verschiedenen Auffassungen von direkten und indirekten Steuern: *Bühler*, Lehrbuch I, S. 13 f. *Merk*, Steuerschuldrecht, S. 18, 45.

¹⁴ *Speiser* in der Zft. f. Schweiz. Recht, n. F. VI 1, XXI 561.

¹⁵ Im heutigen Deutschen Reich mit seinem in zentralistischem Sinne ausgebauten Steuerwesen spielt die Ausscheidung der Steuerhoheit (Be-

Zwecke besondere Staatsverträge zur Vermeidung der Doppelbesteuerung.¹⁶

2. Die zweite Art der öffentlichen Abgaben bildet die **Gebühr**.¹⁷ Sie ist der dem Bürger einseitig auferlegte, öffentlich-rechtliche Entgelt für eine besondere Inanspruchnahme der öffentlichen Verwaltung oder einer öffentlichen Anstalt.¹⁸ Theorie und Praxis unterscheiden dementsprechend **Verwaltungsgebühren** (Gebühren für Beglaubigung von Unterschriften, für Erteilung des Baukonsenses, für Ausstellung eines Passes u. a.) und **Benutzungsgebühren** (Gebühren für die Benutzung einer

steuerungskompetenzen) zwischen Reich und Ländern die Hauptrolle; die Finanzausgleichsgesetze seit dem Jahre 1920 haben diese Aufgabe gelöst. S. die geltenden Finanzausgleichsgesetze v. 23. Juni 1923/27. April 1927 und das Uebergangsgesetz v. 9. April 1927; vgl. dazu den großen Komm. von **Markull** (1923) und den Aufsatz von **Markull** über Schrifttum und Rechtsprechung zum Finanzausgleichsgesetz seit der 3. Steuernotverordnung (VerwArch. 32 [1926] S. 63 f.). **Mirbt**, Grundriß, S. 49 f. **Stier-Somlo**, Art. „Doppelbesteuerung“ HWR. II 97. **Bitters**, HWB. I³ S. 395, Art. „Doppelbesteuerung“. — Für die Schweiz, mit ihrer stark föderativen Ausgestaltung des Steuerwesens, steht im Vordergrund die Ausschcheidung der Steuerhoheiten zwischen den Kantonen; sie ist, gemäß dem Doppelbesteuerungsverbot der Bundesverfassung von 1874 Art. 46 Abs. 2, im wesentlichen von der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Geltung gebracht worden. **Fleiner**, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 80 f. **Blumenstein**, Schweiz. Steuerrecht, I S. 131 f.

¹⁶ Vgl. die Erörterungen von **Hensel**, Steuerrecht², S. 14 f. und die eingehende Darstellung der von Deutschland abgeschlossenen Verträge zur Vermeidung der Doppelbesteuerung in **Bitters** HWB. I³ S. 396 f. („Doppelbesteuerung“) und die Auszüge aus den Doppelbesteuerungsverträgen bei **Kennerknecht**, Komm. z. Körperschaftssteuergesetz, 1926, S. 576 f. **Paul Guggenheim**, L'imposition des successions en droit international et le problème de la double imposition, Genève 1928.

¹⁷ **Meisel**, Gebührenlehre (Hbch. d. Finanzwiss. I 396 f.). **Ehlers**, Die Stellung der Gebühr im Abgabensystem (Finanzarchiv 13, 439). **Arndt**, Ueber Gebühren (VerwArch. 11, 432). **Fleiner**, Öffentlich-rechtliche Vorteilsausgleichung (i. d. Festgabe der jur. Fakultät Basel f. **Andreas Heusler**, 1904, S. 92 f.). **Ernst Toepfer**, Begriff der öffentlich-rechtlichen Gebühr (Finanzarchiv 26 [1909], S. 491 f.). **Moll**, Ueber Gebühren (VerwArch. 18, 155) und DJZ. XVII 1322. **Kormann**, PrVBl. 34 (1913), S. 393 f. v. **Myrbach**, Finanzarchiv 34 (1917), S. 1 f. **Otto Gerlach**, Art. „Gebühren“ im WStVR.² II 4. **Strutz**, Art. „Gebühren“ im HWStW. IV 4. **Becker**, RAO.⁵ zu § 1, Bem. 4, 5. **Stier-Somlo**, Art. „Gebühren“ im HWR. II 596.

¹⁸ Erhebung einer Gebühr ist nur statthaft, wenn das Unternehmen im öffentlichen Interesse errichtet wurde: PrVBl. 31, 731; unstatthaft ist eine

öffentlichen Schule,¹⁹ einer städtischen Kanalisation, einer Brücke [Brückenzoll], einer Chaussee (Chausseegeld),²⁰ für den Bezug von Gas, Wasser, Elektrizität usf.). Für den Charakter der Gebühr ist unerheblich, ob der Einzelne die öffentliche Einrichtung, um derentwillen die Gebühr gefordert wird, freiwillig oder gezwungen benutzt.²¹ Das Recht, vom Bürger wegen einer von ihm verursachten Arbeit oder wegen der Inanspruchnahme einer öffentlichen Anstalt eine Gebühr zu verlangen, ist nicht in den allgemeinen Kompetenzen der Verwaltungsbehörden enthalten. Zur Bestreitung der durch die Verwaltung bedingten Kosten dienen in erster Linie die Steuern. Der Private, der eine Behörde oder eine Anstalt in Anspruch nimmt, hat deshalb im allgemeinen keinen besondern Entgelt zu zahlen. Eine Gebührenpflicht entsteht darum nur kraft besonderer Anordnung des Gesetzes.²² Das Gesetz oder die von ihm abgezwungene Verordnung hat gleichzeitig den Gebührentarif festzustellen; denn die Bestimmung der Höhe der Gebühr darf im Rechtsstaat nicht der Entscheidung von Fall zu Fall überlassen bleiben.

Mit der Einführung von Gebühren bezweckt das Gesetz, die Kosten einer Verwaltungseinrichtung ganz oder zum Teil durch besondere Mittel zu decken. Die Höhe der Gebühr darf deshalb den Kostenbetrag der staatlichen Leistung nicht überschreiten, sonst wird sie zur Steuer. Aus dem Entgeltscharakter der Gebühr folgt,

Gebühr, solange der Private das Unternehmen (Kanalisation) kraft eines privatrechtlichen Titels benutzt: PrVBl. 32, 432; 34, 349, 740; DJZ. 18, 591.

¹⁹ Die von der RVerf. Art. 145 Satz 3 vorgeschriebene Unentgeltlichkeit des Unterrichts und der Lernmittel für Volksschulen und Fortbildungsschulen ist lediglich Programm für ein künftiges Schulgesetz. *A n s c h ü t z*, Komm.⁸ S. 381. *P o e t z s c h*, Handkomm.⁸ S. 462. Ueber die Unentgeltlichkeit des Volksschulunterrichts in der Schweiz gemäß Bundesverfassung von 1874 Art. 27: *F l e i n e r*, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 519.

²⁰ Das Recht zur Erhebung von Chausseegeldern kann in Preußen an Provinzen, Kreise, Gemeinden usf. verliehen werden als Entgelt für die Pflicht des Baues oder Unterhalts der Chausseen. *G e r m e r s h a u s e n*, Wegerecht, I 472. *B i t t e r*, HWB. I⁸ 344, Art. „Chausseegeld“.

²¹ *P a r e y*, Rechtsgrundsätze des ProVG. III S. 67. *A n d r e r* Meinung: *W. J e l l i n e k*, S. 375 (nur wer freiwillig die Anstalt benutzt, schuldet Gebühr). — Aber nur der Benutzer, nicht ein Dritter kann als gebührenpflichtig erklärt werden. *S p r u c h s a m m l u n g* 1912 der DJZ. S. 189.

²² ProVG. 26. März 1912: Keine Gebühr für Erteilung einer amtlichen Auskunft (Entsch. Bd. 62, S. 243). Vgl. z. B. Preuß. Kommunalabgabengesetz v. 14. Juli 1893, § 4. *O t t o M a y e r*, II⁸ S. 288, läßt Gebühren für Anstaltsnutzung ohne besondere gesetzliche Ermächtigung zu, kraft der „natürlichen Billigkeit“.

daß keine Gebühr geschuldet wird, wenn die öffentliche Verwaltung nichts geleistet hat. Wird also z. B. in dem von der Gemeindebehörde dem Benutzer im Schlachthaus angewiesenen Kühlraum keine Kälte erzeugt, so ist keine „Kühlraumgebühr“ zu zahlen; wird die Wasserleitung gesperrt, so ist keine Wasserleitungsgebühr zu entrichten.²³ Aus dem gleichen Grund ist die Erhebung einer Erkergebühr für die Benutzung der Luftsäule über der öffentlichen Straße unzulässig, denn die Luftsäule ist keine vom Staate geschaffene Einrichtung.²⁴

3. Die dritte Form der öffentlichen Abgabe ist der Beitrag. Er ist eine Vorzugslast.²⁵ Das Gesetz auferlegt ihn Personen, die an der Errichtung oder dem Bestand einer öffentlichen Anstalt (Straße, Feuerversicherungsanstalt)²⁶ besonders beteiligt sind. Wirtschaftlich

²³ Kühlraumgebühr: PrOVG. v. 21. April 1903 (PrVBl. Bd. 24, S. 659). Wasserleitungsgebühr: PrOVG. 8. Dez. 1914, Bd. 68, 161. — Eine städtische Behörde hat die Errichtung eines öffentlichen staatlichen Gebäudes nicht zu genehmigen, sondern die Baupläne nur zur Kenntnis zu nehmen gehabt; sie darf deshalb keine Genehmigungsgebühr erheben. PrOVG. 1. Febr. 1910; 17. Dez. 1912 (PrVBl. 32, 70; 34, 621).

²⁴ Erkergebühr: Entsch. des PrOVG. Bd. 28, S. 74; vgl. auch oben § 23, S. 378. Siehe ferner Entsch. des PrOVG. Bd. 31, S. 54. Soergel, I 526, Nr. 4. — Die Gebühr für die Benutzung von Wasserleitungen und Kanalisationsanlagen darf nach der wahrscheinlichen Durchschnittsbenutzung bemessen werden. Entsch. des PrOVG. Bd. 49, S. 86. Daneben ist noch eine „Einmündungsgebühr“ zulässig: Parey, Rechtsgrundsätze des PrOVG., III S. 66, Nr. 14. Tietz im PrVBl. 34, 871. Abstufung der Gebühren ist zulässig. — Die in verschiedenen Eisenbahngesetzen den Privatbahnen auferlegte Abgabe (Konzessionsgebühr, Eisenbahnabgabe) war in erster Linie nicht Entgelt für die Erteilung der Konzession, sondern dazu bestimmt, den Ausfall zu decken, den die staatliche Postverwaltung durch die Konkurrenz der Eisenbahnen erlitt. Sie war juristisch nicht Gebühr, sondern Steuer. Preuß. Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen v. 3. Nov. 1838, § 38. Die Abgabe wurde 1923 aufgehoben. Bitters HWB. I³ S. 433. Ueber die analoge „Konzessionsgebühr“ des schweiz. Rechts s. Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 483.

²⁵ Vgl. oben § 26 Fleiner, Vorteilsausgleichung, S. 100. Odenkirchen, Interessenbeiträge, 1913 (Abhandlungen aus dem Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht, herausgeg. von Zorn und Stier-Somlo, Bd. XII 3). Matthias, Art. „Beiträge“ im HWB. komm. W. I. Stier-Somlo, Art. „Beiträge“ im HWR. I 587. — Die RAO. § 1 Abs. 1 (a. E.) stellt die „Beiträge (Vorzugslasten)“ in Gegensatz zu den Steuern und Gebühren. Becker, RAO.⁵ § 1, Bem. 5. Erwin Jacobi, Die Leipziger Meßamtsbeiträge (Fischers Zft. 55 [1923], S. 1 f.). Bitters HWB. I³ S. 224, Art. „Beiträge f. Gemeindeveranstaltungen“.

²⁶ Ebenso Bayr. GemO. 1927 Art. 45 (Umlage zugunsten des Gemeindevorstandes; s. oben § 26, Anm. 20).

dient er dazu, die Kosten der betreffenden Anstalt ganz oder teilweise zu decken.²⁷ Als besonders beteiligt²⁸ kann das Gesetz sowohl Personen betrachten, denen das öffentliche Unternehmen vermögensrechtliche Sondervorteile zuführt (Straßenanlieger),²⁹ wie Personen, denen das Gesetz aus sozialpolitischen Gründen ein besonderes Interesse an der Anstalt zuschreibt (Beiträge der Arbeitgeber an die Krankenkassen der Arbeiterversicherung).³⁰ Der Rechtssatz, der die Abgabepflicht ausspricht, erteilt entweder der Verwaltungsbehörde die Anweisung, den einzelnen Beitrag nach der individuellen Beteiligung zu bemessen, so daß z. B. der Private keinen Beitrag zu zahlen hat, dem das Unternehmen keinen Vermögensvorteil bringt,³¹ oder er stellt für die Erhebung der Beiträge einen rein mechanischen

²⁷ Erwachsenen beim Betriebe einer öffentlichen Anstalt dem Staat oder der Gemeinde keine Kosten, so dürfen keine Beiträge erhoben werden. PrOVG. 8. Juli 1910 (PrVBl. 32, 332). Auf einem andern Weg kann der Deckungszweck durch die sog. Mehrbelastung erreicht werden. Preuß. Kommunalabgabengesetz von 1893, § 20, Abs. 2: „Handelt es sich um Veranstaltungen, welche in besonders hervorragendem oder geringem Maße einem Teile des Gemeindebezirks oder einer Klasse von Gemeindeangehörigen zustatten kommen . . ., so kann die Gemeinde eine entsprechende Mehr- oder Minderbelastung dieses Teiles des Gemeindebezirks oder dieser Klasse von Gemeindeangehörigen beschließen.“

²⁸ Fehlt diese besondere Beteiligung, weil z. B. der Eigentümer sein Grundstück nicht oder noch nicht an die städtische Wasserleitung anschließen kann, so darf kein Beitrag (Wasserwerkbeitrag usw.) erhoben werden. PrOVG. 11. Okt. 1912 (Entsch. Bd. 62, S. 234).

²⁹ C. S a s s, Die Heranziehung der Anlieger zu den Straßenbaukosten (nach preuß. Recht), 1913. Weitere Literatur: W. J e l l i n e k, S. 370. Vgl. auch Bad. Wassergesetz § 49: Den Grundeigentümern oder zur Benutzung eines Wasserlaufs Berechtigten, „die von einem dem öffentlichen oder gemeinwirtschaftlichen Interesse dienenden Unternehmen Vorteil haben“, können „als Entgelt hierfür entsprechende Beiträge zu den Kosten der Ausführung, der Unterhaltung und des Betriebs des Unternehmens auferlegt werden“. W i e n e r, Bad. Wasserrecht, S. 119. Preuß. Wassergesetz §§ 127 f.

³⁰ Ebenso stellen die Beiträge der Versicherten in der Invaliden- und Angestelltenversicherung Vorzugslasten dar. J a c o b i, Arbeitsrecht, S. 441. Ein Beispiel bietet auch das Reichsviehseuchengesetz v. 26. Juni 1909, § 67: Die Landesregierungen können bestimmen, daß die Entschädigungen für Viehverluste (insbesondere auch für solche, welche infolge der auf polizeiliche Anordnung erfolgten Tötung entstanden sind) „durch Beiträge der Besitzer der betreffenden Tiergattungen aufgebracht werden müssen“.

³¹ Preuß. Kommunalabgabengesetz § 9, Abs. 1: „Die Gemeinden können behufs Deckung der Kosten für Herstellung und Unterhaltung von Veranstaltungen, welche durch das öffentliche Interesse erfordert werden, von denjenigen Grundeigentümern und Gewerbetreibenden, denen hierdurch be-

Maßstab auf.³² Trifft das letztere zu, so ist häufig nicht leicht zu entscheiden, ob die Abgabe nicht eher die Merkmale einer Steuer oder Gebühr an sich trägt, als die eines Beitrages.³³

Als Beiträge werden auch die finanziellen Leistungen der Mitglieder eines öffentlich-rechtlichen Verbands an die Verbandskasse bezeichnet (Innungsbeiträge,³⁴ Beiträge der Arbeiter an die Ortskrankenkassen, der Arbeitgeber an die Berufsgenossenschaften usw.). Die Beitragspflicht wurzelt in diesen Fällen in der Mitgliedschaft. In der Beitragserhebung übt der Verband für seine Zwecke ein „Steuerungsrecht“ über seine Mitglieder aus.³⁵

II. Die **A b g a b e n p f l i c h t i g k e i t**, d. h. die abstrakte Abgabepflicht, entsteht für den Einzelnen in dem Moment, in welchem bei ihm die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind: mit der Begründung des Wohnsitzes und dem Erwerb eines Einkommens daselbst; mit der Vornahme eines Rechtsgeschäftes; mit der Einführung eines zollpflichtigen Gegenstandes usf. Zwischen der öffentlichen

sondere wirtschaftliche Vorteile erwachsen, Beiträge zu den Kosten der Veranstaltungen erheben. Die Beiträge sind nach den Vorteilen zu bemessen.“

³² Bei der Erhebung der Anliegerbeiträge wird in Preußen im einzelnen Fall nicht untersucht, ob der Anlieger von der neuen Straße Vorteile hat. *Germerhausen*, Wegerecht I, 823. Ebenso wird in Württemberg verfahren; Württemberg. Bauordnung Art. 24. — Als Maßstab für die Bemessung des Anliegerbeitrages dient in Preußen die Frontlänge des Hauses. *Germerhausen*, Wegerecht I, 838. Vgl. auch betr. Berechnung der Kanalisationsbeiträge: PrOVG. 19. Sept. 1911 (PrVBl. 33, 332). — Weniger mechanisch sucht die französische „contribution de la plus-value“ das Problem zu lösen. Das Gesetz zieht zur Kostendeckung alle Grundeigentümer einer ganzen Zone (nicht bloß die unmittelbaren Anlieger) heran, deren Liegenschaften infolge der Errichtung des Werkes eine Werterhöhung erfahren haben. *Hauriou*, Précis de Droit administratif ¹¹, p. 779. *Berthélemy*, Droit administratif ¹¹, p. 684.

³³ Man vgl. RVerf. Art. 99 betr. Schiffsabgaben (Befahrungsabgaben); in den Abs. 1—4 ist von Gebühren die Rede (i. S. der alten RVerf. *Lauband*, III ⁵ S. 268 f.), während in Abs. 6 von Beiträgen die Rede ist. Ebenso spricht RVerf. Art. 100 von Beiträgen, zu welchen jeder herangezogen werden kann, „wer aus dem Bau von Talsperren in anderer Weise als durch Befahrung Nutzen zieht.“ — Die Kurtaxe kann als Beitrag (Preuß. Kommunalabgabengesetz § 12) oder als Gebühr (*Soergel*, I S. 657, Nr. 21) oder als privat-rechtliche Gegenleistung ausgestaltet sein. *Koehne*, Art. „Kurtaxe“ im WStVR. ³ II 700. Neben dem Beitrag der Interessenten wird häufig von den Benutzern noch eine Gebühr gefordert. Beispiel: Schulbeitrag und Schulgeld.

³⁴ GewO. § 89.

³⁵ Ueber sozialpolitische Lasten im allgemeinen: *Rosin*, Recht der Arbeiterversicherung, I S. 529.

Körperschaft als Gläubiger und dem Pflichtigen als Schuldner entsteht ein bestimmtes öffentliches Rechtsverhältnis.³⁶ Bei zahlreichen öffentlichen Abgaben wird damit auch unmittelbar die konkrete Forderung des Staates oder der Gemeinde auf einen bestimmten Abgabebetrag ausgelöst. So entsteht z. B. bei den meisten indirekten Steuern die Forderung auf den geschuldeten Betrag sogleich mit dem die Steuerpflichtigkeit herbeiführenden Ereignis (Vornahme des Rechtsgeschäftes usw.). Im Gegensatz dazu wird bei den direkten Steuern und anderen ihnen in dieser Beziehung gleichgestellten Abgaben (z. B. Beiträgen) die konkrete Forderung auf den bestimmten Abgabebetrag erst begründet, wenn der Pflichtige von der Behörde „veranlagt“ und „herangezogen“ und damit gleichzeitig zur Bezahlung einer bestimmten Summe aufgefordert worden ist (s. auch oben § 13, S. 186). In diesem Falle stellt somit eine Verfügung (Gestaltungsverfügung) der Behörde fest, in welchem Umfang eine Person kraft Gesetzes abgabepflichtig ist. Nicht erst diese Erklärung begründet die Abgabepflicht; diese wurzelt im Gesetz.³⁷ Dieser Verfügung geht ein umständliches Ermittlungsverfahren voraus, in welchem der Wert des Abgabenobjekts und die Abgabenschuldigkeit entweder auf Grund behördlicher Abschätzung oder aber auf Grund der Selbsteinschätzung des Pflichtigen bemessen und in der erwähnten „Veranlagung“ festgestellt wird. Das Bewertungsproblem spielt in der modernen Steuerlehre eine besondere Rolle. Der Reichsgesetzgeber hat besondere Grundsätze aufgestellt.

³⁶ Blumenstein, Die Steuer als Rechtsverhältnis (oben Anm. 1).

³⁷ Die Entscheidungen des PrOVG. Bd. 23, S. 149; Bd. 28, S. 117 haben ausgeführt, erst die Veranlagung und Heranziehung begründe die konkrete Steuerpflicht; sei also z. B. der Pflichtige im Laufe des Steuerjahrs, aber vor der Veranlagung zur Gemeindeeinkommensteuer aus der Gemeinde weggezogen, so dürfe die Steuer von ihm nicht mehr erhoben werden (Entsch. Bd. 23, S. 149; Bd. 28, S. 117; Bd. 43, S. 56; Bd. 44, S. 9; Bd. 55, S. 161; PrVBl. 34, 772; in gleichem Sinne RGerZ. Bd. 80, S. 374). Das geht m. E. zu weit. Veranlagung und Heranziehung bringen lediglich eine bereits bestehende gesetzliche Verpflichtung zu konkreter Geltung. In letzter Linie soll durch die Veranlagung und die Heranziehungsverfügung dem Gesetze selbst Wirkung verschafft werden. Hat aber das Gesetz eine Person als abgabepflichtig erklärt, bleibt sie es, auch wenn der Termin der Veranlagung hinausgeschoben wird. Vgl. nunmehr RAO. § 81: „Die Steuerschuld entsteht, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Steuer knüpft. Daß es zur Feststellung der Steuerschuld noch der Festsetzung des Betrags bedarf, schiebt die Entstehung nicht hinaus.“ Gegen diese Lösung: N a w i a s k y, Steuerrechtl. Grundfragen, S. 47 f.

nach denen bei der Erhebung der Reichssteuern der wirtschaftliche Wert der einzelnen Steuerobjekte zu bemessen ist (sog. „Steuerbemessungsgrundlagen“).³⁸ Dabei können amtliche Steuerregister, Steuerkataster usf. als Hilfsmittel Verwendung finden; sie dienen dazu, die Namen der Steuerpflichtigen aufzuführen und die steuerrechtlich erheblichen Tatsachen zu beurkunden. In diesem ganzen Verfahren bedient sich die Behörde der oben § 14 erwähnten Mittel des Verwaltungszwangs. Der Pflichtige kann nicht nur zwangsweise zur Erteilung wahrheitsgetreuer Auskunft über sein Vermögen angehalten werden,³⁹ sondern er muß in einzelnen Fällen (z. B. bei der Erhebung indirekter Steuern, wie Biersteuer, Spielkartensteuer usf.) zeitweilig eine besondere staatliche Ueberwachung über seine Person und sein Vermögen dulden; er gerät in ein besonderes Gewaltverhältnis zur Finanzverwaltung (s. oben S. 165).⁴⁰ Auch soweit von einer solchen besondern Kontrolle keine Rede ist, geht es bei der Erhebung der öffentlichen Abgaben in allen Stücken obrigkeitlich zu. Die Verfügung herrscht vor; zur Abschließung eines Vertrages mit dem Steuerpflichtigen darf die Finanzbehörde nur mit ausdrücklicher Erlaubnis des Gesetzgebers Hand bieten.⁴¹

1. Zur Feststellung des Steuerbetrags, den der einzelne Pflichtige schuldet, hat der Gesetzgeber für jedes der verschiedenen Steuerobjekte einen Steuermaßstab ausgebildet; er enthält feste, zahlenmäßige Ansätze und die Anweisung, wie diese auf das Steuerobjekt anzuwenden sind. Ob mit der Entstehung der einzelnen Abgabenfor-

³⁸ Reichsbewertungsgesetz v. 10. Aug. 1925. Beispiele: Bei der Gewerbesteuer ist Gegenstand der Besteuerung der Betrieb eines Gewerbes, Bemessungsgrundlage dessen Ertrag, Anlage und Betriebskapital usf.; bei der Grundsteuer ist Gegenstand das Grundstück, Bemessungsgrundlage dessen Größe, Ertrag, Verkehrswert usf. *Strutz*, Komm. z. Einkommensteuergesetz, I S. 45.

³⁹ RAO. § 169: „... Soweit nichts anderes bestimmt ist, ist zur Abgabe einer Steuererklärung jeder verpflichtet, bei dem nach Ermessen des Finanzamts die Möglichkeit einer Steuerpflicht gegeben ist.“ Ueber die Bedenken gegen diese weite Ausdehnung („Möglichkeit“): *Bühler*, Lehrbuch I 364.

⁴⁰ RAO. §§ 193 f. Ueber diese „Steueraufsicht“: *Hensel*, Steuerrecht ², S. 135. *Bühler*, Lehrbuch I S. 376. *Becker*, RAO. ⁵ Vorbemerkung zu § 193. — Den Finanzämtern steht ferner die Einsicht in die Geschäftsbücher der Personen zu, die zu deren Führung verpflichtet sind. RAO. § 162 Abs. 9 und 10 (Fassung des Gesetzes v. 1. Aug. 1925).

⁴¹ Vgl. oben § 13, S. 209, und dazu ferner: *Entsch. des PrOVG*. Bd. 51, S. 148. *Soergel*, I S. 659, Nr. 16. *Blumenstein*, Schweiz. Steuerrecht, S. 57 f. *Bühler*, Lehrbuch, I, S. 351.

derung die Pflicht zu sofortiger Bezahlung des geschuldeten Betrags eintritt oder ob die Fälligkeit hinausgeschoben ist, ist für jede Abgabenart an Hand des Gesetzes besonders zu untersuchen.⁴² Eine allgemeine Verpflichtung, für eine rückständige öffentliche Abgabe Verzugszinsen zu entrichten, besteht nicht; die Zinspflicht ist eine Erweiterung der Abgabepflicht; soll sie zulässig sein, so bedarf sie, wie die Hauptpflicht selbst, der gesetzlichen Grundlage.⁴³ Für Reichssteuern ist diese vorhanden.⁴⁴

2. Die regelmäßige und einfachste Form der Abgabentrachtung bildet die direkte Bezahlung des geschuldeten Betrags durch den Abgabepflichtigen an die öffentliche Kasse.⁴⁵ Für die Erhebung

⁴² Hensel, Steuerrecht², S. 83, Anm. 3. So können bei der Erhebung der Anliegerbeiträge Entstehung der Beitragspflicht und Fälligkeit des Beitrags auseinanderfallen u. a. m. Die eidgen. Kriegssteuer (bestimmt zur Deckung der Mobilisationskosten der Armee im Weltkrieg) wird in vier Raten und verschiedenen Fälligkeitsterminen erhoben. Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 676 f.

⁴³ Das ist sehr bestritten. Gegen eine Zinspflicht haben sich das Preuß. Oberverwaltungsgericht, der Bad. Verwaltungsgerichtshof und früher auch das Sächs. Oberverwaltungsgericht ausgesprochen. PrVbl. 33, 421; Parey, Rechtsprechung des PrOVG. Erg.-Bd. 1907/09, S. 38, Nr. 4; Jahrbücher des Kgl. Sächs. OVG. 8, 3 (Reger 26, 474); Rechtsprechung d. Bad. Verw.-Ger. III S. 203 und Soergel V 220. Auch bei der Steuerhinterziehung hat das Gesetz mit der Ermächtigung zur Einforderung eines Mehrfachen des hinterzogenen Betrags die vermögensrechtlichen Folgen des Falles abschließend geordnet; Verzugszinsen dürfen im Zweifel nicht noch dazu verlangt werden. Abweichend von dieser Auffassung dagegen erklärt eine Plenarentscheidung des Kgl. Sächs. OVG. v. 19. Okt. 1909, die öffentliche Verwaltung dürfe vom Pflichtigen für jede rückständige öffentlich-rechtliche Geldzahlung Verzugszinsen fordern, auch ohne besondere gesetzliche Ermächtigung. Jahrbücher 14, 97; 19, 107 (Reger 30, 365). Mosel, HWB. II¹⁸ S. 952. Im selben Sinn hat sich das Bundesamt für Heimatwesen ausgesprochen. Reger 28, 114.

⁴⁴ RAO. § 104 und dazu die Steuerzinsverordnung v. 6. März 1924, i. d. Fassung v. 21. Jan. 1927 (Bühler, Reichssteuergesetze², S. 29): 5% Verzugszins. — S. ferner RAO. § 105 betr. Stundung bei Zöllen und Verbrauchsabgaben und dazu die Stundungsordnung v. 29. Jan. 1923 mit Abänderungen. Becker, RAO.⁵, S. 251 f. Bühler, Reichssteuergesetze², S. 30. Ueber die Frage im allgemeinen: Bühler, Lehrbuch I, S. 214. Blumenstein, Schweiz. Steuerrecht I, S. 320.

⁴⁵ RAO. § 102. Ausnahmen: Nach dem Reichs-Einkommensteuergesetz v. 10. Aug. 1925 § 69 wird bei Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit (Arbeitslohn) die Steuer durch Einbehaltung eines Lohnanteiles erhoben (Steuerabzug vom Arbeitslohn); der Steuerabzug ist vom Arbeitgeber zu bewirken, der der Steuerkasse gegenüber haftet (§ 77 leg. cit.). Ebenso ist nach § 83 des

einzelner Abgaben hat die Gesetzgebung jedoch außerordentliche Formen ausgebildet. Dahin gehört vor allem die Verwendung des *Stempels*.⁴⁶ Es kann vorgeschrieben sein, daß der Abgabepflichtige Urkunden rechtsgeschäftlichen Inhalts u. dgl. nur auf Papier ausfertigen darf, das mit einem Wertzeichen der Behörde (Stempel) versehen ist, oder daß er auf Urkunden solcher Art Stempelmarken, die auf einen bestimmten Betrag lauten, aufzukleben hat.⁴⁷ Das Gebot der Stempelung auferlegt die Abgabe. Der Pflichtige ist genötigt, das Stempelpapier oder die Stempelmarken bei der Behörde zu kaufen. Er verschafft sich damit das zur Entrichtung der Abgabe gesetzlich vorgeschriebene Zahlungsmittel. In der Benutzung des Stempelpapiers oder dem Aufkleben der Stempelmarken liegt die Entrichtung der Abgabe.⁴⁸ Auf diese Weise hat sich die Gesetzgebung den Stempel zur Erhebung von Gebühren, von Beiträgen — man denke an die Beiträge zur Invalidenversicherung⁴⁹ — und zur Erhebung von indirekten Steuern nutzbar gemacht.⁵⁰ Das Wort Stempel-

Einkommensteuergesetzes der *Schuldner* inländischer Kapitalbeträge (Dividenden, Anlehenszinse usf.) verpflichtet, 10% vom Kapitalbetrag abzuziehen und sie der Steuerkasse abzuliefern (§ 85 leg. cit.). *Bühler*, *Lehrbuch* I, S. 463 f. *Hensel*, *Steuerrecht* 2, S. 98 f.

⁴⁶ *Otto Mayer*, I 3 S. 327. *Rosin*, *Arbeiterversicherung*, II S. 414, 419. Ueber die geschichtliche Entwicklung des Stempels: v. *Heckel*, *Finanzwissenschaft* I, S. 463. *Koczynski*, *Vom Ursprung der Stempelpapierabgabe* (*Finanzarchiv* 22, 441).

⁴⁷ Vgl. z. B. das Preuß. Stempelsteuergesetz v. 31. Juli 1895/27. Okt. 1927: Urkundenstempel berechnet nach dem Gegenstand des Geschäfts oder nach dessen Wert; die Abgabe wird entrichtet durch Niederschrift der Urkunde auf Stempelpapier oder Verwendung von Stempelmarken. Aehnlich das Sächs. Stempelsteuergesetz v. 28. Juni 1923.

⁴⁸ In seiner ursprünglichen Funktion war der Stempel im 17. Jahrhundert in Holland ein Quittungszeichen. Auch heute noch kann der Stempel die Bedeutung einer Quittung über eine geleistete Abgabenzahlung haben. Die in die Quittungskarte der Invalidenversicherung eingeklebte Beitragsmarke erfüllt u. a. diese Funktion. Sie ist gesetzliches Zahlungsmittel und Quittung zugleich. *Rosin*, *Arbeiterversicherung*, II S. 419. *Reger* 28, 435. So enthält gemäß dem Reichs-Spielkartengesetz v. 9. Juli 1923 die Abstempelung der vom Pflichtigen vorgewiesenen Kartenspiele durch die Finanzbehörde (§ 7 leg. cit.) die Quittung für die Entrichtung der Spielkartensteuer (30 Pfennig für jedes Kartenspiel).

⁴⁹ RVO. §§ 1413 f.

⁵⁰ Vor dem Weltkrieg verschaffte sich das Reich durch das (heute aufgehobene) Reichsstempelgesetz v. 3. Juli 1913 eine große Zahl indirekter Steuern durch Stempelabgaben. Nach dem Kriege sind im Reiche die Stempelabgaben in den Hintergrund getreten. Immerhin kommt ihnen eine weitere praktische

abgabe weist somit nicht auf eine besondere Art, sondern auf eine besondere Erhebungsform der öffentlichen Abgaben hin. — Zu Zwecken der Steuererhebung stellt ferner das Gesetz ausnahmsweise die Form des Monopols in den Dienst der Finanzverwaltung.⁵¹ Der Gesetzgeber behält durch Aufstellung eines an die Adresse aller Bürger gerichteten Konkurrenzverbotes gewisse Tätigkeiten (Veranstaltung einer Lotterie, Herstellung und Verkauf von Alkohol usf.) ausschließlich der Staatsverwaltung vor. Dadurch setzt er die Behörde in die Lage, beim Verkauf der durch diese Tätigkeiten geschaffenen Erzeugnisse durch einen Zuschlag zum Preis (Monopolgewinn) von dem Käufer eine Steuer zu erheben.⁵²

Bedeutung zu. So wird die Wechselsteuer durch Verwendung von Stempelmarken („Steuerzeichen“) entrichtet. Wechselsteuergesetz v. 10. Aug. 1923, §§ 1, 17. *Mirbt*, Grundriß, S. 282 f. Ferner wird die Tabaksteuer durch die Verwendung von „Steuerzeichen“ entrichtet. Tabaksteuergesetz v. 12. Sept. 1919, § 11. Es besteht Verpackungszwang, der die Verwendung der Steuerzeichen („Banderolen“) sichert. *Mirbt*, Grundriß, S. 288. *Krapf und Strutz*, Hbch. d. Reichssteuerrechts, 1924. — Ueber die eidgen. Stempelabgaben: *Fleiner*, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 679 f.

⁵¹ *Karl Bräuer*, Art. „Monopole als Form der Besteuerung“ im HWBStW.⁴ VI 623 f.

⁵² Für das Reich fallen vor allem in Betracht das Branntweinmonopol gemäß dem RG. ü. d. Branntweinmonopol v. 8. April 1922: Die Produzenten haben sämtlichen im Reichsgebiet hergestellten Branntwein zu einem Uebernahmepreis an die Reichsmonopolverwaltung abzuliefern, der allein der Weiterverkauf zusteht. Im Verkaufspreiszuschlag steckt die Steuer. Befreiung von der Körperschaftssteuer: Körperschaftssteuergesetz § 9, Abs. 1, Nr. 1. *Bühler*, Lehrbuch I, S. 5, 76. *Meisel* im Finanzarchiv V S. 45. *Schranil*, Besteuerungsrecht, S. 11 f. (abweichend *Otto Mayer*, I³ 351). Ueber das Schweiz. Alkoholmonopol: *Fleiner*, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 388 f. — Preuß. staatl. Lotterieregal: *Huede Grais*²⁴, S. 204; PrOVG. 33, 82; PrOVG. i. Staatssteuersachen XIII S. 213. *Landmann-Rohmer*, I⁸ S. 60. Auch die preuß. Staatslotterie unterliegt der Lotteriesteuer des Reichs gemäß Rennwett- und Lotteriegesetz v. 8. April 1922, § 17. — Nach dem Süßstoffgesetz v. 14. Juli 1926 ist zur Herstellung und zur Einfuhr von Süßstoff nur der berechtigt, dem die Reichsregierung mit Zustimmung des Reichsrates die — jederzeit widerrufliche — Erlaubnis erteilt hat. Der Uebergang von Süßstoff in den freien Verkehr unterliegt der Süßstoffsteuer. — Ebenso ist gemäß dem Reichsgesetz v. 28. Mai 1927 für die Herstellung von Zündhölzern eine Erlaubnis des Reichswirtschaftsministers erforderlich; sie darf nur erteilt werden, wenn ein volkswirtschaftliches Bedürfnis besteht. Nach dem Zündwarensteuergesetz v. 9. Juli 1923 unterliegen Zündwaren beim Uebertritt in den freien Verkehr der Zündwarensteuer. Die beiden Beispiele zeigen den Uebergang vom System des Monopols zu dem der reinen Besteuerung. — Ueber das preuß. Schlepplimonopol zur Finanzie-

3. Wie oben S. 422 hervorgehoben wurde, haftet der Pflichtige für die Entrichtung der Abgabe regelmäßig persönlich und mit seinem ganzen Vermögen.⁵³ Diese persönliche Haftung kann aber durch andere Sicherungsmittel verstärkt werden. Ob die Finanzbehörde derartige Sicherheiten vom Schuldner, insbesondere nach der Fälligkeit der Schuld, verlangen darf und von welcher Art diese sein müssen, das hängt nicht vom freien Ermessen der Behörde ab; denn diese besitzt bei der Erhebung öffentlicher Abgaben nicht die Befugnisse eines privatrechtlichen Gläubigers. Die Auferlegung einer Sicherheitsleistung bedeutet eine neue Belastung des Pflichtigen und gehört daher zum Vorbehalt des Gesetzes. Der Gesetzgeber hat auch hier nicht alles über einen Leisten geschlagen, sondern die Sicherheiten den Bedürfnissen der einzelnen Abgabengattungen angepaßt.⁵⁴ Im Vordergrund steht auch hier die Bestellung dinglicher Sicherheit zugunsten des Steuergläubigers (der Steuerverwaltung). So kann sich z. B. die Zollbehörde bei Fälligkeit der Schuld an die zollpflichtige Ware halten,⁵⁵ und eine Stundung wird regelmäßig nur gegen Einräumung pfandrechtlicher Sicherheit gewährt. Anliegerbeiträge und Kanalisationsbeiträge können dergestalt mit Grundstücken verknüpft sein, daß für sie der jeweilige Eigentümer des Grundstücks haftet und die Behörde überdies ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück besitzt;⁵⁶ andere Abgaben genießen einen Vorrang bei

— rung des Kanalbaus: Hue de Grais⁵⁴, S. 761, Anm. 32. — Ueber das preuß. Bernsteinregal: Bitters, HWB. I³ S. 243. — Ueber die französischen „monopols fiscaux“: Berthélemy, Droit administratif¹¹, p. 1054.

⁵³ Ueber die Haftung der Ehegatten: RAO. § 95. Friedrichs, Haftung der Ehegatten für öffentl. Abgaben (Archiv f. d. Praxis d. Steuerrechts I, Heft 1). Weil, Steuerrechtl. Wirkungen des Konkursausbruches (Gruchots Beiträge, n. F. 6, S. 273.

⁵⁴ Für Reichssteuern hat die RAO. §§ 105—119 eine eingehende Regelung getroffen. Bühler, Lehrbuch I, S. 485. Hensel, Steuerrecht, 62, 84. Blumenstein, Schweiz. Steuerrecht, S. 307 f.

⁵⁵ Zugunsten der Zollverwaltung war dies schon vorgesehen im Vereinszollgesetz von 1869, § 14; heute ist maßgebend die allgemeine Vorschrift RAO. § 101: „Steuerpflichtige Erzeugnisse und zollpflichtige Waren haften ohne Rücksicht auf die Rechte Dritter für den Betrag der darauf ruhenden Steuern.“

⁵⁶ Zwangsversteigerungsgesetz von 1897, § 10, Ziff. 3. BGB. §§ 436, 1047, Endemann, Bürgerl. Recht, II (9. Aufl.), S. 682. Gierke, Deutsches Privatrecht, II S. 713. Germershausen, Wegerecht, I S. 844. Walz im VerwArch. 14, 387. Kamptz und Delius, Rechtsprechung des Reichsgerichts, I S. 475. Stoelzel, Rechtsweg 142. Soergel, I S. 81;

der Zwangsversteigerung;⁵⁷ endlich aber kann die Finanzbehörde gesetzlich ermächtigt sein, vom Schuldner für die Erfüllung einer Abgabepflicht hypothekarische Sicherheit zu verlangen⁵⁸ u. a. m.

4. Die Ansprüche auf öffentliche Abgaben sind regelmäßig noch nach andern Richtungen privilegiert. Zwar gilt das alte *privilegium fisci*, daß nämlich gegenüber Steueransprüchen jede *Aufrechnung* ausgeschlossen sei, für Reichssteuern nicht mehr.⁵⁹ Aber außerhalb dieses Bereiches ist der Grundsatz in Kraft geblieben, wonach der Private gegen öffentlich-rechtliche Forderungen eines Gemeinwesens weder einen Anspruch öffentlich-rechtlicher, noch einen solchen privatrechtlicher Natur aufrechnen darf.⁶⁰ Es *ver-*

Nr. 11; V 220. Württ. Bauordnung von 1910, Art. 99. Bad. Rechtspraxis 1912, S. 257. Die verschiedenen Fälle von „Dinglichkeit“ einer öffentlichen Abgabe hebt scharf auseinander das Urteil des PrOVG. v. 26. Jan. 1909 (Entsch. Bd. 54, S. 76). Vgl. auch oben § 11, S. 152.

⁵⁷ Einf.-Gesetz z. Zwangsversteigerungsgesetz § 4. Lüttich, Gemeindeabgaben in der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (Archiv für Bürgerl. Recht Bd. 37, S. 299).

⁵⁸ In dieser Weise können namentlich auch Straßenanliegerbeiträge sichergestellt werden. Ueber die Form der Sicherstellung (Sicherungshypothek): EG. z. BGB. Art. 91. Göz, Verwaltungsrechtspflege, S. 397. Walz, im VerwArch. 14, 387. Soergel, I S. 54, Nr. 1184; S. 613, Nr. 12; S. 614, Nr. 15; S. 618, Nr. 14.

⁵⁹ RAO. § 103: „Die Steuerpflichtigen sind berechtigt, gegen Steueransprüche des Reichs mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Gegenansprüchen aufzurechnen.“ Aufgerechnet werden können öffentlich-rechtliche wie privatrechtliche Forderungen der Privaten, und es gilt insoweit die Beschränkung des BGB. § 395 nicht mehr, derzufolge die Aufrechnung nur zulässig ist, wenn die Leistung an dieselbe Kasse zu erfolgen hat, aus der die Forderung des Aufrechnenden zu berichtigen ist. Ueber die Beschränkungen der Aufrechnung gegenüber der Betriebsverwaltung des Reichs: 3. Steuernotverordnung § 60. Hensel, Steuerrecht², S. 84. Bühler, Lehrbuch I 217. — Ueber die Aufrechnung zugunsten des Reichs schreibt die RAO. nichts vor. Daher darf m. E. das Reich fällige Geldansprüche des Reichs, öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur, gegenüber dem Privaten ebenso aufrechnen, wie es dem Privaten gegenüber dem Reich erlaubt ist. Becker, RAO.⁵, § 103, Bem. 4. — Vgl. hiezu auch Stier-Somlo, Art. „Aufrechnung“ im HWR. I 378.

⁶⁰ Es darf deshalb auch eine öffentliche Kasse auf eine von einem Privaten gegen sie erhobene privatrechtliche Forderung einen fälligen landesrechtlichen Steueranspruch nicht aufrechnen; denn zur Eintreibung öffentlicher Abgaben stehen ihr nur die besonderen Zwangsmittel zur Verfügung, welche das Gesetz bezeichnet. Hartmann in der DJZ. 17, 1519. Anderer Ansicht: RGerZ. Bd. 77, S. 411. Zulässig ist dagegen eine Aufrechnung privatrechtlicher Ansprüche der Bürger mit privatrechtlichen Ansprüchen öffentlicher Kassen:

jähren ferner öffentlich-rechtliche Ansprüche erst nach dreißig Jahren; ⁶¹ kürzere Verjährungsfristen hat jedoch die neuere Gesetzgebung für einzelne Arten öffentlicher Abgaben (Steuern, Versicherungsbeiträge usf.) im Interesse der Rechtssicherheit der Bürger eingeführt. ⁶²

Man hat häufig behauptet, es gehöre zu den Privilegien der öffentlichen Verwaltung, daß sie gegen die Forderung des Abgabepflichtigen auf Rückerstattung des aus Irrtum zuviel Gezahlten geschützt sei. Diese Behauptung geht zu weit. Wenn der Bürger den Nachweis erbringt, daß eine Abgabe von ihm gar nicht oder nicht in der behaupteten Höhe hat erhoben werden dürfen, so muß ihm der zuviel gezahlte Betrag zurückerstattet werden. ⁶³ Die Pflicht zur Rückerstattung des zu Unrecht erhobenen Betrages ergibt sich aus der Pflicht der Behörde, den Bürger nicht über das gesetzliche Maß hinaus zu belasten. ⁶⁴ Der Erstattungsanspruch untersteht nach allen

BGB. § 395. Das Gesetz kann ferner die Aufrechnung eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs auf einen andern öffentlich-rechtlichen zulassen — sie gilt nicht von selbst: nach der RVO. §§ 223, 622, 1324 usf. dürfen auf die Ansprüche der Versicherten geschuldete Beiträge, gezahlte Vorschüsse, Geldstrafen u. dgl. aufgerechnet werden. Reger 21, 60; 23, 267. Meier im ArchöfR., n. F. 11, 273; Mallachow im VerwArch. 28, 279.

⁶¹ Windscheid-Kipp, Pandekten, I § 110. BGB. § 195. Gerhard, Verjährung öffentlich-rechtlicher Ansprüche (Boschers Zft. für freiwillige Gerichtsbarkeit in Württemberg, Bd. 43 [1901], S. 104). Bayr. VGH. v. 29. Jan. 1902 (Sammlung von Entscheidungen 23, 157). Soergel, IV S. 444. Anderer Meinung: Blumenstein, Schweiz. Steuerrecht, S. 300 f.

⁶² RAO. §§ 120 f. Nach § 121 beträgt die Verjährungsfrist bei Zöllen und Verbrauchssteuern ein Jahr, bei den Ansprüchen auf die übrigen Steuern fünf Jahre. Vgl. dazu Bühler, Lehrbuch I, S. 220. — RVO. § 29. — Für das Landesrecht: Ball, Einführung 141 f. Friedrichs, Grundzüge, S. 110. Mosel, HWB. II ¹³ S. 897 („Verjährung“). Meier, ArchöfR., n. F. 11, 249.

⁶³ Das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege für den Kanton Basel-Stadt v. 9. März 1905, § 7, läßt die Rückforderung ganz allgemein zu auf den Nachweis des Rekurrenten hin, „daß er sich über Existenz oder Umfang seiner Schuldpflicht in einem entschuldbaren Irrtume befunden habe“; aber es läßt den Rückforderungsanspruch schon in einem Jahr verjähren, „vom Schlusse des Kalenderjahrs an gerechnet, in dem die Leistung entrichtet worden ist“. Vgl. auch Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichts 33 (1907) II, S. 702; 34 (1908) I, S. 61.

⁶⁴ Daher schuldet ihm die öffentliche Verwaltung Zinsen für den zurückzuerstattenden Betrag. Denn nach der herrschenden Verkehrsauffassung drückt sich im Zins der Gebrauchswert des Kapitals aus. Diesen Gebrauchswert hat der Staat dem Rückforderungskläger zu ersetzen — nicht mehr

Seiten dem öffentlichen Recht.⁶⁵ So hat ihn auch das neueste Reichsrecht aufgefaßt, ohne ihn jedoch unbeschränkt zuzulassen.⁶⁶ Für den Bereich des Landesrechts bleibt deshalb die Bahn frei. Man wende nicht ein, die Rückforderung sei in den meisten Ländern gesetzlich nicht geregelt, also sei sie nicht anerkannt. Denn gerade dieses Fehlen spezialisierter Vorschriften verschafft uns die Freiheit, aus den obersten Grundsätzen des Rechtsstaates abzuleiten, was für die größten wie für die kleinsten Erscheinungen des Lebens Rechtens ist.

jedoch als diesen; also nur Zinsen in landesüblicher Höhe, Vergütungs- nicht Verzugszinsen. Rechtsprechung des Bad. VGH. III Nr. 366. Wachler und Naundorff, Rechtsgrundsätze III, S. 58, Nr. 13. Anders die herrschende Meinung; sie gesteht dem Kläger Anspruch auf Verzugszinsen zu. Soergel, I S. 444, Nr. 5; II 20. Reger, Erg.-Bd. I 382; 20, 434; 21, 176; 28, 114. Unger, Ueber die Haftung des Staats für Verzugs- und Vergütungszinsen (Grünhuts Zft. f. d. Privat- u. öffentliche Recht Bd. 31, S. 11). v. Gehe in Fischers Zft. Bd. 34, S. 134. DJZ. 29, 635. Meier, ArchöfR., n. F. 11, 278.

⁶⁵ Vgl. vor allem die Schrift von G. Lassar, Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht, 1921, insbes. S. 222 f.

⁶⁶ RAO. §§ 127—136, 227. Bühler, Lehrbuch I, S. 236 f. Hensel, Steuerrecht, S. 172 f. Meier, ArchöfR., n. F. 11, 261. Ehrlich, im VerwArch. 30, 299. Merk, Steuerschuldrecht, S. 157 f.

Register.

Die Zahlen bezeichnen die Seiten.

- A.**
Abgaben, öffentl. 419 f.
Abgabenpflichtigkeit 429 f.
Abdecker 52.
Abgeltungsverordnung 13, 227.
Ablösung 53.
Absinthverbot 290.
Actio negatoria 329.
actus legitimi 188.
Adjazentenbeiträge s. Anliegerbeiträge.
Administration s. Verwaltung.
Administrativjustiz s. Verwaltungsgerichtsbarkeit.
Administrativ-konten-töse Sachen 38.
Aenderung der Verhältnisse 202.
Aerztliche Haftung 282.
Akademie 331.
Allgemeine Ermächtigungsklausel 395.
Allgemeines preuß. Landrecht 388.
Allgemeinverbindlichkeit 130.
Alkoholmonopol 434.
Alte Rechtsame 52.
Alters- und Invalidenversicherung 107, s. auch Arbeiterversicherung.
Altersgrenze 301.
Amt 92.
Amtdelikte 287.
Amtsgebäude s. Dienstgebäude.
Amtshaftung s. Beamtenhaftpflicht.
Amtskautionen 59.
Amtskörperschaften, württembergische 99, 108.
Amtspflicht dem Dritten gegenüber 65, 276.
Amtspflichtverletzung 275 f.
Amtszwang 193.
Analoge Anwendung des Zivilrechts 255 f.
Analogie 56.
Anfechtbarkeit der Verfügungen 206 f.
Anfechtungsklage 262.
Angestellte s. Technische Beamte.
Angestelltenversicherung 107.
Anliegerbeiträge 370; s. a. Straßenanliegerbeiträge.
Anliegerpflichten 417.
Anliegerrecht 377.
Annulation s. Ungültigkeit.
Anschlußrecht 350.
Anschlußzwang 335.
Anspruchbegründende Staatsakte 180 f.
Ansprüche, öffentlich-rechtliche 176, 177 f.
Anstalten, öffentliche 106 f., 321 f.
Anstaltsbenutzung 335.
Anstaltsdisziplin 337.
Anstaltsgewalt 165, 337.
Anstaltsordnung 337.
Anstaltspolizei 226, 330.
Anstaltsräume 338.
Anstaltsverordnungen 66.
Anstellung 212.
Anwendung der Gesetze 91.
Anzeige 229.
Anpothekengerechtigkeit 411.
Approbation 207.
Arbeiterschutz 392.
Arbeiterversicherung 324.
Arbeitskraft 54.
Arbeitsordnung 157.
Armenunterstützung 116, 174.
Assessor 93.
Arzt 406.
Aufbewahrungsvertrag 339.
Aufgaben der Selbstverwaltungskörper, fakultative 108, und obligatorische.
Auflagen 187.
Aufrechnung gegenüber öffentlichen Abgaben 436.
Aufruhr s. Tumultgesetze.
„Aufsatzinstitut“ 331.
Aufschiebende Wirkung, Beschwerde 238; Verwaltungsstreitverfahren 262.
Aufsicht, staatliche; s. a. Staatsaufsicht, Ueberwachungsgewalt.
Aufsicht über konzedierte Anstalten 347.
Auftragsangelegenheiten 113.
Aufwandsentschädigung 179.
Aufwertung 56, 58.
Ausdehnungsrecht bei Expropriation 311.
Ausführungsverordnungen 62, 75.
Auskunfterteilung 221.
Auskunftspflicht 244, 416, 431.
Auslegung 91, 144, 261.
Ausnahmeverordnung 72.
Ausschlußrecht 347.

Aussicht auf Straße 376.
 Außerdienststellung einer
 öffentl. Sache 353,
 359.
 Auswärtige Verwaltung
 8.
 Automobile s. Kraftfahr-
 zeuge.
 Autonomie 78 f.

B.

Badeanstalt 340.
 Badekonzession 380.
 Baden, Verwaltungsger-
 richtsbarkeit 241.
 Bähr, Otto 240.
 Bahneinheit 350.
 Bahnhofwirtschaften 325.
 Bahnpolizei 331.
 Banderolen 434.
 Basel-Stadt
 Festungswerke 356;
 Verwaltungsgerichts-
 barkeit 241.
 Baudispens 137.
 Bauflichtlinien 369.
 Baugenehmigung s. Bau-
 konsens.
 Baukonsens 406.
 Baulastenbücher 148,
 156.
 Baulinien s. Bauflicht-
 linien 392.
 Bauplan s. Bebauungs-
 plan.
 Baupolizeiliche Bewill-
 gung s. Baukonsens.
 Baupolizeirecht 395.
 Bauverbote 171.
 Bayrisches Heimatrecht.
 Beamte 55, 92, 93 f., 167,
 275, 276 f., 283 f.; s.
 a. Anstellung, Be-
 amtenhaftpflicht, Be-
 rufsbeamte, Ehren-
 beamte, Selbstver-
 waltungsbeamte.
 Beamtenernennung, still-
 schweigende 190.
 Beamtengehalt 39.
 Beamtenhaftpflicht 275 f.
 Beamteninstruktionen
 61 f.
 Beamtenstaat 93 f.
 Bebauungsplan 370.
 Bedingungen 187 f., 409 f.
 Bedürfnis, öffentliches
 144.
 Bedürfnisnachweis bei

Schankkonzessionen
 145, 259.
 Beerdigung s. Begräbnis-
 plätze, Leichenbestat-
 tung.
 Befehlsgewalt s. Herr-
 schaft.
 Befreiung von öffent-
 lichen Pflichten 137 f.,
 187.
 Befristung 187.
 Beglaubigung einer Un-
 terschrift 278.
 Begräbnisplätze 362, 363;
 s. a. Simultange-
 brauch.
 Begründung der Verfü-
 gungen 191.
 Behörden als Beschwerde-
 führer 92.
 Beiladung 206.
 Beistandspflicht 19.
 Beiträge 427 f.
 Bekanntmachung s. Ver-
 kündigung.
 Benutzungsgebühren 425.
 Benutzungsordnung 326.
 Benutzungszwang 335.
 Bereicherungsanspruch
 180.
 Bergregal 341.
 Bergwerke 125.
 Bernsteinregal 341.
 Berufsbeamte 93 f., 98.
 Berufsgenossenschaften
 102.
 Berufung 262.
 Beschlußbehörden 252.
 Beschränkt-öffentliche
 Wege 375.
 Beschwerde 228 f., 230 f.
 Beschwerdefrist 233.
 Beschwerdeinstanzen 231.
 Beschwerdelegitima-
 tion s. Legitimation.
 Beschwerdeverfahren 233.
 Besitznachfolger 151.
 Besonderes Opfer 209.
 Besonderes Gewaltver-
 hältnis s. Gewaltver-
 hältnis.
 Bestätigung s. Genehmi-
 gung.
 — staatliche von Sat-
 zungen 81.
 — von Wahlen der Kom-
 munalbeamten 116.
 Bestimmtheit einer Ver-
 fügung 186.
 Betriebsunfall 144.

Betriebsverwaltungen
 122 f., 124 f., 323,
 326 f.
 Betrug 207.
 Beurkundungen 184.
 Bewässerungsanlage 373.
 Bezirksausschuß, preuß.
 253.
 Bezirksrat, badischer 253.
 Bibliotheken 321, 336.
 Bindung der Gerichte an
 Verwaltungsakte 22,
 23.
 Blankettstrafgesetze 78.
 Bordelle 406.
 Branntweinmonopol 344,
 434.
 Brücken s. öffentliche
 Wege.
 Bürgergemeinden 110,
 112, 293.
 Bürgerliche Rechtsstreit-
 igkeiten 13, 14, 15,
 27.
 Bürgernutzen 84, 109,
 175, 335.

C.

(siehe auch K und Z.)
 Clausula rebus sic stanti-
 bus 198.
 Concludente Handlungen
 190.
 Condictio indebiti 50, 58;
 s. a. Rückforderung.
 Conseil de préfecture 238.
 Conseil d'Etat 238.
 Contentieux administra-
 tif 238.
 Contrats administratifs
 46.

D.

Dawes-Gutachten 122,
 418.
 Defektenverfahren 184.
 Deichverbände 104.
 Delegation des Verord-
 nungsrechts 69 f., 72.
 Deliktsfähigkeit juristi-
 scher Personen 163.
 Demokratie 132.
 Derogatorische Kraft des
 Gewohnheitsrechts 85.
 Deutsche Reichsbahn
 122, 347.
 Deutsche Reichspost 123,
 127.
 Deutsche Rentenbank
 418.

- „Deutsches Verwaltungsrecht“ 61.
 Devolutiveffekt 238.
 Dezentralisation der Verwaltung 101 f.
 Diäten s. Aufwandsentschädigung.
 Dienstanweisungen 61 f.
 Dienstaufsicht 95 f.
 Dienstbarkeit s. Wegeservitut.
 Dienstbefehle 62, 63, 64.
 — rechtswidrige 96.
 Dienstgewalt 165.
 Dienstinstruktion s. Dienstbefehle.
 Dienstpflicht, öffentliche 93.
 Dingliche Rechte an öff. Sachen 358, 359.
 Dinglichkeit 152 f.
 Diplomatisches s. auswärtige Verwaltung.
 Direkte Steuern 423.
 Dispensation 137 f.
 Dispenschen 205, 206.
 Disziplinarentscheidungen 23.
 Disziplinalgewalt 167.
 Dokortitel, Entziehung 207.
 „Domaine public“ 357.
 Donauschiffahrt 125.
 Doppelbesteuerung 424.
 Duldungspflichten 333.
- E.**
- Ehehaften 53.
 Ehemann, öffentl. Pflichten.
 Ehrenamt 94, 242.
 Ehrenbeamte 94, 95, 98, 247.
 Eigentum an öffentl. Sachen 353.
 Eigentum
 Erhaltung in polizeigemäßigem Zustand 390.
 Eigentumsbeschränkungen, öffentlich-rechtlich 332 f.
 Eigentumsgarantie 292f., 316.
 Eigentumslosigkeit 355.
 „Eigentum und Freiheit“ 131.
 Eingemeindung 110.
 Eingriffe, gesetzgeberische 289.
- Eingriffe, polizeiliche 389.
 — privatrechtliche 291.
 — in Freiheit und Eigentum 131.
 — in Selbstverwaltung 120.
 — obrigkeitliche in das Vermögen 289 f.
 Einkommensteuer 422.
 Einquartierung s. Quartierlast.
 Einspruch 235 f.
 Eintreibung s. a. Zwangsbetreibung.
 — von öffentlich-rechtlichen Geldforderungen 227.
 Einwohnergemeinden 110, 111.
 Einziehung eines Weges 367 f.
 Eisenbahnen 329.
 Eisenbahnkonzession 348 f.
 Eisenbahnverkehrsordnung 349.
 Eisenbahnwesen 348.
 Elektrizitätsversorgung 125.
 Elektrizitätswerke 381.
 England 33, 36, 101.
 Entbureaukratisierung 121.
 Enteignung s. Expropriation.
 Entgelt s. Gebühr.
 Entschädigung s. a. Schadenersatz.
 Entschädigung, öffentlich-rechtliche 289 f.
 Entwässerungsanlagen 373.
 Enumerationsmethode 254.
 Erbbegräbnis 365.
 Erben als Rechtsnachfolger 154 f.
 Erfüllungsgehilfen 282.
 Erlaß s. Steuererlaß.
 Erlaubnis s. Polizeierlaubnis.
 Ermächtigungsgesetze 71, 145.
 Ermessen, freies 6, 31, 140, 141, 231, 257 f.; Mißbrauch 145, 146, 258; Ueberschreitung 258, 257.
 Ermessensfragen 145, 257.
- Ernennung s. Beamtenernennung.
 Ersatzvornahme 220 f.
 Ersitzung von Rechten an öffentlichen Sachen 358 f.
 Erstattungsanspruch 181.
 Ertragswirtschaftliche Unternehmungen 126, 326.
 Erweiterungen d. Rechtsweges 15, 230, 288.
 Erwerbslosenfürsorge 54.
 Erworbene Rechte s. wohlerworbene Rechte.
 Erziehung, religiöse 180.
 exceptio rei judicatae s. Rechtskraft.
 Exekution s. Verwaltungszwang.
 Exekutivstrafe s. Ungehorsamstrafe.
 Expropriation 213, 290, 299, 306, 308, 315.
- F.**
- Fabrikordnung s. Arbeitsordnung.
 Fahren 345, 379.
 Fäkalienabfuhr s. Polizeimonopole.
 Fälligkeit 432.
 Fehlerhafte Staatsakte 203 f.
 Feststellungsklagen 267.
 Festungswerke (Basel) 356.
 Feuerbestattung 112.
 Feuergefahr 226.
 Feuerlöschdienst 416.
 Feuerversicherung 107.
 Filme 406.
 Filmzensur 391, 407.
 Finanzämter 431.
 Finanzausgleich 102.
 Finanzdelikte 288.
 Finanzvermögen 352.
 Finanzverwaltung s. Fischerei 380.
 Fiskus 33, 38, 46, 47, 227, 279.
 Fiskustheorie 33, 34, 35, 38, 39.
 Flaggenrecht 161.
 Flößerei 372;
 Fluchtlinien s. Baufluchtlinien, Straßenfluchtlinien.

- Flüsse, öffentliche 371 f.;
 Bett 355, 372.
 Regulierung 290.
 Formalakte s. „actus le-
 gitimi“.
 Formaldelikte 216.
 Form der Verfügungen
 190, 204.
 Formelle Gesetze 67 f.
 Formmängel 204.
 Forstwesen 394.
 Frankreich 28, 36, 101,
 238.
 Freie Tätigkeit 7.
 Freies Ermessen s. Er-
 messen.
 Freiheit, persönliche 131.
 „Freiheit und Eigentum“
 131 f., 390.
 Freiheitsrechte 177, 387,
 389.
 Freiwillige Gerichtsbar-
 keit 15, 17.
 Freiwillige Uebernahme
 öffentlicher Pflichten
 168 f.
 Friedhöfe s. Begräbnis-
 plätze.
 Fristen s. Beschwerde-
 frist, Verjährungs-
 frist.
 Funkenwurf 294.
 Funktionen, staatliche
 9 f.
 Funkverkehr 344, 346.
 Fürsorgeerziehung 394.
 Fürsorgepflicht 111, 174.
 Fürsorgerecht 71.
 Fürsorgeverbände 102.
- G.**
- Gebietskörperschaften
 109 f.
 Gebühren 328, 425;
 Benutzungsgebühren
 425;
 Verwaltungsgebühren
 425.
 Gebundene Tätigkeit 7.
 Gefährdungen der öffent-
 lichen Ordnung 402.
 Gegenvorstellung 229.
 Gebrauchserlaubnis 379.
 Geheimer Rat Württem-
 bergs 237.
 Gehörbelästigungen 398.
 Gehorsamspflicht 95.
 Geldbeträge, „Eintrei-
 bung“ 221.
- Gemarkung 110.
 Gemeinden 99, 102, 109f.
 Gemeindeanstalten 123f.,
 321.
 Gemeindebeamte 115.
 Gemeindebürger 109,
 111.
 Gemeindedienste 417.
 Gemeindeglieder 418.
 Gemeindepolizei s. Orts-
 polizei.
 Gemeindegerechtigbarkeit
 113.
 Gemeindeverbände 102.
 Gemeindewahlen 102.
 Gemeindewerke 417.
 Gemeingebrauch 367,
 374 f.;
 gesteigerter 378 f.;
 Gemeingebrauchs-
 sachen 353, 366 f.;
 Schutz 376.
 Gemeinwirtschaft 128.
 Gemeine Lasten 415.
 Gemischte Rechtsver-
 hältnisse 39, 40.
 Gemischtwirtschaftliche
 Unternehmungen 124.
 Genehmigung s. Konzes-
 sion.
 Genehmigungsverfahren
 200.
 Genehmigung, staatliche,
 von Selbstverwal-
 tungsakten 118.
 Generalklausel in den
 Verwaltungsgesetz-
 gesetzen 254 f.
 Genossenschaften, öffent-
 liche 106.
 Gerichte, ordentliche 13,
 14, 275.
 Gerichtsbarkeit 12, 16.
 — freiwillige s. freiwil-
 lige Gerichtsbarkeit.
 Gerichtsgebrauch 87.
 Geruchsbelästigungen
 397 f.
 Gesamtnachfolge s.
 Rechtsnachfolge.
 Gesamtverhältnisse, öf-
 fentlich-rechtliche 48.
 Geschäftsfähigkeit, öf-
 fentlich-rechtliche
 192.
 Geschäftsführung ohne
 Auftrag 181.
 Geschlechtskrankheiten
 s. Zwangsheilung 166,
 223, 224, 395.
- Gesellschaft, öffentlich-
 rechtliche 106.
 Gesetz 67 f.
 Gesetzesform 17, 190.
 Gesetzgebung 4, 37.
 Gesetzgeberische Ein-
 griffe 289 f.
 Gesetzmäßige Verwal-
 tung 130 f.
 Gesetzvollziehungsan-
 spruch 172.
 Gestaltungsverfügungen
 186.
 Gewaltanwendung s.
 Zwang 222 f.
 Gewaltverhältnis, allge-
 meines 165.
 — besonderes 63, 165 f.
 Gewässer, öffentliche
 371 f.
 Gewerbe 325.
 Gewerbebetrieb 303, 305.
 Wohnheitsrecht 83 f.,
 299, 300, 305.
 Gletscher 355.
 Glockengeläute 330.
 Gneist, Rudolf 241, 242.
 Gräber 365.
 Grenzen der Polizeige-
 walt 400.
 Groß-Berlin 105.
 Grundbuchbeamte 282.
 Grundrechte 177 f.
 Grundverhältnis zwischen
 Staat und Bürger
 130 f.
 Grundwasser 372.
 Gutsbezirke 110.
- H.**
- Härteparagraph 138.
 Haft 225.
 Haftung der Beamten
 275.
 Haftung des Staats und
 der Gemeinde für ihre
 Beamten 279.
 — des Vereins für seine
 Organe 279.
 — der Anstalt 338.
 Halbbeamte 93.
 Handlungsunfähige s.
 Zwang.
 Hand- und Spanndienste
 418.
 Hansastädte 240.
 Heidelberger Schloß 70.
 Heilquellen 373; s. a.
 Quellenschutz.

Heilige Sachen 363, 364.
 Heilsarmee 146.
 Heilung fehlerhafter Verwaltungssakte 208.
 Heimatrecht 110.
 Heimatschutz 393; s. a. Verunstaltung.
 Heimfall (der Eisenbahnen) 351, 381.
 Heranziehung 430.
 Heroldsamt, preuß. 23.
 Herrschaft (imperium) 5, 41, 101.
 Herrschaft, zeitliche, der Rechtsätze 88 f.
 Hierarchie s. Subordination.
 Hilfsdienst, vaterländischer 414.
 Hinterlegungswesen s. Verwahrung 325.
 Höchstpersönliche Rechte 155.
 Hoheitliche Eingriffe 291.
 Hoheitsrechte 29; s. a. Herrschaft, obrigkeitliche.
 Hoheitsrechtliches Handeln 51.
 Hoheitsverwaltung 121.
 Hosenrock 402.
 Hutverbot 403.

I.

Immatrikulation 339.
 Imperium s. Herrschaft.
 Impfwang 223, 392.
 Indienststellung einer Sache 367.
 Indirekte Steuern 423.
 Individualrechte s. subjektive öffentliche Rechte.
 Individuelle Freiheitsrechte s. Freiheitsrechte.
 Industriebelastung 419.
 Industriekonzern, rechteigener 126.
 Inhalt der Rechtsverhältnisse 141 f., 156.
 Innere Verwaltung 8.
 Innungen 106.
 Insinuation (Eröffnung) 191.
 Instanzenzug, verwaltungsgerichtlicher 251 f.
 Interessenbefriedigungsanspruch 172 f.

Interesse, öffentliches 143, 144.
 Invalidenversicherung 107; s. a. Arbeiterversicherung.
 Irrtum der Behörde 204.
 Italien 240.
 ius eminens 30.

J.

Jagd 19, 341.
 Judicium finium regundorum 50, 52.
 Jura quaesita s. wohl-erworbene Rechte.
 Jura regalia s. a. Regalität.
 Juristische Personen des öffentl. Rechts 161 f.
 Jus polittiae (s. Polizei) 30, 386.
 Justiz 7, 16.
 „Justiznormen“ 37.
 Justizsachen 31 f.
 Justizschäden 297.
 „Justizstaat“ 240, 250.
 Justizverwaltung 16, 17.

K.

Kabeleinlegung 375.
 Kabinettsjustiz 9.
 Kabinettsordres 66.
 Kaffeewirtschaften 199.
 Kaliwirtschaft 422.
 Kameralwesen 386.
 Kanäle s. Gewässer.
 Kanzelmißbrauch 401.
 Kartellgericht 245, 247.
 Kassendefekte 288.
 Kataster s. Steuerkataster.
 Kinematographen 277.
 Kinos s. Lichtspiele, Film.
 Kirchenbaulast 55.
 Kirchengebäude 353.
 Kirchenglocken 353.
 Kirchensitz 365.
 Kirchensteuern 162, 415.
 Kirchenstuhlvorrechte 301, 365.
 Kirchliche Angelegenheiten, innere.
 Kirchliche Korporationen 316.
 Kirchwege 375.
 Klage im Streitverfahren 262.
 Kleinbahn s. Straßenbahnen.

Koalitionsfreiheit 403.
 Kollegialsystem 95.
 Kollision von Enteignungsrechten 310.
 Kommandogewalt 167.
 Kommissar des öffentlichen Interesses 265.
 Kommissär, staatlicher 118.
 Kommunalbeamte 114.
 Kommunale Betriebe 123.
 Kommunalverbände 102, 108, 111 f.
 Kommunionsdeichung s. Deichverbände.
 Kompetenz der Behörden 203; s. a. Zuständigkeit, Zivilgerichte.
 Kompetenzgerichtshöfe 25, 26.
 Kompetenzkonflikte 23, 24, 25, 26, 263.
 „Konflikt“ bei Beamtenverfolgung 286, 287.
 Konkubinat 397.
 Konkurs
 gegen Gemeinden 359.
 Konkursverwalter 160.
 Kontrahierungszwang 327, 349.
 Kontrolle s. Staatsaufsicht.
 Kontrolldirnen 166; s. a. Prostitution.
 Konversion fehlerhafter Staatsakte 208.
 Konzessionen 380, 382; s. a. Verleihung, Polizei-erlaubnis.
 Konzessionsverträge 380.
 Körordnungen 394.
 Korporationen, öffentlich-rechtliche 105.
 Kraftfahrzeuge 406.
 Kraftomnibus 375.
 Krankenhaus, öffentliches 322.
 Krankenkassen 102; s. a. Arbeiterversicherung.
 Kreise, badische 112.
 Krematorium 112.
 Kreuzberg-Denkmal 392.
 Krieg 8.
 Kriegervereine 166.
 Kriegsschäden 297.
 Kriegsschiffe 362.
 Kriminalstrafe s. Strafe.

Kühlraumgebühr 427.
Kultuspolizei 401.
Kundmachung der Verfügungen 191; s. a. Veröffentlichung.
Kurtaxe 429.

L.

Laien 94, 98.
Lärm 398.
Landesherrliche Hoheitsrechte 29.
Landgemeinden 109.
Lasten, öffentliche 152, 414 f.
— gemeine 415.
Verbandslasten 419.
Vorzuglasten 412.
Legalitätsprinzip 140.
Legitimation zur Beschwerde (Klage) 232, 265.
Lehrer 114.
Leichenbestattung, öffentliche s. Polizeimonopole.
Leistung an Zahlungsstatt 149.
Lex Adickes 312.
Lichtspiele s. a. Kinetograph 391, 398.
Lokalverwaltung 101, Lotsen 93.
Lotterieregal 434.
Lücken in Gesetzen 53 f.
Luftfahrt 127, 406.
Luftsäule 375.
Luftverkehr 344.

M.

Machtsprüche 9.
Mängel der Verfügungen s. Ungültigkeit.
Marken s. Quittungskarten.
Markgemeinden 109.
Mayer, Otto 44.
Meeresboden 355.
Meeresstrand 140, 375, 380.
Mehrleistungen der Arbeiterversicherung 108.
Meinungsäußerung, freie 165, 178.
Menschen- und Bürgerrechte 34, 387.

Methoden, verwaltungsrechtliche 42.
Militär
Anstaltspolizei 330;
Militäranwärter 65;
Schießübungen 226;
Waffengebrauch 217;
s. a. Kapitulanten.
Mieterschutz 59.
Mittelbare Reichs- und Staatsbeamte 114.
Monopole 341 f., 343 f., 434.
Monopolverwaltungen 344.
Montesquieu 10.
Münzregal 343.

N.

Nachlaß s. Erben.
Nachträgliche Auflagen 412.
Nachtruhe 398, 402.
Nahrungsmittel 394.
Naturaldienste 414 f.
Naturalisation 208.
Naturalleistungspflichten 414 f.
Natrecht 387.
Nebenbestimmungen bei Verfügungen 187.
Nebenintervention 266.
ne bis in idem 219.
Neckarkanalisation 125.
Negativer Kompetenzkonflikt 26.
negotiorum gestio 50.
ne procedat iudex ex officio.
Nichtbeamte 189.
Nichtigkeit der Verfügungen 203 f.
Nichtigkeitsbeschwerde 231.
Nicht-Rückwirkung 88.
Nicht-Störungspflicht 391.
Nötige Anstalten 404.
Notlagen, polizeiliche 225.
Nothilfe, polizeiliche 416.
Notstände, polizeiliche 294, 333.
Notverordnungen 68, 75.
Notweg 369.
nulla poena sine lege 76, 77.
Nutzungsrechte, bürgerliche 109.

O.

Objektsteuern 422.
Obrigkeitliche Handlungen s. a. Herrschaft.
Objektives Recht 172 f.
Schutz des objektiven Rechts.
Oblastenbuch 156, 170.
Obrigkeitliche Handlungen 279.
Observanz 85 f.; s. a. Gewohnheitsrecht.
Ordnungsnormen 297.
Oeffentliche Abgaben 419 f.
Oeffentliche Anstalten 321.
Oeffentliche Flüsse 355, 371.
Oeffentliche Gewalt 281f., 292.
— Hand 124 f.
— Lasten 414 f.
— Ordnung 297, 400.
— Wege 366 f.
— Sachen 351 f.
— Sicherheit 397.
— Verwaltung 5.
Oeffentliches Eigentum 354 f.
— Interesse 310, 314.
— Recht 29, 36, 41, 47, 48, 49, 53, 59, 297.
— Unternehmen 321 f.
Oeffentlichkeit der Gewässer 371.
— der Straße 367.
— der Wege 367.
Oeffentlich-rechtliche Entschädigung s. Entschädigung.
— Eigentumsbeschränkungen 332 f.
Oertliche Kompetenz s. Kompetenz, Zuständigkeit.
Oesterreichischer Verwaltungsgereichtshof.
Ofenklappenverbot.
Opfer, besonderes 299, 302.
Opportunitätsprinzip 141.
Orchestrion 277.
Ordentliche Gerichte s. Gerichte.
„Ordnungsstrafe“ 163; s. a. Ungehorsamsstrafe.
Organe einer juristischen Person 96; s. a. juristische Person.

- Organisationsformen, neue 120 f.
 Organisationsvorschriften 63.
 Organisationsverordnungen 63.
 Ortsbaupläne 370; s. a. Bebauungsplan.
 Ortsgesetze s. Ortsstatuten.
 Ortspolizei 99, 103, 113, 115.
 Ortsstatuten 79, 119.
 Ortsstraßen 399; s. a. Straße.
 Ortsüblichkeit 399.
- P.**
- Parlament 98.
 Parlamentarismus 11, 103, 122.
 Parteien im Verwaltungsstreitverfahren 264.
 Parteistreitigkeiten des öffentlichen Rechts 265.
 Patent 329.
 Patentrecht 293.
 Patentanspruch.
 Patentschutz 177.
 Patentverletzung.
 Patrimonialstaat 29.
 Pauschalerklärung 171.
 Pfändung von Eisenbahnbetriebsmitteln 350.
 Pfanddeichung s. Deichwesen.
 Pflichten, öffentliche 164 f.
 Pflichtexemplare 333.
 Placet, Placetum regium 190.
 Plätze, öffentliche 366.
 Polen-Enteignungsgesetz 314.
 Politische Rechte 177.
 „Politische Selbstverwaltung“ 95.
 Politisierung der Verwaltung 98.
 Polizei 30, 134, 386; s. a. Anstaltspolizei.
 Polizeigemäßer Zustand 396.
 Polizeidelikte 288.
 Polizeierlaubnis 405.
 Polizeikosten 115.
 Polizeimonopole 342, 343.
 Polizeipflege 388.
- Polizeisachen 31, 34, 387.
 Polizeistaat 30, 31, 386.
 Polizeistrafe 14.
 Polizeistrafgesetzbücher 69, 77.
 Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt 405.
 Polizeiverfügung 390.
 Polizeiverordnung 76 f.
 Popularklagen 257, 266, 267.
 Positiver Kompetenzkonflikt 25.
 Post 328, 344.
 Pouvoir discrétionnaire s. Ermessen.
 Präzipuallasten 418, 427.
 Präventive Mittel 391, 405, 407.
 „Präventivpolizei“ 403.
 Preßfreiheit 391.
 Preßpolizei 391.
 Privatanschlußbahnen 348.
 Privatbahnen s. a. Konzessionen 382.
 Privatgewässer 372.
 Privatleben 400—401.
 Privatpostanstalten 296.
 Privatrechte, Entziehung 289 f.
 Privatrechtliche Handlungen der Beamten 279 f.
 Privatrechtliche Regelung 147 f.
 Privatrechtliche Streitigkeiten s. Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten.
 Privatrechtstitel 33, 35, 211.
 Privatschlächtereien 412.
 Privatschulen 345, 346.
 Privatwohnung 400, 401.
 Privileg s. Steuerprivileg. privilegia de non appellando 32.
 — fisci 46.
 Privilegien 136.
 Prostitution 166.
 Provinzen, preußische 99.
 Prüfung der Zuständigkeit s. a. Rechtsmäßigkeit, Vorfragen, Zweckmäßigkeit.
 Prüfungsrecht der Beamten gegenüber Dienstbefehlen 96.
 — des Richters gegenüber Verwaltungsak-
- ten 68, 74, 75, 81, 132, 276.
 Prüfungsrecht, richterliches, gegenüber Gesetzen 68.
 Publikation s. Veröffentlichung.
 „Publikum“ 398.
- Q.**
- Quartierlast 416.
 Quellen des Verwaltungsrechts s. Rechtsquellen.
 Quellenschutz 373, 374.
 Quieta non movere 199.
 Quittungskarten 428.
- R.**
- Radio-Telegraphie s. Funkverkehr.
 Räumliche Herrschaft der Gesetze 90 f.
 Rayonservituten 334.
 Realgewerberechte 52.
 Realrecht, publizistisches 153.
 Recht auf Gewerbebetrieb 410.
 Rechtsbeschwerde 262.
 Rechtsfragen 258, 260.
 Rechtssetzung 4, 17.
 Rechtsgeschäfte, öffentliche 182 f.
 Rechtsgeschäfte, zweiseitige 192.
 Rechtsgleichheit 134 f.
 Rechtsirrtum 277.
 Rechtskraft der Verfügungen 194 f.
 — der verwaltungsgerichtlichen Urteile 271 f.
 — formelle 195.
 — materielle 196 f.
 Rechtsmittel im Verwaltungsstreitverfahren 262.
 Rechtsnachfolge 154 f., 171.
 Rechtspflege 11.
 Rechtsprechung 4, 12.
 Rechtsquellen 67 f.
 Rechtsschutz 228 f.
 Rechtsschutzanspruch 177.
 Rechtsstaat 241.
 Rechtsstreitigkeiten s. bürgerliche Rechtsstreitigkeiten.

- Rechtstitel 50.
 Rechtsverhältnisse, öffentliche 48, 49, 50, 53, 55, 57, 148.
 Rechtsverkehrssteuern 422.
 Rechtsverletzung 253 f., 260.
 Rechtsverordnungen 69f.
 Rechtsverweigerung 263.
 Rechtsvorschriften 61.
 Rechtsweg 12, 15, 24, 25, 27, 284, 316.
 — in Expropriationssachen 316.
 Reflexrechte 172.
 reformatio in pejus 235, 268.
 Reformation 30.
 Regalität 52, 341.
 Regale 30.
 Regalflüsse 379.
 Regierung 4, 5, 31.
 Regreßansprüche gegen Beamte 280.
 Reichsabgabenordnung 44, 421.
 Reichsbahn s. Deutsche Reichsbahn.
 Reichsbeamte s. a. mittelbare Reichsbeamte.
 Reichsbehörden 121.
 Reichsgericht 16, 27.
 Reichsfinanzhof 245.
 Reichshaftung 281.
 Reichshilfen 127.
 Reichshofrat 29.
 Reichskammergericht 29, 32, 35.
 Reichspost s. Deutsche Reichspost.
 Reichsversicherungsanstalt für Angestellte.
 Reichsversicherungsordnung s. Arbeiterversicherung.
 Reichsverwaltungsgericht 244, 246.
 Reichswehr 168, 212, 283.
 Reichswirtschaftsgericht 245, 247.
 Reinigung öffentlicher Wege 370.
 Rekurs s. Beschwerde.
 Remonstration 229.
 Repressive Mittel 391.
 Republik-Schutzgesetz 247.
 res judicata s. Rechtskraft.
 Repressive Mittel 391.
 Ressort-Reglement 9.
 Revisible Normen 64.
 revision in jure 27, 261.
 Revision 65.
 Rezesse 83, 210.
 Richterliche Gewalt 14 f.
 Richterliche Unabhängigkeit 11, 16, 17, 96.
 Richtungen der polizeilichen Tätigkeit 585 f.
 Rodelbahn 283.
 Römisches Recht 36.
 Rückerwerb enteigneten Guts 311.
 Rückforderung, öffentlich-rechtliche 180, 181, 437.
 Rückgriffsrecht des Gemeinwesens 280, 284.
 „Rückkauf“ der Eisenbahnen 350 f., 381, 383
 Rücknahme einer Verfügung 207, s. Anfechtbarkeit; s. a. Rechtskraft.
 Rückständige Beiträge 156.
 Rückwirkung 88 f.
 S.
 Sachen im Gemeingebrauch 366 f.; s. a. öffentliche Sachen.
 Satzung 78 f., 119; s. a. Autonomie.
 Schadenersatz s. a. Entschädigung.
 Schadenersatzklage 40.
 Schankkonzession 162, 170, 405, 411.
 Schächtverbot 90, 401.
 Schauspielunternehmer 407; s. a. Theaterzensur.
 Schießvereine 166.
 Schiffbarkeit der Flüsse 372.
 Schiffsabgaben 429.
 Schlachthauszwang 291, 412.
 Schlepptomopol 344, 435.
 Schmutz- und Schundschriften 199, 395.
 Schranken der Polizeigewalt 400 f.
 Schriftform 190.
 Schuldexekution s. Zwangsvollstreckung.
 Schulen, öffentliche 345;
 Schuldisziplin 165;
 Schulpflicht 165.
 Schutz der Rechte s. Rechtsschutz.
 Schutz gegen sich selbst 400.
 Schutzstreifen 294.
 Schutzvorrichtungen 158.
 Schweiz 241.
 Seen s. Gewässer.
 Selbständige Anstalten 322; s. a. Anstalten, öffentliche.
 Selbstgesetzgebung 115; s. a. Autonomie.
 Selbstregierung 103.
 Selbstverwaltung 99 f.; Selbstverwaltungsangelegenheiten 112 f.; Bezirke, Selbstverwaltung, wirtschaftliche 128 f.
 Sicherheitspolizei 297 f.
 Sicherungsmittel für öffentliche Abgaben 435.
 Simultangebrauch 364.
 Singularsukzession s. Rechtsnachfolge, Sondernachfolge.
 Sistierung s. a. Verhaftung, Verwahrung.
 Sittenpolizei 409; s. a. Prostitution, Bordelle.
 Sofortiger Zwang 224.
 Soldaten, Haftung für 283.
 Sondernachfolge 155; s. a. Rechtsnachfolge.
 Sondernutzungsrechte 365 f., 379 f.
 Sonderverwaltungsgerichte 253.
 Sonntagsruhe 174.
 Sozialisierung 121, 128.
 Sozialversicherung 51, 54, 107.
 Sparkassen, öffentliche 123, 125.
 Speiseeis 331.
 Spezialgemeinden 125.
 Spezialisierung d. Rechtsvorschriften 396.
 Spezialverwaltungsgerichte 253.
 Staatsangehörigkeit s. Entlassungsurkunde.
 Staatsanwaltschaft 265.
 Staatsaufsicht 116 f.
 Staatsbeamte 114; s. a.

Beamte, mittelbare Staatsbeamte.
 Staatsbetriebe s. Betriebsverwaltung.
 Staatseisenbahnen s. Deutsche Reichsbahn.
 Staatshaftung 279 f.
 Staatsnotrecht s. Notstand, polizeilicher.
 Staatsverwaltung 92 f.
 Staatswissenschaftliche Methode 43.
 stationes fisci 46, 47.
 Statuten s. a. Autonomie.
 Städteordnung, Steinsche 100.
 Stellvertretung 160 f.
 Stempelabgaben 433.
 Steuerrecht 54.
 Steuern 421.
 Steuerabzug 432.
 Steuerüberwälzung 423.
 Steuerbemessungsgrundlage 431.
 Steuergerechtigkeit 422.
 Steuerdomizil 424.
 Doppelbesteuerung 424.
 Erlaß 137.
 Fälligkeit 429 f.
 Objekt 422.
 Steuerquelle 423.
 Steuerregister 431.
 Steuersubjekt 422.
 Steuerträger 423.
 Steuerveranlagung 430.
 Steuerverträge 212.
 Steuerzeichen 434; s. a. Kirchensteuern, Rückforderung.
 Stiftungen 107.
 Stillschweigende Willenserklärung 190.
 Störer 403, 404.
 Störungen der öffentlichen Ordnung 402.
 Strafen 215; s. a. Ungehorsamsstrafe.
 Strafgefängnisse 340.
 Strafsachen 14.
 Strafverfügungen 14.
 Strandkorb 140.
 Straßen, öffentliche 366.
 Straßenanlieger 377; s. a. Anliegerbeiträge.
 Straßenbahnen 382; s. a. Trambahnen.

Straßenbahnkonzessionen 382 f.
 Straßenbenutzungsverträge.
 Straßenfluchtlinien 369.
 Straßenregal 367.
 Straßenverlegung 303, 304, 377, 378.
 Streikrecht 168.
 Streupflicht s. Bestreungspflicht.
 Stundung 136, 137.
 Subdelegation des Verwaltungsrechts 71.
 Subjekte der verwaltungsrechtlichen Verhältnisse 149 f.
 Subjektive öffentliche Rechte 58, 172, 176, 256, 381, 410.
 Subjektsteuern 422.
 Subordination 95 f.
 Subventionen, staatliche 127.
 Suspensiveffekt s. aufschiebende Wirkung.
 Süßstoff 434.

T.

Tabakarbeiter (Entschädigung) 296.
 Täuschung 208.
 Tarifvertrag 71, 83, 185.
 Teilweise Beamte 282.
 Teilenteignung 311.
 Telegraphie 328, 344.
 Telegraphenanstalt 282; Beamte 65; Konzession 346.
 Telefon 346.
 Theaterunternehmen 59.
 Theaterzensur 391, 403, 407.
 Tocqueville 35.
 „Totenwege“ 375.
 Trambahnen 347, 348, 382; s. a. Straßenbahnen.
 Träger der öffentlichen Verwaltung 92 f.
 Trennung der Gewalten 9, 10, 11, 12, 18, 34.
 Treu und Glauben 56, 200.
 Trinkwasserquellen 373; s. a. Wasserversorgung.
 Trottoirbeiträge s. Anliegerbeiträge.

Trottoirreinigung 158, 159.
 Tumultgesetze 298.

U.

Uebergangsrecht 133.
 Uebertragener Wirkungskreis s. Gemeinden, Wirkungskreis.
 Uebertretungen 14, 77; s. a. Finanzdelikte, Polizeidelikte.
 Ueberwachungsgewalt 165; s. a. Gewaltverhältnis.
 Ufereigentümer 373.
 Umbildung zivilrechtlicher Institute 39 f.
 Umlagen s. Steuern.
 „Umkost“ 418.
 Umliegung von Grundstücken 312.
 Umsatzsteuer s. Besitzänderungsabgabe.
 Unabänderlichkeit von Verfügungen 200 f.
 Unbestimmtheit der Verfügungen 186.
 Unentgeltlichkeit des Unterrichts 426.
 Unfallrenten s. Arbeiterversicherung.
 Ungehörtsstrafe 332.
 Ungehorsamsstrafe (Exekutivstrafe) 163, 218f.
 Ungenehmigtes Bauen 223.
 Ungenehmigter Gewerbebetrieb 223.
 Ungeschriebene Rechte 56.
 Ungültigkeit der Verfügungen 203 f.
 Ungültigkeit von Verträgen 209 f.
 Universalsukzession s. Rechtsnachfolge.
 Unmittelbarer Zwang 221.
 Unschuldiger Verhaftete und Verurteilte 297.
 Unselbständige Anstalt s. a. Anstalten.
 Unterhaltspflicht 373; s. a. Gewässer, Straßen.
 Unternehmungen s. a. Verleihungen.
 Unternehmungen, gewerbliche 325.

- Unterstützungswohnsitz 111.
 Untersuchungsmaxime 262 f.
 Untertanenpflichten, allgemeine 165.
 Unüberprüfbares Ermessen 257 f.
 Unwiderrufliche Verwaltungsakte 200, 202.
 Unzuständigkeit der Beamten 203.
 Unzweckmäßigkeit 145.
 Urteile, verwaltungsgerichtliche 269 f.
 V.
 Veranlagung 430; s. a. Steuern.
 Veranstaltungen 428.
 Verantwortlichkeit der Beamten s. Beamtenhaftpflicht.
 Verband, öffentlich-rechtlicher 104.
 Verbandslasten 419.
 Verbotsgesetze 19, 205.
 Vereinbarung 82, 210; s. a. Verträge.
 Vereine, politische 259.
 Vereinigung von Gemeinden s. Gemeinden, Eingemeindung.
 Vereinsfreiheit 391, 396.
 Verfahrensmängel 204.
 Verfassung 3, 132.
 Verfassungsgerichtsbarkeit 246.
 Verfassungsmäßig berufener Vertreter 279.
 Verfassungsmäßige Rechte 246.
 Verfassungsrecht 35, 37.
 Verfassungsstaat 35, 37.
 Verfolgungsermächtigung s. Vorentscheidung.
 Verfügungen 135, 136, 183 f.; s. a. Abänderung, Rechtskraft, Rücknahme, Unabänderlichkeit, Ungültigkeit, Widerruf.
 Vergleich 274.
 Vergütungszinsen 432.
 Vergütungssteuer 261.
 Verhältnismäßigkeit des polizeilichen Eingriffs 405.
 Verhütung strafbarer Handlungen 397.
 Verjährung 58, 437.
 Verkehrsunternehmungen (Konzession) 343.
 Verkehrswege 344.
 Verkündigung s. Kundmachung; Veröffentlichung.
 Verleihung öffentlicher Unternehmungen 341; s. a. Konzession.
 Vermögensbeschädigungen 289 f.
 Vergesellschaftung 121.
 Vergleiche 212, 213, 274.
 Verheirathungsklausel 187.
 Verhütung strafbarer Handlungen 225.
 Vermögen 148.
 Vermögensverwaltung 354.
 Veröffentlichung der Verordnungen 73.
 Verordnungen 69 f.; s. a. Polizeiverordnungen, Prüfungsrecht, Rechtsverordnungen, Verwaltungsverordnungen.
 Verschleppung 263.
 Verschmelzung s. Vereinigung.
 Verschulden 216.
 Versicherte s. Arbeiterversicherung.
 Versicherungsanstalten 107.
 Versicherungsmonopol 294.
 Versicherungszwang 335.
 Versorgungsbetriebe 326, 327.
 Verstaatlichung s. a. Rückkauf.
 Vertrag 50, 58.
 Verträge
 Expropriationsverträge 314; über religiöse Kindererziehung 180; öffentlich-rechtliche 193 f., 209 f.; privatrechtliche 147; mit Steuerpflichtigen 209 f.; s. a. Straßenbenutzungsverträge, Vereinbarung.
 Vertreter des öffentlichen Interesses 257.
 Verunstaltung 393.
 Verwahrung einer Person 225.
 — öffentliche 338 f.
 Verwaltung 3, 4, 5, 8, 17.
 — gesetzmäßige 6, 130f., 247.
 Verwaltungsakte 183 f.
 — zweiseitige 194 f.
 Verwaltungsbeamte s. Beamte.
 Verwaltungsbeschwerde s. Beschwerde.
 Verwaltungsermessen s. Ermessen.
 Verwaltungsexekution s. Verwaltungszwang.
 Verwaltungsgebühren 425.
 Verwaltungsgerichte 36, 38, 40, 248 f.
 Verwaltungsgerichtsbarkeit 236 f., 248.
 Verwaltungsjustiz 239.
 Verwaltungslehre 42, 43.
 Verwaltungsorganisation 97 f.
 Verwaltungsprovisorien 287 f.
 Verwaltungsrecht 41, 45, 60, 61.
 Verwaltungsrechtspflege 238, 239.
 Verwaltungsrechtsprechung s. Verwaltungsgerichtsbarkeit.
 Verwaltungsrechtsräte 264.
 „Verwaltungsrechtssachen“ (Bayern) 256.
 Verwaltungsrechtswissenschaft 43.
 Verwaltungsstrafrecht 216.
 Verwaltungsstreitsachen s. Verwaltungsgerichtsbarkeit.
 Verwaltungsvermögen 353, 359, 361 f.
 Verwaltungsverordnungen 61, 62, 72, 75.
 Verwaltungsverträge s. Verträge 209.
 Verwaltungsvorschriften 61, 62, 63, 73.
 Verwaltungsweg 15.
 Verwaltungszwang 214 f.
 Verwaltungszweige 8.
 Verzicht 137, 178 f.
 Verzugszinsen 432, 438.
 Völkerrecht 8.
 Volksschulen 345.
 Volksstaat 93, 345.
 Vollstreckung.

Vollstreckung von verwaltungsgerichtlichen Urteilen 274.
 — von Verfügungen 214 f.
 Vollstreckungsstrafe s. Ungehorsamsstrafe.
 Vollziehende Gewalt 7.
 Vollziehung 4, 5.
 Vollziehungsverfügungen 186.
 Vorausleistungen s. Wegevorausleistungen 371.
 Voraussetzungen, unerlässliche 204.
 „Vorbehalt des Gesetzes“ 72, 131, 132.
 Vorbehalt des Widerrufs 202.
 Vorbeugende Mittel 391.
 „Vorentscheidung“ 284f.
 Vorfälle 20, 21, 22, 263, 285.
 Vorführung, zwangsweise 223.
 „Vorrang des Gesetzes“ 68, 74.
 Vorrechte 136.
 Vorsitzender von Kollegialbehörden als Berufungskläger 253.
 Vorteilsausgleichung, öffentlich-rechtliche 313.
 Vorteile, besondere 295, 376.
 Vorzensur s. Zensur.
 Vorzugslasten 417.

W.

Warenhaussteuer 422.
 Waffengebrauch, administrativer 225.
 Waffenschein 406.
 Wahlrecht 179.
 Warnungstafeln 371.
 Wassergenossenschaften 373.
 Wassergesetze 371.
 Wasserrechtsbücher 379.
 Wasserversorgung, Kommunale s. Versorgungsbetriebe.
 Wasserwelle 372.
 Wege, öffentliche 366; s. a. Straßen.
 Wegeareal 353, 359.
 Wegebauast 370.
 Wegeeinziehung 367.
 Wegekonzession 344.
 Wegepolizei 371.

Wegerecht, öffentl. 368.
 Wegeservitut, öffentlich-rechtliche 368.
 Wegeunterhalt 370.
 Wegevorausleistungen 370, 371.
 Wehrbeitrag 421.
 Weibliche Beamte 93.
 — Bedienung 409.
 Widerruf 198 f.; s. a. Rechtskraft-Rücknahme 413, 414.
 Widerrufsvorbehalt s. Vorbehalt.
 Widmung zum öffentlichen Gebrauch 354, 367.
 Wirkungskreis öffentlicher Körperschaften 108.
 — eigener 112; übertragener 113.
 Wirtschaftliche Verwaltung s. Betriebsverwaltung.
 „Wirtschaftspatent“ 411; s. a. Schankkonzession.
 Wirtschaftsrecht 42; s. a. Realgewerberecht, Schankkonzession.
 Wohlerworbene Rechte 32, 34, 35, 40, 52, 53, 55, 88, 201, 365.
 Wohlfahrtspolizei 103, 392 f.
 Wohnsitz s. Steuern, Unterstützungswohnsitz.
 Wohnungsmangel 103, 113, 173.

Z.

(siehe auch C)

Zeitliche Herrschaft der Rechtssätze 88 f.
 Zahlungsstatt, Leistung an 149.
 Zensur 391.
 Zeugnisse, Rückgabe 339.
 Zeugnispflicht s. Auskunftspflicht 416.
 Zinsen 437; s. a. Verzugszinsen.
 Zivilgerichte s. Rechtsweg, bürgerl. Rechtsstreitigkeiten.
 Zivilgerichte als Verwaltungsgerichte 287.
 Zivilgerichtsbarkeit 14 f.

Zivilrechtliche Folgen 19.
 — Mittel 46.
 Zivilrechtsstreitigkeiten s. bürgerliche Rechtsstreitigkeiten.
 Zölle 435.
 Zollschuppen 338.
 Zonenexpropriation 311.
 Zündhölzer 434.
 Zuschüsse, staatliche 103.
 Zuständigkeit 8, 24, 189, 203.
 — der Straogerichte gegenüber der Verwaltung 287.
 — der Verwaltungsgerichte 256 f.
 — der Zivilgerichte gegenüber der Verwaltung 275; s. a. Kompetenz.
 Zustimmung des Betroffenen 192 f.
 Zwangs.sofortiger Zwang 224 f.; unmittelbarer Zwang 221 f.
 — gegen Handlungsunfähigkeit 160; gegen juristische Personen 161 f.
 — gegen den Staat 226.
 Zwangsleihe 420.
 Zwangsbefugnisse bei Flußbenutzung 373.
 Zwangsbeitreibungsverfahren 221.
 Zwangseinschreibung (Zwangsetatisierung) 118.
 Zwangsentziehung s. Expropriation.
 Zwangserziehung s. Fürsorgeerziehung.
 Zwangsheilung 223.
 Zwangsmittel 216 f.
 Zwangsstrafe s. Ungehorsamsstrafe.
 Zwangsvollstreckung 216 f.; s. a. Verwaltungszwang.
 Zwangswirtschaft 128.
 Zwang zur Benutzung 335.
 Zweckmäßigkeit, Prüfung der 117, 233, 259.
 Zweckverbände 102, 105, 106.
 Zweckverbandsgesetz 105.
 Zweiseitige Verwaltungsakte 194 f.