TUREGG

Lehrbuch des Verwaltungsrechts

Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft

Zwanzigster Band

BERLIN 1950

Walter de Gruyter & Co.

vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung · J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung · Georg Reimer · Karl J. Trübner · Veit & Comp.

Lehrbuch des Verwaltungsrechts

von

Kurt Egon von Turegg

BERLIN 1950

Walter de Gruyter & Co.

vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung · J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung · Georg Reimer · Karl J. Trübner · Veit & Comp.

Archiv-Nr. 23 05 50 / 20

Gesamtherstellung: Sam. Lucas GmbH., Wuppertal-Elberfeld

VORWORT

Durch das Wiederaufleben der Verwaltungsgerichtsbarkeit, das für weite Gebiete unseres deutschen Vaterlandes mit der Einführung der Generalklausel verknüpft ist, erlangt das Verwaltungsrecht für die Allgemeinheit eine bisher nicht gekannte Bedeutung. Diese Entwicklung richtet sich nicht g e g e n etwas, nicht gegen das Zivilrecht und seinen Herrschaftsbereich, sondern sie arbeitet f ü r etwas, nämlich für das Volk. Gerade weil das Verwaltungsrecht nun oft in justiziellem Gewand erscheint, verschwindet der Gegensatz zwischen Zivilrecht und Verwaltungsrecht zugunsten einer organischen Verbindung beider Rechtsgebiete. Wer heute als Lernender mehr mit öffentlichem Recht befaßt wird, als das in der Vergangenheit geschah, fasse die Gewichtsverlagerung nicht als zusätzlichen schweren Ballast auf, sondern als Abrundung seines allgemeinen juristischen Wissens. Die Kenntnisse in dem einen Rechtszweig kommen notwendigerweise dem anderen Rechtszweig zugute.

So ist es das eine Hauptanliegen dieses Lehrbuches, dem Verwaltungsrecht das Odium der Separatwissenschaft zu nehmen und bei jeder nur möglichen Gelegenheit auf den Zusammenhang mit der gesamten übrigen Rechtsordnung hinzuweisen.

Das zweite Anliegen ist die Werbung für eine andere Synthese, derjenigen zwischen Praxis und Wissenschaft. Was die Wissenschaft denkt, ohne die Praxis zu berücksichtigen, ist für die Beteiligten uninteressant. Was die Praxis tut, ohne die Erkenntnisse der Wissenschaft zu berücksichtigen, ist für die Beteiligten gefährlich, denn solche Entscheidungen sind nicht hieb- und stichfest und haben notwendigerweise nur ein kurzes Leben. Allein die gemeinschaftliche Arbeit beider ist zweckvoll.

Die Schrift erscheint in einem Augenblick, da auf verwaltungsrechtlichem Gebiet noch alles in Fluß ist oder wieder in Fluß geraten ist. Viele Gegenstände werden daher nur dargestellt, ohne daß es möglich oder zweckvoll wäre, eine allgemein gültige Lösung zu geben. Das gilt für die allgemeinen Lehren sowohl für die einzelnen Verwaltungszweige. Für sie insbesondere tritt die nie zu umgehende Schwierigkeit der Auswahl

hinzu. Denn die gründliche Schilderung eines jeden Zweiges verlangt Jahre intensiver Arbeit, und die Kürzung auf den Rahmen eines Lehrbuches benötigt fast die gleiche Zeit. So will die hier versuchte Darstellung nur eine beispielhafte Auswahl geben, die insbesondere dem Lernenden zeigt, welch großes Gebiet im Verwaltungsrecht noch außerhalb der allgemeinen Lehren vorhanden ist, aber auch, wie sehr die einzelnen Verwaltungszweige trotz vieler Sonderregelungen in jenen ruhen.

Die Darstellung folgt nicht immer der bisher herrschenden Lehre, wenngleich sie sie stets kennzeichnet. Denn eine neue Zeit — und jede Zeit ist neu, auch wenn man sie nicht als die schönste aller aufgehenden Tage begrüßt — verlangt eine ihr entsprechende Betrachtungsweise. Was früher war, paßt heute oft nicht mehr, und es wäre unehrlich, das zu verheimlichen. Für neue Erkenntnisse kann im Rahmen eines Lehrbuches besser geworben werden als in einem kleinen Leitfaden. Doch muß die Untermauerung mancher in großen Zügen mitgeteilter Gedanken notwendigerweise künftigen Einzeldarstellungen vorbehalten bleiben.

Hoffentlich ist es mir gelungen, wenigstens in etwa das erstrebte Ziel zu erreichen und vor allem dem Lernenden eine Ahnung von der Wichtigkeit eines gegenwartsgemäßen Verwaltungsrechts zu geben. Dem Verlag möchte ich an dieser Stelle Dank sagen für die Geduld, mit der er während des Druckes durch die rasante Entwicklung notwendig gewordene Ergänzungen und Abänderungen anzubringen erlaubte. So vermag die Schrift im Augenblick ihres Erscheinens in den meisten Punkten den neuesten Stand der Entwicklung zu berücksichtigen.

Köln, im Juli 1950.

DR. JUR. HABIL. FRHR. V. TUREGG
OBERVERWALTUNGSGERICHTSRAT
Beigeordneter a. D.
Lehrbeauftragter an der Universität Köln

Einige technische Hinweise

Die Schrifttumsverzeichnisse befinden sich am Ende eines jeden Kapitels. Sie enthalten im wesentlichen die seit 1931 erschienenen Schriften mit Ausnahme der unverwertbaren Darstellungen aus der Zeit zwischen 1933 und 1945. Wegen des älteren Schrifttums kann auf die nahezu lückenlosen Angaben in dem Verwaltungsrechtslehrbuch von Walter Jellinek verwiesen werden. Nicht in den Schrifttumsverzeichnissen zitiert, wenngleich im Text in erkennbarer Weise verwertet, sind die Veröffentlichungen in den verwaltungsrechtlichen Fachzeitschriften „Die öffentliche Verwaltung" und „Deutsches Verwaltungsblatt", früher „Deutsche Verwaltung".

Von einem besonderen Verzeichnis der Abkürzungen wurde abgesehen, weil die üblichen, allgemein bekannten, insbesondere vom Deutschen Juristentag empfohlenen Abkürzungen verwandt sind.

INHALT

Vorwort V
Inhalt VII
Allgemeine Arbeitsunterlagen XVII
Lehrbücher XVII
Schriftenreihen XVIII
Entscheidungssammlungen IXX
Gesetzessammlungen IXX
Nachschlagewerke IXX
Zeitschriften XX

I. Teil

Allgemeine Lehren

1. Abschnitt: GRUNDLAGEN

1. Kapitel: **Begriff der Verwaltung**

1. Verfassung und Verwaltung 2
2. Regierung und Verwaltung 5
3. Grundlage der Begriffsbildung 5
4. Entwicklung des Begriffs 6
a) Antike 6
b) Älterer Justizstaat 8
c) Absoluter Staat 11
d) Rechtsstaat 13
e) Neuer Justizstaat 21
f) Moderne Staatsformen ohne Gewaltenteilung 22
5. Negative Abgrenzung 22
6. Mittel der Verwaltung 23

2. Kapitel: **Verwaltung als Staatsfunktion**

1. Grundlagen 26
2. Gesetzgebung und Verwaltung 27
3. Rechtsprechung und Verwaltung 28
   a) Unterscheidung 28
   b) Verwaltungssachen vor ordentlichen Gerichten 31
   c) Verwaltungssachen vor Verwaltungsbehörden 37
4. Folgen der Trennung von Verwaltung und Rechtsprechung . . 37
   a) Fehlende Befehlsbefugnisse 37
   b) Gegenseitige Anerkennung 38
   c) Unabhängigkeit 40
5. Wirtschaftslenkung und Verwaltung 41

3. Kapitel: **Verwaltungsarten**

1. Hoheitliche Verwaltung 45
2. Nichthoheitliche Verwaltung 47
3. Fiskalische Verwaltung 47
   a) Geschichte 47
   b) Rechtsbegriff des Fiskus 48
   c) Tätigkeit des Fiskus 49
   d) Rechtliche Richtlinien 49
   e) Amtsbefugnisse und Haftung 51
   f) Abgrenzung 53
4. Freie und gebundene Verwaltung 53
5. Ermessen 54
   a) Begriff 54
   b) Abgrenzung 55
   c) Bedeutung der Abgrenzung 56
   d) Unrichtig angewandtes Ermessen 57
   e) Vorwand 59

4. Kapitel: **Verwaltungsrecht**

1. Begriff des öffentlichen Rechts 61
   a) Zweiseitig bindende Kraft 61
   b) Öffentliches Recht und Privatrecht 62
   c) Abgrenzung 62
   d) Fortbestand des Unterschiedes 64
2. Begriffsbestimmung 65
3. Einteilung 65

4. Arten der Verwaltungsvorschriften 66
a) Geltungsbereich 66
b) Personen 67
c) Tatbestand 68
d) Geltungskraft 68
e) Inhalt 68
5. Verwaltungsrecht als öffentliches Recht 69
6. Verwaltungsrecht und Privatrecht 71
a) Grundlage 71
b) Reichsrecht und Landesrecht 71
c) Mögliche Lösungen 71
7. Vorfragen 76
a) Grundregeln 76
b) Hauptfragen 76
c) Vorfragen insbesondere 78
d) Nachfragen (Zulässigkeit des Rechtswegs) 82
8. Vorfragen im Strafprozeß 84
9. Privatrechtliche Vorfragen im Verwaltungsverfahren 84
10. Kompetenzkonflikt 85
a) Befugnis der Gerichte 85
b) Arten 85
c) Zuständigkeitsgerichtshöfe 86

5. Kapitel: **Quellen des Verwaltungsrechts**

1. Begriff der Rechtsquelle 88
a) Ursprung der Rechtssätze 88
b) Äußere Erscheinungsform 90
c) Entstehungsursache eines Rechtssatzes 90
2. Arten der Rechtsquellen 91
3. Gesetze 91
4. Gewohnheitsrecht 97
5. Normative Kraft des Faktischen 99
6. Allgemeine Rechtsgrundsätze 100
7. Rechtsverordnungen 101
8. Autonome Satzungen 108
9. Sonstige Quellen mit abgeleiteter Rechtssatzwirkung 110

2. Abschnitt: MATERIELLES VERWALTUNGSRECHT

6. Kapitel: **Subjekte des Verwaltungsrechts**

1. Personen im Verwaltungsrecht 113
a) Rechtserhebliche Tatsachen 113
b) Menschliche Handlungen 115

2. Subjekte des Privatrechts im Verwaltungsrecht 122
a) Natürliche Personen 122
b) Juristische Personen 126
3. Der Staat 128
4. Öffentlichrechtliche Körperschaften 128
5. Gebietskörperschaften 130
6. Personenkörperschaften (Genossenschaften) 131
7. Stiftungen des öffentlichen Rechts 133
8. Anstalten des öffentlichen Rechts 133
9. Juristische Person des öffentlichen Rechts im Privatrecht . . 139

7. Kapitel: **Verwaltungsakte**

1. Begriff 141
a) Willenserklärung 144
b) Hoheitliche Gewalt 144
c) Weisung an den Staatsbürger 144
d) Gesetzliche Grundlage 146
e) Zwangsgewalt 147
2. Verordnungen 148
3. Verfügungen 151
4. Grenze zwischen Verordnung und Verfügung 153
5. Zustandekommen des Verwaltungsaktes 154
6. Kraft der Verwaltungsakte 155
a) Überprüfbare und unüberprüfbare Verwaltungsakte 155
b) Einseitige und zweiseitige Verwaltungsakte 157
7. Einteilung der Verwaltungsakte 159
a) Form 160
b) Inhalt 160
8. Gültigkeit und Ungültigkeit der Verwaltungsakte 162
a) Gültige Verwaltungsakte 162
b) Ungültige Verwaltungsakte 162
9. Erfüllung 179
10. Konversion (Umdeutung) 181

8. Kapitel: **Subjektiv-öffentliche Rechte**

1. Begriff 184
2. Bestand 185
3. Träger 189
4. Adressaten 190
5. Arten 191
a) Herrschaftsrechte 191
b) Gestaltungsrechte 195
c) Freiheitsrechte 196
6. Entstehung und Ende 199

9. Kapitel: **Öffentliche Sachen**

1. Begriff 201
2. Arten 202
3. Recht der öffentlichen Sachen 203
   a) Ausschließlich öffentliches Recht 203
   b) Öffentliches Recht und Privatrecht 205
4. Verwaltungsvermögen insbesondere 206
   a) Bestand 206
   b) Benutzung 207
   c) Sondernutzungsrechte 207
   d) Zweckbindung 208
5. Sachen im Gemeingebrauch 208
   a) Wesen 208
   b) Begründung 208
   c) Entwidmung 210
   d) Zweckbestimmung 211
   e) Umfang 211
   f) Benutzungsarten einschl. Leistungspflichten und Wohnraumwirtschaft 212
6. Einziehung 223
7. Enteignung 223
   a) Begriff 223
   b) Rechtsnatur der Enteignung und Entschädigung 227
   c) Entwicklung 228
   d) Verfahren 231
8. Aufopferung 232

3. Abschnitt: VERFAHREN

10. Kapitel: **Beschwerde**

1. Rechtsbehelfe im allgemeinen 236
2. Vorstellung 238
3. Einspruch 239
4. Dienstaufsichtsbeschwerde 239
5. Förmliche Beschwerde 241
6. Rechtsbeschwerde 244

11. Kapitel: **Verwaltungsgerichtsbarkeit**

1. Entstehung 246
2. Ausbau 247
3. Sachliche Zuständigkeit 253
   a) Kontrolle der Rechtsmäßigkeit 253
   b) Kontrolle der Zweckmäßigkeit 256

4. Klagearten 259
5. Parteien und Beteiligte 262
6. Umfang der Klagemöglichkeit 264
a) Anfechtungsklagen 264
b) Statussachen 267
c) Parteistreitigkeiten 267
7. Verfahrensform 267
8. Entscheidung 271
9. Rechtsbehelfe 273

12. Kapitel: **Beschlußverfahren**

1. Begriff 275
2. Beschlußbehörden 276
3. Verfahren 277
4. Sachliche Zuständigkeit 280

13. Kapitel: **Verwaltungszwang**

1. Begriff 281
2. Zwangsvollziehung (Zwangsvollstreckung) 281
a) Vollstreckung wegen öffentlich-rechtlicher Geldforderungen . 282
b) Ersatzvornahme 283
c) Zwangsstrafen 284
3. Gewaltanwendung 288
4. Ordnungsstrafverfahren 290
5. Verwaltungsstrafverfahren 293
6. Verwaltungszwang ohne vorheriges Erkenntnisverfahren 294
7. Vollstreckung verwaltungsgerichtlicher Titel 296

4. Abschnitt: ORGANISATION

14. Kapitel: **Organisation der Staatsverwaltung**

1. Behörden 297
2. Zentralisierte und dezentralisierte Verwaltung 299
3. Berufsamt, Wahlamt und Ehrenamt 300
4. Bedeutung der Staatsform 301
5. Zentralbehörden 302
a) Weimarer Republik 302
b) Nationalsozialistische Herrschaft 304
c) Nach 1945 308

6. Landesbehörden 316
a) Preußen 317
b) Neue Länder auf dem Gebiet der britischen Zone 322
c) Neue Länder auf dem Gebiet der russischen Zone 323
d) Neue Länder auf ehemals preußischem Gebiet der amerikanischen Zone 324
e) Bayern 324
f) Württemberg und Baden 325
g) Nordwürttemberg-Baden 325
h) Neue Länder der französischen Zone 326
i) Städte 326

15. Kapitel: **Organisation der Selbstverwaltung**

1. Begriff 327
2. Arten 327
a) Selbstverwaltung im tatsächlich politischen Sinn 327
b) Wirtschaftliche Selbstverwaltung 328
c) Kommunale Selbstverwaltung 328
3. Geschichte der kommunalen Selbstverwaltung 329
4. Rechtsgrundlagen 335
5. Gemeindeverfassungen 338
a) Gemeinde- oder Stadtratverfassung 339
b) Bürgermeisterverfassung 339
c) Magistratsverfassung 340
6. Organisationsformen der Gemeindeverbände 341
7. Staatsaufsicht 343

II. Teil

Einzelne Verwaltungszweige

16. Kapitel: **Polizeirecht**

1. Begriff 346
a) Vorstaatlicher Polizeibegriff 346
b) Entwicklung 346
c) Klassischer Polizeibegriff 349
2. Abgrenzung der Polizei von anderen Staatstätigkeiten 350
3. Allgemeine Grenzen polizeilicher Tätigkeit 352

4. Voraussetzungen polizeilicher Tätigkeit 353
a) Gesetzlicher Rahmen 353
b) Pflichtgemäßes Ermessen 353
c) Gefahr 358
d) Bevorstehende Gefahr 359
e) Gefahr und Belästigung 359
f) Öffentliches Interesse 360
g) Öffentliche Ruhe, Sicherheit und Ordnung 361
5. Arten der Polizei 362
a) Vorbeugende Polizei und Polizei der Strafrechtspflege . . . 362
b) Sicherheits- und Verwaltungspolizei 362
c) Orts- und Landespolizei 363
d) Gemeindepolizei und staatliche Polizei 364
6. Mittel der Polizei 365
a) Polizeibefehl 366
b) Polizeierlaubnis 372
c) Polizeizwang 375
7. Ausübung der Polizeigewalt in Deutschland 376
a) Norddeutsch-preußische Lösung 376
b) Süddeutsche Lösung 379
c) Gegenwärtige Lösung in den Ländern der amerikanischen Zone 381
d) Gegenwärtige Lösung in der britischen Zone 382
e) Gegenwärtige Lösung in der französischen Zone 387
f) Gegenwärtige Lage in der russischen Zone 388
8. Sicherheitspolizei 388
a) Begriff 388
b) Organisation 389
c) Mittel 390
9. Kriminalpolizei 391
a) Organisation 391
b) Mittel 393
10. Verwaltungspolizei 394
a) Entwicklung 394
b) Begriff 395
c) Organisation 395
d) Mittel 396
e) Einige Verwaltungspolizeiarten 397

17. Kapitel: **Berufsrecht**
1. Bedeutung des Berufs 411
2. Entwicklung des Berufsrechts 412
a) Verwaltungsrecht und Wirtschaftsrecht 412
b) Ursprung der Gewerbefreiheit 412
c) Gewerbefreiheit 414
d) Zurückdrängung der Gewerbefreiheit 415

3. Wirtschaftsrecht, Berufspolizeirecht, Organisationsrecht 422
4. Verwaltungsrechtlich bedeutsame Berufsgruppen 423
a) Verschiedene Gewerbebegriffe 423
b) Drei Berufsgruppen 424
5. Berufspolizei 426
a) Gewerbliche Wirtschaft 426
b) Urproduktion 449
c) Freie Berufe 450
6. Berufsorganisation 453
a) Gewerbliche Wirtschaft 453
b) Urproduktion 459
c) Freie Berufe 460

18. Kapitel: **Öffentliches Dienstrecht**

1. Grundlagen 464
2. Arten des Begriffs 467
a) Beamte im staatsrechtlichen Sinn 467
b) Beamte im Sinne der Haftungsbestimmungen 468
c) Beamte im Sinne des Strafrechts 468
3. Gesetzliche Grundlagen 469
4. Begründung des Beamtenverhältnisses 470
5. Voraussetzung der Anstellung 472
6. Anstellungsbehörde 473
7. Dauer des Anstellungsverhältnisses 474
8. Nicht wesentliche Merkmale des Beamtenverhältnisses 476
9. Arten der Beamten 477
a) Dienstherren 477
b) Dienstverpflichtete 480
10. Bestand des Beamtenverhältnisses 481
a) Änderungen im Staatsaufbau 481
b) Änderungsmaßnahmen 481
c) Entnazisierungsverfahren 484
d) Feststellung des Dienstherrn 485
11. Pflichten des Beamten 486
a) Persönliche Pflichten 486
b) Amtspflichten 488
12. Rechte des Beamten 490
a) Persönliche Rechte 490
b) Vermögensrechte 495

13. Wartestand 498
14. Beendigung des Beamtenverhältnisses 499
a) Ausscheiden 499
b) Entlassung 500
c) Eintritt in den Ruhestand 501
15. Zivilrechtliche Verantwortlichkeit 502
a) Amtshaftung 502
b) Verfahren 503
16. Dienststrafrecht 504
a) Gesetzliche Grundlage 504
b) Begriff 505
c) Wesen 505
d) Besonderheiten 506
e) Verfahren 506
f) Dienststrafen 507
17. Behördenangestellte 508
a) Rechtsgrundlage 508
b) Nachteile der Einrichtung 509
c) Notwendige Neuregelung 509
18. Behördenarbeiter 509

19. Kapitel: **Fürsorgerecht**

1. Begriff der Fürsorge 511
2. Arten der Fürsorge 511
3. Rechtsgrundlagen der allgemeinen Fürsorge 516
4. Gegenstand der Fürsorge im engeren Sinn 516
a) Allgemeine Armenfürsorge 516
b) Kriegsbeschädigte und Kriegsversehrte nebst Hinterbliebenen 517
c) Kleinrentner 517
d) Schwerbeschädigte und Schwererwerbsbeschränkte 518
5. Rechtsgrundlagen der Hilfsbedürftigkeit 519
6. Art der Hilfeleistung 519
7. Träger der Fürsorgepflicht 520
8. Vorläufige Fürsorge 521
9. Erstattung und Ausgleich 521
10. Endgültige Fürsorgepflicht 522

Sachverzeichnis 526

ALLGEMEINE ARBEITSUNTERLAGEN

Lehrbücher des Verwaltungsrechts

Fleiner, Fritz, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. Tübingen 1928 (8. Aufl.).

Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts. I. Bd. Allgemeiner Teil. München—Berlin 1950.

Giese, Friedrich-Neuwiem, Erhard-Cahn, Ernst, Deutsches Verwaltungsrecht. Berlin—Wien 1930.

Giese, Friedrich, Allgemeines Verwaltungsrecht. Tübingen 1948.

Hatschek, Julius, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. Leipzig 1931 (7. und 8. Aufl., herausgegeben von Paul Kurtzig).

Herrnritt, Rudolf Hermann, Österreichisches Verwaltungsrecht. Tübingen 1925

Holling, Werner, Verwaltung und Verwaltungsrecht. Berlin 1947.

Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht. Berlin 1931, unveränderter Neudruck 1948.

Jerusalem, Franz, Grundriß des Verwaltungsrechts. Frankfurt a. M. 1947.

Köhler, Ludwig v., Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts. Stuttgart—Berlin 1935

Koellreutter, Otto, Der Aufbau des deutschen Führerstaates. In: Die Verwaltungsakademie, Band 1, Gruppe 2, Beitrag 19.

Köttgen, Arnold, Deutsche Verwaltung. Mannheim, Berlin, Leipzig 1942 (3. Aufl.).

Maunz, Theodor, Verwaltung. Hamburg 1937.

Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht. München—Leipzig 1924 (3. Aufl.).

Merkl, Adolf, Allgemeines Verwaltungsrecht. Wien—Berlin 1927.

Meyer, Georg-Dochow, Franz, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. München—Leipzig 1913—1915.

Nebinger, Robert, Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil. Stuttgart 1946.

Peters, Hans, Lehrbuch der Verwaltung. Berlin—Göttingen—Heidelberg 1949.

Piloty, R.-Schneider, Franz, Grundriß des Verwaltungsrechts in Bayern und dem Deutschen Reich. Leipzig 1930 (4. und 5. Aufl.).

Schoen, Deutsches Verwaltungsrecht. In: Kohlers Enzyklopädie. 1914 (7. Aufl.).

Turegg, Kurt-Egon v., Verwaltung. Berlin 1949 (Leitfaden).

Schriftenreihen

Grundriß des Verwaltungsrechts. Herausgegeben von L. Ambrosius, Verlag L. Schwann, Düsseldorf 1948 ff.

Das Besoldungsrecht der Beamten. Bearbeitet von L. Ambrosius.

Das Ortsklassenverzeichnis. Bearbeitet von H. J. Wirth.

Das Versorgungsrecht. Bearbeitet von L. Ambrosius.

Das Reisekostenrecht der Beamten. Bearbeitet von L. Ambrosius.

Das Umzugskostenrecht einschl. Trennungsentschädigung usw. Bearbeitet von L. Köhnen.

Die Wohnraumbewirtschaftung. Bearbeitet von E. Dundalek—H. zur Nieden.

Das Tarifrecht der Angestellten im öffentlichen Dienst (TO.A.). Bearbeitet von L. Ambrosius.

Das Tarifrecht der Lohnempfänger im öffentlichen Dienst (TO.B.). Bearbeitet von L. Köhnen.

Beihilfen, Unterstützungen und Vorschüsse. Bearbeitet von L. Köhnen.

Der Verwaltungsbeamte. Herausgegeben von Dr. jur A. Rehkopp, Dr. jur. F. Gollasch, Verw.-Dipl.-Ing. G. Kubsch, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen.

Geplante oder erschienene Grundrisse über: Verwaltungskunde, Gemeindeverfassung und Gemeindeverwaltung, Beamten- und Arbeitsrecht, Polizei und öffentliche Ordnung. Schul- und Kulturwesen.

Der Verwaltungsdienst. Herausgegeben von Regierungsdirektor L. Hamann und Stadtdirektor K. Jellinghaus. Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart und Köln.

Band 1: Kassen-, Rechnungs- und Prüfungswesen.

Band 2: Gemeindliches Haushaltsrecht.

Band 3: Öffentliche Fürsorge.

Band 4: Allgemeine Staatslehre.

Band 5: Deutsche Sozialversicherung.

Band 6: Kommunale Verwaltungspraxis.

Band 7: Verwaltungsrecht.

Band 8: Gemeinderecht.

Band 9: Grundgesetz der Bundesrepublik.

Band 10: Steuerrecht.

Band 11: Die Aufgaben der öffentlichen Ordnungsämter.

Band 12: Beamten- und Tarifrecht.

Band 13: Schulrecht.

Band 14: Finanzwissenschaft.

Band 15: Die Statistik der Verwaltungspraxis.

Band 16: Bürokunde.

Die Verwaltungsschule. Neckar-Verlag Herbert Holtzhauer GmbH., Schwenningen a. N.

Geplante oder erschienene Grundrisse über allgemeine Verwaltungskunde, Organisationskunde, einzelne Zweige des Verwaltungsrechts.

Neue verwaltungsgerichtliche Entscheidungssammlungen

Jahrbuch der Entscheidungen des thüringischen Oberverwaltungsgerichts. Jahrgang 1946/47 ff.

Entscheidungen des Landesverwaltungsgerichts Schleswig (Beilagen zum Amtsblatt für Schleswig-Holstein).

Entscheidungen des hessischen Verwaltungsgerichtshofs (In: Staatsanzeiger für das Land Hessen).

Entscheidungen des nord-württemberg-badischen Verwaltungsgerichtshofs (In: Staatsanzeiger für das Land Nord-Württemberg-Baden).

Sammlung von Entscheidungen des bayrischen Verwaltungsgerichtshofs. München, Neue Folge ab 1949.

Entscheidungen des Obersten Finanzgerichtshofs München (In: Amtsblatt des württemberg-badischen Finanzministeriums Stuttgart).

Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte von Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein, Münster, ab 1950.

erwaltungsrechtsprechung in Deutschland. Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht. Herausgegeben von Dr. Wilhelm Bauer und Georg Ziegler. München—Berlin 1948 ff.

Deutsche Rechtsprechung. Bleckede a. d. Elbe 1949 ff.

Gesetzessammlungen

Brauchitsch, M. v., Verwaltungsgesetze für Preußen. Neu herausgegeben von Bill Drews und Gerhard Lassar. Berlin 1927 ff.

Bleyer, Sammlung bayrischer Justiz- und Verwaltungsgesetze. München 1914.

Bühler O., Verwaltungsgesetze des Reichs und Preußens. Berlin und Leipzig 1931.

Sartorius, Karl, Sammmlung von Reichsgesetzen staats- und verwaltungsrechtlichen Inhalts. München 1927.

— Verfassungs- und Verwaltungsgesetze. München—Berlin 1950 ff.

Stier-Somlo-Köttgen, Sammlung preußischer Gesetze staats- und verwaltungsrechtlichen Inhalts. München 1932.

Weber, Werner, Verwaltungsgesetze. München—Berlin 1948.

Der Neuaufbau in Deutschlands Wirtschaft und Verwaltung in den einzelnen Besatzungszonen (Loseblattsammlung). 3 Bände, Minden 1947 ff.

Nachschlagewerke

v. Bitter, Handwörterbuch der preußischen Verwaltung. 1928 (3. Aufl.).

Blattei, Handbuch Nr. 17 Verwaltungsrecht. Herausgegeben im Forkel-Verlag. Stuttgart 1946 ff.

Graf Hue de Grais-Peters, Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und im Reich. 1931 (25. Aufl.).

Gärtner-Löser-Schneider, Handwörterbuch der Verwaltungspraxis, 1930.

Mosel, Handwörterbuch des Verwaltungsrechts. Leipzig 1938 (14. Aufl.)

v. Stengel-Fleischmann, Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 1914 (2. Aufl.).

Zeitschriften

Archiv des öffentlichen Rechts. Tübingen.

Zeitschrift für öffentliches Recht. Wien.

Deutsches Verwaltungblatt (früher: Deutsche Verwaltung). Zeitschrift für Verwaltungsrecht. Hamburg.

Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik. Stuttgart und Hagen i. W.

Justiz und Verwaltung. Hamburg

Der öffentliche Dienst. Stuttgart und Köln.

Bis 1945:

Annalen des deutschen Rechts.

Reichsverwaltungsblatt, früher: Preußisches Verwaltungsblatt.

Staats- und Selbstverwaltung.

Auch die allgemeinen rechtswissenschaftlichen Zeitschriften bringen laufend verwaltungsrechtliche Beiträge.

I. Teil

Allgemeine Lehren

1. Abschnitt

GRUNDLAGEN

Erstes Kapitel

Begriff der Verwaltung

1. Verfassung und Verwaltung

Der Mensch unterscheidet sich vom Tier dadurch, daß er nach bestimmten Plänen handelt. Instinkt und undurchdachte Reaktionen mögen auch bei ihm eine Rolle spielen. Aber alle Handlungen von einiger Bedeutung werden vorher durchdacht, und der durch die Handlung eintretende Erfolg oder Mißerfolg wird wenigstens in groben Zügen erwartet, erhofft oder befürchtet. Wenn die Geistesarbeit des Entschlusses oder Beschlusses beendet ist, wird er in der Wirklichkeit durchgeführt, wobei es dann von der Stärke und Geschicklichkeit des Durchführenden und von den äußeren Umständen abhängt, welches Ergebnis die Durchführung hat, ob die Wirklichkeit dem im Entschluß enthaltenden Zukunftsbild entspricht oder nicht.

Genau wie der Einzelmensch verhalten sich menschliche Gemeinschaften. Auch sie werden zu einer solchen im Unterschied zu tierischen Horden erst dann, wenn sie fähig sind, als Gemeinschaft bestimmte Entschlüsse oder Beschlüsse zu fassen. Diese Beschlüsse müssen, wenn die Gemeinschaft nach außen in Erscheinung treten will, in der Wirklichkeit durchgeführt werden. Wiederholt sich der Vorgang, so entsteht ein sinnvoller Aufbau der Handlungen der Gemeinschaft. Sie lebt ein menschlich vernünftiges Leben wie der Einzelmensch.

Um ein solches Leben führen zu können, bedarf der Einzelmensch eines geordneten Körpers, der ihm sowohl die Entschlußfassung als auch die Durchführung des Entschlusses ermöglicht. Genau so bedarf die Gemeinschaft einer bestimmten Ordnung, die dafür sorgt, daß sie einen Willen bilden und vollziehen kann und ferner, daß die Stellung der Gemeinschaft zu ihren Mitgliedern und Beziehungen der Mitglieder untereinander geregelt werden.

Eine der wichtigsten menschlichen Gemeinschaften ist der Staat. Auch er muß einen Willen bilden und muß, um nach außen in Erscheinung zu treten, diesen Willen in die Tat umsetzen, in der Wirklichkeit vollziehen.

Die Willensbildung kann voller Dynamik, voller Unruhe sein. Man denke an parlamentarische Kämpfe oder auch an blutige Bürgerkriege, wenn darum gestritten wird, welche Haltung der Staat nach innen und außen einnehmen soll. Wenn diese Kämpfe abgeschlossen und zu einem Ergebnis gekommen sind, steht das Ergebnis als etwas Festes, jedem Sichtbares und von allen zu Schauendes da. Die Beschlüsse sind das ruhende, statische Element des Staates. Welchen technischen Namen man den Beschlüssen gibt, ist gleichgültig. Man hat sich seit langem daran gewöhnt, sie in zwei Gruppen zu teilen: die Verfassung und die einfachen Gesetze.

Verfassung ist ein besonders feierlicher und auf lange Sicht gefaßter Beschluß, gleich dem Vorsatz eines Menschen, der für sein ferneres Leben bestimmte Grundsätze aufstellt. Sie wird im allgemeinen als eine rechtliche Ordnung angesehen, die das Verhältnis der obersten Staatsstellen untereinander, die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Staatsbürger und die Staatsfunktionen regelt[1]).

Einfache Gesetze geben die Richtlinien für einzelne Lebenserscheinungen. Sie können leichter umgestoßen werden als die von vornherein für ein weiteres zukünftiges Leben gedachte Verfassung. Wir sind nun allen menschlichen Beschlüssen gegenüber skeptisch geworden, nachdem wir in den letzten Jahrzehnten soviel feierlich proklamierte Verfassungen aus äußeren oder auch aus inneren Gründen haben zusammenbrechen sehen.

Der Gesetzespositivismus entspricht daher heute nicht mehr den Bedürfnissen der Zeit. Er erlebte seine Blüte in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts[2]). Schon um die Jahrhundertwende zeigte sich hiergegen eine immer kräftiger werdende Opposition, das Freirecht, aus den verschiedensten Quellen stammend und zu den verschiedensten Ergebnissen gelangend. Eines der wichtigsten, wenn auch nicht einheitlich erarbeiteten Ergebnisse war eine weitgehende Entthronung des Gesetzes, das vielfach nur als ein beson-

[1]) Vgl. Georg Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 337 ff. Fruchtbar für den Begriff der Verfassung war die Kontroverse des Positivismus mit der Wiener Schule; vgl. Felix Somlo, S. 309, und Kelsen, Allg. Staatslehre, S. 249; Roß, Theorie der Rechtsquellen, S. 350. — Aristoteles, Politik IV, 1 meint: „Die Verfassung ist jene Ordnung für die Staaten, die sich auf die Magistraturen bezieht, die Art ihrer Verteilung regelt und bestimmt, welches der herrschende Faktor im Staat und welches das Ziel der jeweiligen politischen Gemeinschaft ist; die Gesetze aber sind es, die, gesondert von jenen Verfassungsbestimmungen, die Norm abgeben, nach der die Regierenden regieren und den Übertretern wehren sollen."

[2]) Die ältere Literatur ist weitgehend berücksichtigt, z. B. bei Verdroß, Das Problem des freien Ermessens und die Freirechtsbewegung; Kornfeld, Allg. Rechtslehre und Jurisprudenz.

ders hervorgehobenes Muster auf den Hintergrund des nicht positiven Rechtsbegriffs hervortritt. Hinzu kommen politisch bedingte Bedenken gegen Bestand und Wirkung der jeweilig in Kraft befindlichen Gesetze. Diese Bedenken sind notwendigerweise in politisch unruhigen Zeiten besonders stark. Trotzdem aber sind Verfassung und Gesetze, solange sie bestehen, das statische Rückgrad des Staates.

Die Verwirklichung der Entschlüsse, ihre Durchsetzung oder Durchführung in der Wirklichkeit ist Verwaltung im allgemeinsten und weitesten Sinne. Diese Tätigkeit ist von der Entschlußfassung grundsätzlich verschieden. Denn jeder Entschluß zeigt erst in der Wirklichkeit, was er bedeutet. Die am grünen Tisch gefaßten Gedanken können, sobald sie Wirklichkeit werden, aus sich heraus zu Folgen führen, an die niemand gedacht hat. Hinzu treten die äußeren Einflüsse. Auch sie sind im voraus nicht alle abzusehen, aber sie sind geeignet, die Entschlüsse ganz gründlich zu verändern. Da wäre es sinnwidrig, falsch und geradezu unmenschlich, den einmal theoretisch konzipierten Weg starr weiterzugehen. Vielmehr ist ein ständiges Lavieren notwendig, ein ständiges Bestreben, die durch Verfassung und Gesetze geschaffene Grundlage in die zweckmäßigste und nützlichste Form zu bringen. So ist Verwaltung voller Dynamik. Sie ist die „handelnde Staatsgewalt"[1]).

Der Vergleich des Verhältnisses zwischen anordnendem Wollen und vollziehender Tat mit Gesetzgebung und Verwaltung ist nur ein Gleichnis und stellt nicht etwa eine Lösung der komplizierten Beziehungen der beiden Staatstätigkeiten dar. Das hat bereits Aristoteles als einer der ersten, der sich in für uns sichtbarer Weise mit diesen Fragen beschäftigte, festgestellt. Die Betrachtung von weit über hundert Verfassungen, die für seine Staatslehre die Grundlage bildeten, veranlaßten ihn, vor jeder schablonenmäßigen Abgrenzung zu warnen[2]).

Die handelnde Staatsgewalt nun wieder kann sich in drei verschiedenen Funktionen äußern. Entweder sie wendet im voraus möglichst genau gestaltete Regeln auf einzelne Tatbestände in im voraus möglichst genau festgelegten Formen an. Hierbei handelt es sich häufig um Korrekturen in der Vergangenheit begangener Fehler einzelner Personen. Das ist vorwiegend die Aufgabe der Rechtsprechung. Oder aber die handelnde Staatsgewalt faßt jeden beliebigen Tatbestand an, um ihn nach dem Ideal der Gesetze zu formen und sie tut es mit allen geistigen, technischen und ökonomischen

1) Fleiner, Institutionen, S. 120.

2) Politik IV, 14. 1297 b ff.

Mitteln, die die Gesetze nicht verbieten. Hierbei ist die Einhaltung bestimmter Formen häufig nicht möglich oder unzweckmäßig. Oder schließlich die handelnde Staatsgewalt beschäftigt sich mit der Gestaltung der wirtschaftlichen Beziehungen der im Staat lebenden Personen. Das alles ist in groben Zügen die Tätigkeit der Rechtsprechung, der öffentlichen Verwaltung und der Wirtschaftslenkung.

Verwaltung in einem derartig engeren Sinne ist der Gegenstand, mit dem sich das Verwaltungsrecht befaßt[1]).

2. Regierung und Verwaltung

Eine Grenze für die Verwaltung ergibt sich aus dem Begriff selbst ohne Rücksicht auf seine geschichtliche Gebundenheit. Verwaltung ist eine dienende Tätigkeit. Verwalten ist weniger als walten. Dies zeigt schon die romanische Bezeichnung Administration in verschiedenen Sprachen, worin das Wort Minister oder minus enthalten ist.

Demgegenüber bedeutet nach dem deutschen Sprachgebrauch walten dasselbe wie regieren. Regieren ist eine richtunggebende Tätigkeit von Männern oder Stellen, die an der Spitze einer Gemeinschaft, so auch des Staates, stehen.

Verwalten ist demnach die Tätigkeit innerhalb der von der Regierung gegebenen Richtlinien. Zur Regierung gehörig werden aufzufassen sein z. B. die Gestaltung der Beziehungen zwischen Staaten, auch zwischen den Gliedstaaten eines Bundesstaates, das Aufstellen von Verwaltungsprogrammen, die Gestaltung wirtschaftlicher Richtlinien.

Die Beachtung des Unterschiedes zwischen Regierung und Verwaltung ist außerordentlich wichtig. Ein Gemeinwesen kann nicht gedeihen, wenn die an der Spitze stehende Regierung sich allzu sehr um Einzelheiten kümmert. Das führt zu einem ungesunden Zentralismus, der technisch nur durchführbar ist, wenn jede an der Spitze stehende Regierungsstelle sich einen besonderen Apparat von Sonderbehörden schafft. Sie hat dann notwendigerweise das Bestreben, durch die verschiedenen Instanzen hindurch unmittelbar auch in der untersten Instanz im Einzelfall tätig zu werden. Die Erfahrung lehrt jedoch, daß hierbei ein Nebeneinanderregieren und ständige Unordnung die Folge ist.

3. Grundlage der Begriffsbildung

Von der Verwaltung als Tätigkeit sind zu unterscheiden die die Verwaltung durchführende Person, Stelle, Dienststelle, Instanz usw. Sie werden ebenfalls in laxer Weise häufig als Ver-

[1]) Georg Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 385.

waltung bezeichnet, wodurch außerordentlich viele Mißverständnisse entstehen können.

Will man auch die Verwaltungsorganisation als Verwaltung bezeichnen, so ist erforderlich, dies irgendwie kenntlich zu machen, etwa durch die Worte Verwaltung im organisatorischen Sinn. Die Verwaltungstätigkeit ist dann aufzufassen als Verwaltung im gegenständlichen Sinn (z. B. § 4 EGGVG.). Es empfiehlt sich jedoch, Wort und Begriff Verwaltung auf Verwaltungstätigkeit zu beschränken und die Organisation als Verwaltungsorganisation, Verwaltungsaufbau oder dgl. zu bezeichnen. Rechtstheoretisch ist eine für alle Zeiten und alle Orte gültige Begriffsbestimmung weder der Verwaltung noch der Verwaltungsorganisation zu gewinnen. Vielmehr kann in etwa Klarheit nur geschaffen werden durch eine Betrachtung der Lösungen in den verschiedenen Zeiten und durch verschiedene Staatsformen.

4. Entwicklung des Begriffs

a) Antike

Durch griechische Staatslehrer wurden bereits einige Gedanken erörtert, die auch später immer wieder in Erscheinung treten. Die Festlegung eines Verwaltungsbegriffs beginnt mit seiner Unterscheidung von der Rechtsetzung. Hierbei treten die organisatorischen Fragen in den Hintergrund. Nach Platons Ansicht ist Verwaltung mindestens ebenso wichtig wie Gesetzgebung. Insbesondere hält er es für „einfältig", Gesetze über Einzelheiten zu geben. Denn die edle menschliche Haltung, auf die im Staate alles ankommt, entsteht weder noch bleibt sie, „durch Wort und Schrift zum Gesetz gemacht"[1]). Und gar „über Markt und Marktverkehr, über die Erhebung von Zöllen" usw. den leitenden Stellen im Staate etwas vorschreiben zu wollen, hält er für unanständig. Er überläßt der Gesetzgebung im Grunde nur drei Aufgaben, nämlich die Größe des Staates festzulegen, die ständische Gliederung aufrechtzuerhalten und schließlich jede Neuerung im Erziehungswesen zu unterdrücken[2]). Aristoteles grenzt die Tätigkeiten nicht so streng voneinander ab, sondern meint, daß weitgehend der Einzelfall entscheiden müsse. Allgemeine Richtlinien werden durch das Gesetz gegeben (νομος). Für den Einzelfall ist eine von ihm zu unterscheidende klärende Entscheidung erforderlich (ψηφισμα). Das ist eine nur gegenständliche Unterscheidung

[1]) Politeia p. 425 b.

[2]) Den im „Staatsmann" enthaltenen Gedanken, daß im Staat überhaupt keine absolut bindenden Gesetze vorhanden sein sollten, sondern der Herrscher nach der aus der Idee der Gerechtigkeit schöpfenden philosophischen Einsicht für jeden Einzelfall die ihm innewohnende Norm finden soll, geben die „Gesetze" als nicht realisierbar auf.

von Gesetzgebung und Verwaltung. Organisatorisch liegt bei Aristoteles im Anschluß an die athenische und andere direkte Demokratien beides bei den gleichen Stellen. Sowohl die Gesetzgebung als auch Verwaltungsmaßnahmen für den Einzelfall erfolgen durch Volksbeschluß. Insbesondere denkt Aristoteles auch dann, wenn er verschiedene Teile innerhalb der Staatstätigkeit unterscheidet, nicht an die Erledigung dieser Tätigkeiten durch verschiedene Staatsorgane. Beachtlich sind für ihn immer nur materielle Unterschiede[1]). In diesem Zusammenhang äußert Aristoteles zum ersten Male die späterhin so oft wiederholte Ansicht, daß Gesetze stets Allgemeinsätze seien, während sich die Verwaltung mit der Durchführung staatlicher Maßnahmen im konkreten Einzelfall zu befassen habe[2]).

Die Unterscheidung von Gesetzgebung und Verwaltung, je nachdem ob eine abstrakte, eine unbestimmte Vielzahl von Fällen normierende Regel oder eine den Einzelfall regelnde Bestimmung geschaffen werden soll, wird dann später von der griechischen Philosophie und Rechtslehre, namentlich unter dem Einfluß der Stoa, scharf betont[3]).

Die römische Republik kommt zu den gleichen Unterscheidungen, wobei wohl weitgehend das griechische Vorbild maßgeblich ist. Eine organisatorische Trennung beider Staatstätigkeiten findet nicht statt. Die leges, denen später die plebiscita gleichgestellt werden, setzen nicht nur Rechtsregeln, sondern regeln auch eine Menge Verwaltungsfragen, wie z. B. die Gründung von Kolonien, die Assignation von Gemeindeland an Private, die Verleihung des Bürgerrechts, Verbannungen. Im Laufe der Zeit wandelte sich das Verhältnis zwischen der Vertretung der Bürgerschaft einerseits und Magistraten und Senat anderseits. Je stärker die Stellung der Plebs wurde, desto größer war die Zahl der Verwaltungssachen, die die Komitien an sich zogen oder hinsichtlich welcher sie sich die Entscheidung vorbehielten[4]). Die Erledigung erfolgte in einheitlicher Form durch Beschluß der Zenturiats- oder später auch der Tributkomitien. Gegen das Ende der Republik und während des Prinzipats verschwand der Unterschied zwischen Gesetzgebung und Verwaltung allmählich. Die Grenzlinien zwischen lex, senatus consultum und magistratischem Edikt einerseits und den Konstitutionen der Principes wurden immer unklarer,

---

[1]) Politik IV, 14. 1297 ff.

[2]) Politik III, 15; vgl. die eingehenden Erörterungen bei Georg Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 38, 39.

[3]) Noch erkennbar in den Digesten L 2 D der legg. 1, 3 in Äußerungen des Chrysyppos, die dort aufgenommen sind.

[4]) Karlowa, Römische Rechtsgeschichte I, S. 410 ff., Mommsen, Röm. Staatsrecht III, 1.

bis schließlich mit der Errichtung der zunächst tatsächlichen, seit Diokletian auch rechtlich absoluten Monarchie sich die gesamte Rechtsetzung und die gesamte Verwaltung in der Hand des Kaisertums vereinte.

Am längsten hielt sich noch die Selbständigkeit der Rechtsprechung, die zur Zeit der absoluten Monarchie jedoch ebenfalls völlig in den Machtbefugnissen des Kaisers aufging.

Diese Vorgänge sind bedeutungsvoll für die Entwicklung des Verwaltungsbegriffs in allen Zeiten und für seine Festlegung in der Gegenwart und den ihr unmittelbar vorausgehenden Perioden.

b) Älterer Justizstaat

Anderseits genügt ein Rückgriff bis zum Beginn der Neuzeit, um zu einer für die Gegenwart ausreichenden Klärung zu kommen. Das Reichsrecht dieser Zeit sieht die Gesetzgebung als einen Bestandteil der Staatsgewalt an, der nur mit Zustimmung des Volkes, praktisch der an seine Stelle getretenen meliores terrae, also späterhin der Reichsstände, angewandt werden kann. Seit dem Westfälischen Frieden erwarben die Reichsstände in weitem Umfang die Landeshoheit und schrieben sich ein Koimperium zu, so daß sie für sich nicht nur ein Zustimmungsrecht an den Reichsgesetzen, sondern Anteil an ihrem Erlaß in Anspruch nahmen. Dementsprechend traten auch die Verwaltungsbefugnisse der Zentralgewalt immer mehr in den Hintergrund. Wo überhaupt seit dem 16. Jahrhundert noch von Reichs wegen verwaltet wurde, geschah das durch die Reichskreise und durch die Landeshoheit im Auftrage des Reichs[1]). Wie auf vielen anderen Gebieten traten auch hier die einzelnen Territorien an seine Stelle. In ihnen bestand zunächst noch eine in etwa den Verhältnissen im Reich parallel laufende Mitwirkung der Stände in allen Staatsangelegenheiten, insbesondere der Gesetzgebung. Die Stellung der Landesherren wurde jedoch auf dem Gebiet der inneren Verwaltung ständig stärker. Von nicht zu unterschätzender Wichtigkeit waren die Lehren der Reformatoren, die durch äußere Ereignisse gezwungen wurden, die kirchliche Organisation mehr und mehr in den Staat einzubauen. Sie gewannen dadurch an der Existenz des Staates in seiner jeweiligen Form ein vitales eigenes Interesse. Seine Rechtfertigung ergab sich aus der Erfüllung seiner Pflichten ihnen gegenüber, weshalb der Paulinische Satz, daß alle Obrigkeit von Gott stamme, eine bis dahin nicht gekannte Bedeutung erlangte. Die Landesherren begannen, sich als Träger der ihrer Ansicht nach unveräußerlichen und unteilbaren Staatsgewalt zu betrachten. Sie hielten sich für verpflichtet, alles dasjenige anzuordnen

[1]) Vgl. z. B. Ordnung und Reformation guter Polizei von 1530, Tit. 23 ff.

und, um ein damals aufkommendes Wort zu gebrauchen, zu verordnen, was für die irdische Glückseligkeit und das himmlische Seelenheil der Untertanen erforderlich schien[1]), ohne sich dabei an das ständische Gesetzgebungsverfahren zu halten.

Für den einzelnen Staatsbürger und seine Angelegenheiten war es — wenigstens zunächst — von nicht allzu erheblicher Bedeutung, durch welche Stelle eine ihn betreffende Maßnahme des Staates erging. Denn die um diese Zeit in Praxis und Theorie zur Herrschaft gelangende Auffassung ging davon aus, daß die Beziehungen zwischen der öffentlichen Gewalt und den einzelnen Bürgern durch die Entscheidung ordentlicher Gerichte zu regeln seien. Diese Auffassung ist maßgeblich für die Staatsform, die als älterer Justizstaat bezeichnet wird. Da die Anfänge des Systems in Deutschland mit dem Beginn der territorialen Staaten zusammenfielen, konkurrierten von vornherein mehrere Gerichte untereinander. Es bedeutete zunächst noch einen Sieg der zentralen Reichsleitung, als 1495 die Einsetzung eines Reichskammergerichts gelang. Dieses Gericht, das seinen Sitz in Frankfurt, später in Speyer, seit 1693 bis zu seinem Ende im Jahre 1806 in Wetzlar hatte, stand über den territorialen Gerichten. Es konnte Streitigkeiten zwischen reichsunmittelbaren oder reichsmittelbaren Gewalten erledigen, aber auch Meinungsverschiedenheiten zwischen Behörden und Untertanen klären. Gegenüber den Landesgerichten hatte das Reichskammergericht den Vorzug der Unabhängigkeit von landesherrlichen Befehlen. Außer dem Reichskammergericht konnte für gewisse Fälle der einige Zeit später begründete Reichshofrat in Wien angerufen werden.

Die prozessuale Form für die Austragung von Meinungsverschiedenheiten für die öffentliche Verwaltung ist nur denkbar bei einer entsprechenden Ansicht über die öffentliche Gewalt. Die Staatsgewalt und überhaupt die öffentliche Gewalt wird hiernach nicht als Einheit angesehen. Man kennt keine Einheit des Imperiums. Sie ist vielmehr eine Summe der von Fall zu Fall vom Inhaber zu beweisenden Hoheitsrechte oder Regalien[2]). Diesen Regalien stehen die ebenfalls zu beweisenden wohlerworbenen Rechte (jura quaesita) der Untertanen gegenüber. Lange Zeit sind alle Arten von Rechten grundsätzlich gleichberechtigt. Immer häufiger aber wird das Vorliegen eines Staatsnotrechts (jus emines) anerkannt, welches den Landesherren allmählich ein tatsächliches Übergewicht ver-

[1]) Gierke, Genossenschaftsrecht I, S. 536.

[2]) Z. B. Pütter, Institutiones, § 223; Moser, Landeshoheit, S. 390 ff.

leiht. Es entspricht allerdings justizstaatlichem Denken, auch demjenigen, der einem jus emines weichen muß, eine Entschädigung zuzubilligen.

Beispiel: Wildfangrecht der Kurpfalz.

Im Mittelalter kam der Fremde, der irgendwo zuzog, unter die neue Grundherrschaft. Sie „fing den Wilden", d. h. den Fremden, ein. Bei dem meist herrschenden Menschenmangel hatte jede Grundherrschaft ein Interesse an recht regem Zuzug. Zuständig war regelmäßig die örtliche Herrschaft des Zuzugsortes. In diesen allgemeinen Rechtszustand schnitt ein Sonderrecht der Kurpfalz ein. Der Kurfürst von der Pfalz behauptete seit dem Beginn des 15. Jahrhunderts ein ihm zustehendes Wildfangrecht auch für die seinem Land benachbarten Gebiete anderer Territorien. Diese zunächst unsicheren Rechtsansprüche wurden durch kaiserliches Privileg vom 3. 9. 1518 bestätigt. Wie nicht anders zu erwarten, führte das zu ständigen Reibereien mit den Nachbarn. Zu Beginn des 17. Jahrhunderts erhob die Reichsritterschaft am Rhein und in Franken Klage vor dem Reichskammergericht, weil der Kurfürst von der Pfalz in ihren Gebieten sich widerrechtlich die Gerichtsbarkeit angemaßt habe. Im Laufe des Prozesses wurden von den Parteien die Gutachten namhafter Juristen produziert. So berief sich z. B. Kur-Mainz auf ein Gutachten von Johann Heinrich Boecler, die Kurpfalz auf ein solches von Samuel Pufendorf. Das Reichskammergericht kam nicht zu einer Entscheidung. Vielmehr wurde der Streit im Jahre 1667 entschieden durch ein französisch-schwedisches Schiedsgericht, dessen Zuständigkeit zwar der Kaiser bis zuletzt bestritt, auf welches sich aber die beteiligten deutschen Höfe geeinigt hatten [1]).

Von vornherein war es unmöglich, sämtliche Angelegenheiten der öffentlichen Verwaltung vor ordentliche Gerichte zu bringen. Ein Teil schied sofort aus und unterlag nicht der richterlichen Nachprüfung. Diese Angelegenheiten waren die Regierungssachen im Gegensatz zu den Justizsachen, die durch die ordentlichen Gerichte nachprüfbar waren. Die Grenze ist flüssig und häufig Gegenstand langwieriger Prozesse.

Allmählich aber verschob sie sich auch hier immer mehr zugunsten der Regierungssachen. Die Stellung der Landesherren wurde, gestützt auf ihre nunmehr religiös fundierte Berufung, sodann infolge der mit der Neuzeit beginnenden naturrechtlichen eudämonistischen Anschauung vom Staatszweck immer stärker[2]). Die Aufgaben, die vom Staat nach dieser Ansicht zu erledigen waren und die automatisch infolge der größeren Kompliziertheit der allgemeinen Lebensverhältnisse allmählich immer umfangreicher werdenden Eingriffe der Allgemeinheit in den Lebensbereich

[1]) Einzelheiten bei Stammler, Deutsches Rechtsleben, S. 242 ff.

[2]) Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, S. 27 ff.

des einzelnen wurden vom Landesherrn erledigt. Da so seine Aufgaben und Rechte sich an dem Staatszweck maßen, lag es nahe, daß er sich nun umgekehrt auf die salus publica berief, um von ihm behauptete Rechte, die häufig in der Form von jura eminentes auftraten, ausüben zu können. Das geschah dann allmählich unabhängig davon, ob seine Anordnungen der bisherigen Rechtslage und den bisher bestehenden Rechten widersprachen oder nicht.

c) Absoluter Staat

So kam schließlich seit dem beginnenden 17. Jahrhundert die gesamte Staatsgewalt in die Hand des Landesherrn, der zum absoluten Monarchen wurde. Damit verschwand jeder materielle und organisatorische Unterschied zwischen einzelnen Staatsmaßnahmen. Der absolute Monarch war für alles verantwortlich, ihm war alles verantwortlich. Er regierte, verwaltete, setzte Recht und sprach Recht nach den Richtlinien und in den Formen, die ihm geeignet erschienen. Die herrschende naturrechtliche Theorie unterbaute diese Stellung des Landesherrn, „da nach Naturrecht und allgemeinem Staatsrecht eigentlicher und ordentlicher Weise nur Regent und Untertan existieren"[1]). Als Grund für die Entstehung eines solchen Verhältnisses nahm diese Lehre einen Staatsgründungsvertrag an, für den das Volk dem Fürsten alle Befugnisse, deren er zur Förderung der allgemeinen Wohlfahrt bedarf, übertragen hatte. Es ist „principium, daß ein Landesherr alles dasjenige tun kann, was zum gemeinen Besten und zur Wohlfahrt des Landes gereicht". Dann muß er aber auch volle Berechtigung auf diesem Gebiet haben derart, „daß kein subditus sich hierbei eines begründeten juris contra dicendi anmaßen kann"[2]). Die wohlerworbenen Rechte wurden dadurch bedeutungslos, denn jedes derartige Recht mußte weichen, „sobald es mit der Wohlfahrt des ganzen in Collision kömmt und aus diesem Grunde die Aufhebung desselben notwendig wird"[3]).

In dem jus emines geht sowohl die früher noch davon unterschiedene Gesetzgebung (jus legis constituendae) als auch die oberste Rechtsprechungsgewalt auf. Alle Rechte und Pflichten des Staates gegen seine

[1]) Pütter, Beyträge I, S. 165. Es wurden aber auch, insbesondere aus Süddeutschland stammende, Gegenstimmen laut, z. B. Moser, Von der teutschen Reichstände Landen, § 1187: „Weiter bedient man sich schon jetzt als einer Universal-Staatsmedizin des Grundes: Das Beste und die Erfordernis des Staates ist das höchste und oberste Gesetz, welches allen anderen Gesetzen, Verträgen, Freiheiten, Herkommen und Verjährungen derogiert und den Regenten berechtigt, das Nötige zu verfügen, die Verträge und Privilegien wieder aufzuheben."

[2]) v. Cramer, Wetzlarische Nebenstunden, 13. Teil, S. 1 ff., 87 ff.

[3]) Gönner, Staatsrecht, S. 775.

Bürger und Schutzverwandten vereinigen sich in dem Oberhaupt desselben. Das Recht, Gesetze und die allgemeinen Polizeiverordnungen zu geben, dieselben wieder aufzuheben und Erklärungen darüber mit Gesetzeskraft zu erteilen, ist ein Majestätsrecht (pr.ALR. §§ 1, 6, II, 13).

Die Gesetzgebung wird nur innerhalb des Behördenapparates von der übrigen Verwaltungstätigkeit unterschieden, indem man bestimmte Gegenstände als in einem besonderen Verfahren zu regeln bezeichnet[1]). Als Gesetz versteht man dabei eine „Verordnung, durch welche die besonderen Rechte des Bürgers bestimmt oder die gemeinen Rechte abgeändert, ergänzt oder erklärt werden sollten" (Einl. pr. ALR. § 7).

Auch die Rechtsprechung ist lediglich aus Gründen der Zweckmäßigkeit und Arbeitsteilung auf besondere Gerichtsbehörden übertragen, so z. B. für Brandenburg-Preußen durch ein Reglement von 1749, wonach „regulariter alle Prozeßsachen, welche das Interesse privatim vel jura partium quarum interest betreffen, bei denen jedenorts bestellten ordentlichen Justizcollegies verordnet und dediziert werden müssen." Aber jederzeit besteht bei dieser Kabinettsjustiz die Möglichkeit des Eingriffs des Fürsten durch einen Machtspruch.

Beispiel: Fall des Wassermüllers Arnold in der Neumark. Christ. Arnold, Pommerzig-Neumark hatte von seinem Vater eine Erbmühle, die seit langem im Besitz der Familie Arnold war, gekauft. Als Erbbesitzer mußte er an die gebietende Herrschaft, den Grafen von Schmettau, Pacht zahlen. Hierzu war er seiner Behauptung nach seit 1771 nicht mehr in der Lage, weil sein Nachbar, der Landrat von Gersdorf, der am Oberlauf des Wassers, welches die Mühle trieb, ein Gut besaß, Wasser zum Teil für sich gebrauchte und damit den regelmäßigen Lauf der Mühle verhinderte. 1779 mußte der Müller zwangsräumen, nachdem das Gericht zu Gunsten des Verpächters Schmettau entschieden hatte mit dem Hinweis, daß Arnold sich an den Landrat von Gersdorf halten müsse. Der Ersteher überließ die Mühle von Gersdorf, der sie an einen Dritten weiterverkaufte. Nach längeren Verhandlungen vor den Verwaltungsbehörden verklagte Arnold darauf von Gersdorf mit dem Antrag auf Wiedereinräumung der Mühle. Er machte verschiedene Klagegründe geltend, verlor aber auch diesen Prozeß mit einer kleinen Ausnahme in erster Instanz (Neumärkische Regierung, Urteil vom 28. 10. 1779). In das darauf von Arnold eingeleitete Rechtsmittelverfahren vor dem Kammergericht in Berlin griff der König ein. Er verwies die Sache nochmals an die Neumärkische Regierung. Wiederum entschied diese zu Ungunsten des Müllers aus den gleichen Gründen wie bisher. Das Kammergericht bestätigte als nächste und höchste Gerichtsinstanz dieses Urteil. Als es sich auf Vorhalt des Königs weigerte, seinen Standpunkt zu

[1]) Wenzel, Der Begriff des Gesetzes, S. 14 ff., führt das im einzelnen aus.

ändern, erließ dieser am 11. 12. 1779 Kabinettsordres, wodurch die Eröffnung eines Strafverfahrens gegen die beteiligten Richter befohlen wurde. Durch Machtspruch vom 3. 1. 1780 verurteilte der König darauf die Kammergerichtsräte, die an dem Urteil mitgewirkt hatten, zu Festungshaft. Schon am 20. 12. 1779 hatte Arnold seine Mühle wiederbekommen. Er erhielt weiterhin Schadensersatz, der von den verurteilten Richtern zu zahlen war[1]).

d) Rechtsstaat

Die deutsche Rechtslehre konnte angesichts der alles beherrschenden Praxis des absoluten Staates keine seiner Ansicht entgegengesetzte Auffassung entwickeln. Es fehlt zwar nicht an einzelnen Versuchen, die einheitliche Staatsgewalt ihrem verschiedenartigen Inhalt gemäß aufzuspalten[2]). Im allgemeinen aber hatte sich das Naturrecht des 18. Jahrhunderts mit den herrschenden Zuständen ausgesöhnt.

aa) Der Anstoß zur weiteren Entwicklung kam vom Ausland. Er wirkte aus verschiedener Richtung und ist mit den Namen Locke, Montesquieu und Rousseau verknüpft.

John Locke hat die Entwicklung eines seit Jahrhunderten andauernden Kampfes zwischen Krone und Parlament in England vor Augen, der durch die glorreiche Revolution von 1688 vorerst mit einer Zuständigkeitsbegrenzung beider Mächte beendet war. Bis dahin konnte der König ordonnances und proclamations ohne und statutes mit Zustimmung der Stände erlassen[3]), wodurch er weitgehend diejenigen Aufgaben, die wir als Verwaltungsmaßnahmen bezeichnen, unabhängig vom Parlament erledigte oder hinsichtlich welcher er, ge-

[1]) Eingehende Schilderung und Würdigung dieses Falles bei Stammler, Deutsches Rechtsleben I, S. 413 ff.

[2]) So forderte z. B. Althusius zu Beginn des 17. Jahrhunderts für das ganze große Gebiet der Staatstätigkeit, das wir heute Verwaltung nennen, feste Regeln, die es von der sonstigen Staatstätigkeit trennen. — Gierke, Althusius, S. 20 ff. — Hugo Grotius, De jure belli ac pacis 1. I, c. III, VI, 2, stellt in Anlehnung an die aristotelische Einteilung die Gesetzgebung als die auf das Allgemeine gerichtete Funktion der auf Erledigung der Einzelangelegenheiten gerichteten Staatstätigkeit gegenüber. Von dieser, zerfallend in die äußere und die Finanzverwaltung, unterscheidet er dann noch die auf das dominium gerichtete richterliche Tätigkeit. Pufendorf, De jure naturae et gentium, VII, spricht von verschiedenen Gewalten im Staat, einer potestas legislatoria, potestas poenas sumendi, potestas judiciaria, potestas belli et pacis idemque foederum feriendorum. Sie sind jedoch nicht partes potentiales und können nicht durch verschiedene Staatsorgane ausgeübt werden nisi regularis forma civitatis corrumpatur et irregulare corpus resultet, male firmo dumtaxat pacta cohaerens. Es bleibt also auch bei ihm bei der einheitlichen Staatsgewalt.

[3]) Gneist, Englische Verfassungsgeschichte, S. 378; Hatschek, Engl. Verfassungsgeschichte, S. 386.

stützt auf die sogenannte Prärogative, Gesetze erließ. Durch die bill of rights vom Dezember 1689 wurde die neue alleinige Zuständigkeit des Parlaments für die Gesetzgebung festgelegt. Die Prärogative wurde wesentlich eingeschränkt. Diese Schwankungen veranlaßte die englische Staatsrechtslehre, die Grenze zwischen Gesetzgebungstätigkeit des Parlaments und verwaltender Tätigkeit der Krone in ein System zu bringen.

Locke[1]) stellte dabei in seiner Theorie den König weit freier, als er es in seiner Zeit in Wirklichkeit war[2]). Er unterscheidet drei Gewalten im Staat, die gesetzgebende, die vollziehende und die föderative. Die erste ordnet an, wie die Kräfte des Staates verwendet werden können zur Erhaltung der Gesellschaft und ihrer Glieder, die zweite verwirklicht die Gesetze und bewahrt ihre Kraft, die dritte (federative power) entscheidet über Krieg und Frieden, Bündnisse und sonstige Staatsverträge. Organisatorisch sind die beiden letzten am besten in einer Hand vereinigt, während die erste von ihnen getrennt ist. Die gesetzgebende Gewalt steht als die höchste dem Volk zu. Die beiden anderen sind ihr grundsätzlich untergeordnet. Trotzdem aber besitzt die vollziehende Gewalt eine eigene politische Existenz. Locke vertritt mit aller Entschiedenheit den Standpunkt, daß eine königliche Prärogative nötig sei. Da die Gesetze doch nicht alle Einzelheiten voraussehen können, soll der König die tatsächliche Macht, die in seiner Hand liegt, im öffentlichen Interesse without a rule anwenden können[3]). Die auf Grund seiner Prärogative festgelegten Sonderbestimmungen treten dann selbständig neben das Gesetz und füllen den Raum aus, den es freigelassen hat. Der Grundsatz von der Vorherrschaft der Gesetzgebung wird für alle Fälle zugunsten der Exekutive durchbrochen, für die der Gesetzgeber keinen Gebrauch von seinen Rechten gemacht hat. Verwaltung ist demnach mehr als bloße Vollziehung der Gesetze[4]).

---

[1]) On civil goverment.

[2]) Geschichtlich gesehen ist das ein Rückschlag gegen die Machtsteigerung und Übergriffe des Langen Parlaments, vgl. insbes. §§ 135 ff.

[3]) § 160 Since in some goverments the law making pover is not always in being and is ussually too numerous, and too slow for the dispatch requisite to provide for all accidents and necessities that may concern the public, to make such laws as wich do no harm, if they are executed with an inflexible rigour on all occasions and upon all persons that may come in their way; therefore there is a latitude left to the executive power, to do many things of choice which the laws do not prescribe.

[4]) Eine eingehende Schilderung der Lehre Locke findet sich bei G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 64 ff, die allerdings teilweise in Wirklichkeit darin nicht enthaltene Gedanken der konstitutionellen Doktrin hinein interpretiert.

Für den Franzosen Montesquieu, der weitgehend auf den Arbeiten von Locke fußt, war die Gefahr eines Übergriffes der Parlamentsherrschaft noch niemals in den Bereich der Wirklichkeit getreten. So wendet sich seine Lehre zunächst gegen das absolute Königstum[1]). Wie in der absoluten Monarchie üblich, bestanden zwischen den einzelnen Arten der Willensäußerung des Königs nur interne Verwaltungsunterschiede. So war die Eintragung (enregistrement) der königlichen Verordnungen durch die formell unabhängigen alten Gerichtshöfe, die Parlamente, in ein Protokoll nötig, wenn diese ordonnances die Gerichte verpflichten sollten. Bei Widerstreben der Parlamente konnte der König die Eintragung jedoch befehlen[2]). Anderseits aber gelang es den Parlamenten oft, auch über die Leute des Königs Gewalt zu bekommen und deren Amtstätigkeit durch Urteile zu kontrollieren. Alles das führte zu für die Bürger nachteiligen Unklarheiten[3]). Montesquieu wandte sich des halb auch gegen Übergriffe der Parlamente. Im Ergebnis fordert er die scharfe Trennung der Gesetzgebung von der Gesetzesanwendung[4]). Die Gewalten sollten sich das Gleichgewicht halten. Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. Diese beiden Gewalten müssen unter allen Umständen organisatorisch getrennt werden. Nach der Trennung jedoch kann von einer inhaltlichen Gleichberechtigung nicht mehr die Rede sein. Die gesetzgebende Gewalt wird ohne nähere Erklärung und infolgedessen etwas vage als der allgemeine Wille bezeichnet. Die Exekutive ist nichts anderes als die Vollziehung dieses Willens und so notwendigerweise der Legeslative untergeordnet, n'étant l'un que la volonté générale de l'état, et l'autre que l'exécution de cette volonté générale. Von der Prärogative des Königs oder einer sonstigen Gesetzgebung einer Staatsstelle außerhalb des Parlaments wird niemals gesprochen. In gewissem Umfang baut Montesquieu die richterliche Gewalt (pouvoir de juger) in die Staatstätigkeit ein, die Locke als executive power bezeichnete. Der Gedanke von der inhaltlichen Unselbständigkeit der vollziehenden Gewalt wurde durch die wissenschaftlichen Nachfolger Montesquieu's mit aller Schärfe herausgearbeitet[5]).

---

[1]) Pietsch, S. 1 ff.

[2]) Richard Schmidt, Allgemeine Staatslehre II, S. 660 ff.

[3]) Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, S. 87 ff.

[4]) De l'esprit des lois, l. 11, c 6.

[5]) Vgl. z. B. Delolme, La constitution d'Angleterre, Paris 1771.

Rousseau setzt sich für das konträre Gegenteil der absoluten Monarchie ein, die absolute Volkssouveränität. Er lehnt jede Gewaltenteilung ab und erhebt die innere und äußere Einheit der Staatsgewalt wiederum zum leitenden Prinzip. Diese Staatsgewalt soll beim Volke liegen, dessen Wille die Quelle aller staatlichen Anordnungen ist. Regierung und Verwaltung sind nur dazu da, den Willen zu vollziehen und dem einzelnen Bürger zu vermitteln[1]). Ihre untergeordnete Stellung führt dazu, daß sie lediglich Anordnungen in Einzelfällen treffen können. So taucht hier die alte aristotelische Auffassung wieder auf, wonach der Gesetzgeber sich abstrakt mit allgemeinen Tatbeständen befaßt, während die Verwaltung nur den konkreten Einzelfall regelt. Nach Rousseau verhält sich die Gesetzgebung zur Verwaltung wie der menschliche Wille zu der menschlichen Tat. Der Vergleich wird von ihm wörtlich genommen.

bb) Die deutsche Entwicklung der Zeit des Konstitutionalismus steht deutlich unter dem Einfluß dieser drei Auffassungen.

Die geringsten Folgen hatten die Gedanken Rousseaus. Entgegen seiner Auffassung wurde die Gewaltenteilung, zunächst zwar nur weitgehend auf dem Papier, nach 1848 allmählich aber auch tatsächlich wenigstens grundsätzlich durchgeführt. Sein Gedanke, daß die Verwaltung nur konkrete Einzelfälle regeln dürfe, setzte sich trotz einer erheblichen Anhängerschaft auf die Dauer ebenfalls nicht durch[2]).

Die konstitutionelle Praxis und Lehre schloß sich zu Beginn des 19. Jahrhunderts, wenn sie überhaupt eine Gewaltentrennung annahm, an Locke an. Das monarchische Prinzip hatte sich, gestützt vor allem auf Art. 57 der Wiener Schlußakte vom

---

[1]) Contrat social 1. III, c. 1: Qu'est ce donc que le gouvernement? Un corps intermédiaire établi entre les sujets et le souverain pour leur mutuelle correspondance, chargé de l'exécution des lois et du maintien de la liberté tant civile que politique.

[2]) Den Standpunkt, daß Allgemeinheit ein wesentliches Merkmal des Gesetzes sei, vertreten: von Rönne, Staatsrecht der preußischen Monarchie, I, S. 327 ff.; Jhering, Zweck im Recht I, S. 327 ff.; G. Meyer, Der Begriff des Rechts, in: Grünhuts Zeitschrift Bd. 8 (1881), S. 157; Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechtes 1914 (7. Aufl.), S. 27; O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, S. 77 ff; W. Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung, S. 139. — Die Lehre hat ihre geschichtliche Grundlage im Kampf der Aufklärung gegen den fürstlichen Absolutismus. An die Stelle des persönlichen Befehls soll die generelle unverbrüchliche Norm treten. Diese Idee hatte schon in der hochmittelalterlichen scholastischen Auffassung vom Gesetz als Ausfluß der göttlichen Vernunft und Gerechtigkeit Ausdruck gewonnen; näheres vgl. Scheuner, Gesetz und Einzelanordnung, S. 197. Seit dem Ende des 19. Jahrhunderts wurde sie allmählich zugunsten der nun herrschenden Ansicht verlassen.

15. Mai 1820, der den Monarchen als Träger der gesamten Staatsgewalt bezeichnete, in Deutschland wiederum durchgesetzt. Danach war Regierung, Verwaltung und Gesetzgebung in der Hand des Monarchen vereint. Ein Unterschied gegenüber der Zeit des Absolutismus bestand nur darin, daß die territorialen Stände im gewissen Umfang ein Mitbestimmungsrecht bei der Gesetzgebung hatten. Art. 13 der Deutschen Bundesakte vom 8. Juli 1815 ordnete an: „In allen deutschen Staaten wird eine landständische Verfassung stattfinden." Die Landstände sollten bei der Gesetzgebung mitwirken. Als Gesetz faßte man im Anschluß an die Kodifikationen der Zeit der absoluten Monarchie und unter Hinweis auf die Lehre von Locke und seiner Nachfolger alle Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Bürger auf[1]).

Dieser Begriff ist jedoch derartig ungenau, daß schon die Grundlage des Mitwirkungsrechts der Landstände unsicher war. Zudem war es den einzelnen Verfassungen, die nach dem Befreiungskrieg erlassen wurden, anheimgegeben, in welchem Umfang sie die Stände beteiligen wollten. In manchen Staaten war ihre Wirksamkeit auf ein konsultatives Votum beschränkt[2]). Nur wenige Verfassungen bestimmten, daß ein Gesetz, eben ein Eingriff in Freiheit und Eigentum der Bürger nicht ergehen dürfe, wenn die Landstände nicht zuvor zugestimmt hatten[3]). Jede andere Staatstätigkeit war, sofern sie nicht als Justiz aufgefaßt wurde, Verwaltung, die der Monarch unbeschränkt ausübte.

Ein großer Teil des Schrifttums begleitete diese Entwicklung erklärend ohne Widerspruch, ohne insbesondere auf die völlige Ignorierung der französischen und englischen Vorbilder aufmerksam zu machen[4]). Die

1) Die Freiheits- und Eigentumsklausel taucht zunächst bei Locke auf, nach dessen Ansicht der Staat den Zweck hat, Freiheit und Eigentum des Bürgers zu schützen (On civil goverment § 127, ferner §§ 149, 227 ff). Die Formel mag dann über die englischen Kolonien in Amerika nach Frankreich gelangt sein und von dort nach Deutschland. Hier interessierte sich vor allem Justus Möser dafür. Aber auch die Gesetze der aufgeklärten Monarchie sind davon beeinflußt, z. B. § 7 Einl. pr. ALR. Stein führte den Begriff dann wörtlich in die nassauische Verfassung vom 1./2. 9. 1814 ein. Sein weitergehender Versuch, eine allgemeine Einführung der Klausel in alle Verfassungen zu erreichen, scheiterte an dem Widerstand Österreichs. So ist die Klausel nur in einigen Verfassungen anzutreffen. Näheres vgl. Rosin, Gesetz und Verordnung nach Badischem Staatsrecht, S. 53; Hubrich, Die Entwicklung, S. 97 ff.

2) Z. B. Hann. Patent vom 7. 12. 1819; für Preußen: Provinzialständegesetz vom 5. 6. 1823.

3) Z. B. Nassauische Verfassung vom 1./2. 9. 1814; Sachsen-Weimarer Grundgesetz vom 5. 5. 1816.

4) Statt vieler: Weiß, Deutsches Staatsrecht, S. 672.

Lehre von der Gewaltenteilung wird von vielen ausdrücklich abgelehnt[1]). Andere begnügen sich mit der materiellen Unterscheidung von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung, belassen aber alle Tätigkeit in der Hand des Monarchen ohne irgendeine organisatorische Trennung[2]).

Die Julirevolution von 1830 brachte den deutschen Staaten Verfassungen, auch wo sie bisher noch nicht vorhanden waren. Als Grenze der Verwaltung im Verhältnis zur Gesetzgebung sah man immer noch die Freiheits- und Eigentumsklausel an. So wurde die Gesetzgebung in ganz bestimmtem Rahmen aus der übrigen Staats- und Verwaltungstätigkeit herausgenommen[3]). Der Text dieser Verfassungen sagt im allgemeinen nicht klar und eindeutig, ob und in welchem Umfang eine Gewaltenteilung besteht. Aber innerhalb der Rechtslehre machte sich jetzt eine Strömung bemerkbar, die die bisher übliche Ablehnung der Montesquieu'schen Gedanken aufgab[4]). Dann tauchte aber sogleich die Frage auf, ob die Verwaltung nichts anderes sei als die Vollziehung der Gesetze oder ob sie neben der Rechtsetzung gleichberechtigt stehe und ein von dieser unbeeinflußtes Gebiet beherrsche.

Erst die Vorgänge der Zeit nach 1848 bringen in den Verfassungen ein klares Bekenntnis zur Gewaltenteilung. In den absolutistisch regierten Staaten, wie z. B. in Preußen, konnte das nur dadurch erfolgen, daß die bisher im wesentlichen unbeschränkte Regierungsgewalt des Königs durch eine gesetzgebende und eine rechtsprechende Gewalt beschränkt wurde[5]). Damit blieb aber im Zweifel oder bei angeblichen oder tatsächlichen Lücken im Gesetz der König zuständig. Die Praxis entschied sich so, wenn das auch nicht ausdrücklich zur Sprache

---

[1]) An der Spitze Hegel, Philosophie des Rechts, § 272: Das Prinzip der Gewaltenteilung bringt „teils falsche Bestimmung der absoluten Selbständigkeit der Gewalten gegeneinander, teils die Einseitigkeit, ihr Verhältnis zueinander als ein Negatives, als gegenseitige Beschränkung ... Mit der Selbständigkeit der Gewalten ist die Zertrümmerung des Staates unmittelbar gesetzt." Vgl. auch Aretin-Rotteck, Staatsrecht, S. 387; Maurenbrecher, Staatsrecht, S. 229.

[2]) Aretin-Rotteck S. 32.

[3]) § 87 Sächs. Verfassung von 1831, § 95 Hessische Verfassung von 1831, § 85 Hannov. Verfassung von 1853.

[4]) Zu nennen ist hier auch Stahl, Philosophie des Rechts II, S. 195: Die Verwaltung befaßt sich mit all den Vorschriften, die sich auf die „öffentlichen Funktionen im Gebiet der Polizei, der Finanzen, des Militärs usw." beziehen, S. 389. Sie setzt kein Recht, sondern hat nur „die Leitung der gemeinsamen Tätigkeit für Zwecke".
auf die stenographischen Berichte der Session von 1889 der Preuß. 2. Kammer, S. 2119 ff.

[5]) Näheres bei Anschütz, Gegenwärtige Theorien, S. 10 ff.

kam, der Sache nach für Locke gegen Montesquieu. Die Überlegenheit der von Heer und Beamtentum getragenen Exekutive über die Legislative war unbestreitbar.

Die Lehre erfaßte diese Unterscheidung zunächst noch nicht klar, sondern begnügte sich mit der Beschreibung und Erklärung der Funktionsteilung, wobei man großen Wert auf die verschiedene Organisation legte[1]). Im Laufe der Zeit aber nahm sie eindeutig die Haltung der Praxis ein[2]). Für Lorenz von Stein ist nichts „unverständiger, als von einer Unterordnung der Vollziehung unter das Gesetz zu reden"[3]). Die von Arndt begründete Lehre vom selbständigen Verordnungsrecht, die jedoch nicht von der herrschenden Meinung übernommen wurde, vor allem aber die bis heute herrschende von Laband begründete Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn dienen der Stütze dieser Ansicht[4]).

Im Ergebnis wurde die so des Näheren festgelegte Gewaltenteilung der eine Grundsatz des deutschen Rechtsstaates. (Vgl. Art. 20 Abs. 2 westd. GG.)

cc) Damit im engen Zusammenhang steht der zweite wichtige Grundsatz, daß kein den Betroffenen belastender Verwaltungsakt ohne gesetzliche Grundlage ergehen darf[5]). „Der Staat realisiert die sittlichen Ideen nur in der Weise des Rechts."[6]) Dieser Grundsatz entspricht der gleichliegenden strafrechtlichen Forderung: Nulla poena sine lege. Schon Montesquieu hatte sie erhoben,

---

[1]) Ein ganz auffallendes Beispiel sind von diesem Gesichtspunkt aus die Darlegungen von Stahl. Er steht seinem Herzen nach völlig auf Seiten der Monarchie. Infolgedessen sucht er der Regierung ein Gebiet zu reservieren, das frei ist von dem Einfluß der Gesetzgebung und des Parlaments. „Das Wesen der eigentlichen Regierung aber ist es, unabhängig vom Gesetz etwas Neues, Positives in freier schöpferischer Tätigkeit hervorzubringen, die Zustände nach Zwecken zu fördern." (A. a. O. S. 195.) Trotzdem ist er derart beeinflußt von den liberalen Strömungen seiner Zeit, daß er an anderer Stelle dem Gesetz und der Gesetzgebung die unbedingte Herrschaft über die Verwaltung zugesteht. Auf alles das, was in die Rechtssphäre des Individuum eingreift, das „Rechtsverhältnis der Untertanenfreiheit gegenüber der Staatsgewalt", soll die Verwaltung und Regierung keinen Einfluß haben (S. 385 ff).

[2]) Die Ansicht, daß der König auf die Vollziehung der Gesetze beschränkt sei, vertritt noch Rönne, II, S. 366, als Ausnahme.

[3]) Lorenz von Stein, Verwaltungslehre, I, S. 73,

[4]) Näheres vgl. unten Kapitel 6. Auch heute noch wird dieser Standpunkt vertreten, vgl. z. B. Nebinger, Verwaltungsrecht, S. 2.

[5]) Dieser Grundsatz ist nicht auf das Verwaltungsrecht beschränkt, wie z. B. Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 99 ff., richtig betont. Er ist aber auch hier von besonderer Bedeutung.

[6]) Stahl, a. a. O. S. 136.

wenn er meint, niemand dürfe zu Handlungen gezwungen werden, zu denen nicht das Gesetz verpflichtet. Der Grundsatz wurde dann später immer wiederholt[1]). Es genügt also nicht, die Berufung auf eine Anordnung der vorgesetzten Behörde, sondern als letztes Glied muß immer ein Gesetz vorhanden sein. Diese sogenannte Gesetzmäßigkeit der Verwaltung [2]) läßt sich in zwei Formen durchführen. Denkbar ist, daß der Gesetzgeber nur allgemeine gesetzliche Richtlinien gibt. Eine solche Regelung durch „Kautschukbestimmungen" kann möglicherweise den einzelnen Dienststellen zu viel Freiheit lassen.

Beispiel:
Art. 48 WRV. § 10, II, 17 pr. ALR.; § 14 pr. PVG. von 1931.

Die andere Lösungsmöglichkeit ist die der erschöpfenden enumerativen Aufzählung von Tatbeständen, welche durch die Verwaltung zu regeln sind.

Beispiel:
So vorwiegend in Süddeutschland: Bad. Polizeistrafgesetzbuch vom 31. 10. 1863, Bayr. Polizeistrafgesetzbuch vom 26. 12. 1871, Württ. Polizeistrafgesetzbuch vom 27. 12. 1871.

Alle Verwaltung ausübenden Stellen haben selbst darüber zu wachen, daß sie nur nach den in der gesetzlich vorgeschriebenen Form veröffentlichten staatlichen Willensakten handeln. Sie müssen also alle Verwaltungsvorschriften einschließlich der Gesetze auf ihre Rechtsmäßigkeit prüfen[3]).

In der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung enthalten ist die Notwendigkeit gleicher Behandlung sämtlicher Gewaltunterworfenen. Dieser Grundsatz der Gleichheit setzt in der Verwaltung nicht nur Gleichheit der Rechtslage, sondern auch Gleichheit der tatsächlichen Voraussetzungen voraus[4]).

---

[1]) Manche treten mit Entschiedenheit für diesen Grundsatz ein, so z. B. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 83. Andere machen geltend, daß sich die Verwaltungspraxis doch niemals in vollem Umfange danach richte, so z. B. Peters, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung, S. 225 ff.

[2]) „Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung macht das Wesen des Rechtsstaates aus." — BadVGH. in: Ztschr. f. bad. Verw. 1927, 111; 1928, 38. — Art. 64 Abs. EWVRO: „Verwaltungsakte, die von einem einzelnen ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen fordern, sind nur auf Grund einer Ermächtigung durch Rechtsvorschrift zulässig." — Das Recht der Abgabenerhebung im weitesten Sinn kann nur durch Gesetz begründet werden. — Bayr. VGH. 50, 171. — Art. 28 westd. GG.

[3]) Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 410. — Wegen des Nachprüfungsrechts des Verwaltungsrichters vgl. unter S. 261.

[4]) Bayr. VGH. 50, 23, Pr. OVG. 76, 122 (Unterschiedliche Behandlung der Bekenner verschiedener Religionen ist unzulässig); 80, 42. — Von der Gleichheit vor dem Gesetz, einer verwaltungsrechtlichen Frage, ist zu unterscheiden die Gleichheit im Gesetz, einer staatsrechtlichen Frage; vgl. Kontrollratsgesetz Nr. 2.

e) Neuer Justizstaat

Gleichzeitig mit der Gesetzgebung wurde in Deutschland die Rechtsprechung endgültig von der Regierung gelöst. Nachdem sie vorher ein durch besondere Verwaltungsvorschriften kenntlich gemachter Zweig der Regierung war, wurde sie um die Mitte des 19. Jahrhunderts zur selbständigen Staatsfunktion. Die organisatorische Trennung war nichts Neues, da es Gerichte immer schon gegeben hatte. Neu war die gegenständliche Trennung, wonach das Staatsoberhaupt grundsätzlich sich jeder Einmischung in die richterliche Tätigkeit zu enthalten hatte.

Wenn man die Rechtmäßigkeit der Verwaltung errichtete, lag es nahe, die Durchführung dieses Satzes im Einzelfall durch die nunmehr unabhängigen und nur dem Gesetz unterworfenen ordentlichen Gerichte überprüfen zu lassen. Sie mußten allerdings anders aufgebaut und zusammengesetzt sein, als die bisher schon manchen deutschen Staaten bekannten Behörden, der „Verwaltungsrechtspflege" oder „Administrativjustiz"[1]), bei denen von Unabhängigkeit der Richter weitgehend nicht die Rede sein konnte und die noch unter anderen Mängeln litten. So legte die Frankfurter Reichsverfassung von 1849 in § 182 fest: „Die Verwaltungsrechtspflege hört auf; über alle Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte."

Dieser Gedanke, für den vor allem der kurhessische Jurist Otto Bähr[2]) eintrat, wurde jedoch nicht im ganzen deutschen Gebiet verwirklicht[3]). Er wurde zurückgedrängt durch den anderen Gedanken, die Verwaltungsmaßnahmen durch besondere Gerichte, nicht die ordentlichen zivilen und Strafgerichte, überprüfen zu lassen. Hierfür trat vor allem der Berliner Strafrechtslehrer Rudolf von Gneist ein, der auf die Zweckmäßigkeit der Besetzung der Gerichte, die sich mit Verwaltungsangelegenheit zu befassen haben, mit verwaltungskundigen Richtern hinweist[4]). Immerhin hatten die Versuche, die ordentlichen Gerichte einzuschalten, dahin geführt, die Stellung der an den Verwaltungsgerichten tätigen Richter, insbesondere ihre persönliche Unabhängigkeit, derjenigen der Richter der ordentlichen Gerichte anzugleichen[5]).

[1]) Z. B. Sächs. A-Gesetz vom 28. 1. 1835, wonach solche Verwaltungsgerichte in Streitigkeiten über Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit oder die Verbindlichkeit der Staats- und Kommunalabgaben entschieden.

[2]) Rechtsstaat, S. 137 ff.

[3]) So in Kurhessen selbst, gestützt auf das alte landesherrliche Edikt vom 26. 11. 1743, in Oldenburg, Braunschweig und den Hansestädten (Bremisches Gesetz vom 21. 2. 1854, Hamburgisches Gesetz vom 23. 4. 1879, Lübeckisches Gesetz vom 6. 12. 1916), wo alternativ die Anrufung des Verwaltungsgerichts oder des ordentlichen Gerichts in einigen Fällen zugelassen wird (§ 15).

[4]) Rechtsstaat, S. 167 ff.

[5]) Näheres über die Einführung in den einzelnen Ländern vgl. unten 11. Kapt.

f) Moderne Staatsformen ohne Gewaltenteilung

In der Zeit zwischen 1933 und 1945 wurde im Deutschen Reich der Unterschied zwischen den Staatsfunktionen verwischt. Infolgedessen mischte sich die Verwaltung in Angelegenheiten der Gesetzgebung (z. B. Führerbefehl, Führererlaß) und der Rechtsprechung (Justizleitung und Justizlenkung).

Entsprechend der Vorstellung Rousseau's von der absoluten Macht des souveränen Volkes lehnen die Verfassungen der Länder der Ostzone die Gewaltenteilung ab. Die Gesetzgebung ist ausschließlich Sache des Landtages, soweit das Volk durch Volksentscheid nicht unmittelbar selbst eingreift. Regierung und Verwaltung sind vom Parlament gänzlich abhängig. Sie müssen die vom Landtag aufgestellten Grundsätze befolgen und sie sind ständig an die oberste Kontrolle des Landtages gebunden. Der Landtag ist nicht ein Organ des Landes neben anderen Organen sondern der „höchste demokratische Willensträger" oder das „höchste demokratische Organ des Landes" (Art. 26 sächs. Verf., Art. 9 brand. Verf., Art. 22 meckl. Verf., Art. 24 sachs.-anh. Verf., Art. 8 thür. Verf. usw.). In Mecklenburg, Sachsen und Brandenburg übt er sogar eine direkte Kontrolle über die Rechtspflege aus. Auf dem gleichen Standpunkt wie die Landesverfassungen steht Art. 50 Verf. d. d. R.: „Höchstes Organ der Republik ist die Volkskammer"[1]). Die rechtliche und politische Tragweite einer solchen Regelung wird erst deutlich, wenn man bedenkt, daß die Volksvertretungen aus nahezu oppositionslosen Blockparteien bestehen.

5. Negative Abgrenzung

Wenn nun nach Kenntnis der verschiedenen Anschauungen und ihrer Durchführung ein eindeutiger Verwaltungsbegriff geprägt werden soll, so ist das nur möglich in Abgrenzung von anderen Funktionen der Staatsgewalt. Auszugehen ist von eben dieser Gewalt. Verwaltung ist das Tätigwerden eines Trägers der öffentlichen Gewalt. Sie ist nicht Rechtsetzung, sie gibt keine Gesetze[2]). Sie spricht nicht Recht[3]) und beschäftigt sich nicht mit der Wirtschaftsgestaltung. Alle staatliche Tätigkeit, die nach Ausscheidung dieser drei Komplexe übrig bleibt, ist Verwaltung.

[1]) Schon die Erörterungen zu den Verfassungsberatungen des Deutschen Volksrates der Ostzone hoben hervor, daß eine Gewaltenteilung unter Gleichberechtigung der Funktionen der Durchführung des Grundsatzes der Demokratie, wonach das Volk der alleinige Träger der nationalen Selbstorganisation sei, im Wege stehe. Vgl. Schultes, In. NJ. 1948, S. 177.

[2]) Vgl. unten 5. Kapt.

[3]) Vgl. unten 2. Kapt.

Sie ist abhängig von der Rechtsetzung und deshalb mit ihr auf alle Fälle besonders eng verbunden. Dabei sind zwei Möglichkeiten vorhanden: Entweder geben die Gesetze nur die Grenzen der Verwaltung an, die jedoch sich innerhalb dieser allgemeinen Grenzen, die möglicherweise nur durch die Verfassung gezogen sind, frei entfalten kann. Eine solche Tätigkeit wird weitgehend Regierung sein und deshalb aus dem Begriff der Verwaltung im engeren Sinn ausscheiden müssen[1]). Oder die Verwaltung ist nichts anderes als die Vollziehung der Gesetze, sei es eines einzelnen Gesetzes, sei es des gesamten in den Gesetzen festgelegten Geistes der staatlichen Rechtsordnung.

6. Mittel der Verwaltung

Sämtliche Mittel sind nach Treu und Glauben anzuwenden in dem Sinn, wie dieser Grundsatz z. B. in §§ 157 und 242 BGB. festgelegt ist[2]). Der Art nach kann die Verwaltung grundsätzlich genau die gleichen Mittel benutzen, wie jeder Private. Der Grundsatz erleidet jedoch zwei Ausnahmen.

Die Verwaltung kann teilweise mehr tun als private Personen, indem sie die dem Staat zur Verfügung stehende Herrschergewalt, sein Imperium, in Anspruch nimmt. Kraft des Imperiums hat der Staat die Möglichkeit, seinen Bürgern und auch Staatsfremden, diesen meist in völkerrechtlich bestimmtem Umfang, zu befehlen und sie zur Befolgung seiner Befehle zu zwingen. Eine solche Herrschermacht besitzt in der Gegenwart außer dem Staat niemand anders, nachdem die übrigen Herrschaftsbefugnisse von Menschen über Menschen, mit Ausnahme einiger familienrechtlichen Bestimmungen, verschwunden sind. Bei vielen öffentlichen Verwaltungsgeschäften wird der Staat von den ihm zustehenden Mitteln vollen Gebrauch machen.

Die öffentliche Verwaltung ist jedoch unter Umständen auch in ihren Mitteln beschränkter als Private. Dieser Umstand brauchte in der Vergangenheit weit weniger beachtet zu werden als heute. Der Zusammenbruch der politischen und wirtschaftlichen Grundlagen, auf denen das Leben der Gemeinschaft beruht, kann den einzelnen möglicherweise zur Erhaltung seiner Existenz zu illegalen Handlungen zwingen. Derartige Handlungen mögen moralisch noch so sehr gerechtfertigt sein,

---

[1]) Die noch von Fleiner, S. 5, unbedenklich vorgenommene Bezeichnung der Regierung als Unterbegriff der Verwaltung im engeren Sinne — wohl in Erinnerung an die Terminologie des Polizeistaates und des Frühkonstitutionalismus — ist mit Rücksicht auf die verschiedene Bedeutung von Regierung und Verwaltung nicht mehr zu halten.

[2]) Pr. OVG. 83, 144; 90, 253; 92, 37. — Darüber hinaus ist der Satz von Bedeutung für die Betrachtung der Rechtshandlung; vgl. unten S. 121.

sie bleiben illegal, solange nicht die positive Rechtsordnung geändert wird. Rechtlich können sie im Einzelfall möglicherweise notdürftig durch die Grundsätze der aequitas konsumiert werden. Eine Änderung der Rechtsordnung ist selbst beim Vorliegen eines Zwiespaltes zwischen Moralität und Legalität nicht immer möglich, weil niemand die Folgen derartiger Abänderung abzusehen vermag. Infolgedessen kann es vorkommen, daß die öffentliche Meinung und auch Behörden stillschweigend moralisch gerechtfertigte, aber illegale Handlungen Privater dulden. Die öffentliche Verwaltung selbst muß sich jedoch auf diesem Gebiet in weit engerem Rahmen halten, um nicht die Rechtsordnung und damit die Grundlage des Zusammenlebens der Gemeinschaft zu gefährden.

Beispiel:

Eine Großstadt konnte im Jahre 1947 zu den auf sie entfallenden Kohlenzuteilungen von einer Grube eine zusätzliche Menge Kohlen erhalten, die sie in die Lage versetzte, eine Zusatzzuteilung an die Bevölkerung vorzunehmen. Sie mußte sich die Kohle an der Grube abholen, besaß aber keinen Treibstoff, um den nur durch LKW. möglichen Transport durchzuführen. Sie tauschte nun einen Teil der Kohle gegen Treibstoff durch Vermittlung einer Person, die „ungenannt zu bleiben wünschte". Mit Hilfe dieses Treibstoffes konnte die Kohle geholt werden, und jede Familie der Stadt erhielt einen zusätzlichen Zentner Kohle. Das Geschäft verstieß objektiv gegen die Preis- und Wirtschaftsstrafbestimmungen.

Schrifttum

Anschütz, Gerhard, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preußischem Staatsrecht. Tübingen und Leipzig 1901 (2. Aufl.).

Aretin, Joh. Christ. Frhr. v., Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie. Fortgesetzt von Karl v. Rotteck. Altenburg 1824—1828.

Arndt, Das selbständige Verordnungsrecht. Berlin 1902.

Baehr, Otto, Der Rechtsstaat. Kassel 1864.

Cramer, Johann Ulrich v., Wetzlarische Nebenstunden. Ulm 1755—1773.

Dennewitz, Bodo, Die Systeme des Verwaltungsrechts. Hamburg 1948.

Delolme, L., La constitution d'Angleterre. Paris 1771.

Gerber, Carl Friedrich v., Grundzüge des deutschen Staatsrechts. Leipzig 1880 (3. Aufl.).

Gierke, Otto v., Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien. Breslau 1929 (4. Ausg.).

— Das deutsche Genossenschaftsrecht. Berlin 1868—1913.

Gneist, Rudolf, Englische Verfassungsgeschichte. Berlin 1882.

— Das englische Verwaltungsrecht der Gegenwart in Vergleichung mit dem deutschen Verwaltungssystem. Berlin 1883—1884 (3. Aufl.).

— Der Rechtsstaat. Berlin 1872.

Gönner, Nicolaus Thaddäus, Teutsches Staatsrecht. Landshut 1804.
— Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit. Erlangen 1815.
Hatschek, Julius, Englische Verfassungsgeschichte bis zum Regierungsantritt der Königin Viktoria. München und Berlin 1913.
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Grundlinien der Philosophie des Rechts. Neu herausgegeben von Georg Lasson. Leipzig 1921 (2. Aufl.).
Hubrich, Eduard, Die Entwicklung der Gesetzpublikation in Preußen. Berlin 1918.
Ihering, Rudolf v., Zweck im Recht. Leipzig 1877—1883.
Jellinek, Georg, Gesetz und Verordnung. Freiburg 1887 (anastatischer Neudruck Tübingen 1919).
— Allgemeine Staatslehre. Berlin 1922 (3. Aufl.).
Jellinek, Walter, Der fehlerhafte Staatsakt. Berlin 1908.
— Gesetz und Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Tübingen 1913.
Karlowa, Otto, Römische Rechtsgeschichte. Leipzig 1885—1901.
Kelsen, Hans, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft. In: ArchöffR., Bd. 31 (1913), S. 203.
— Allgemeine Staatslehre. Berlin 1925.
Kornfeld, Ignatz, Allgemeine Rechtslehre und Jurisprudenz. Berlin — Leipzig 1920.
Locke, John, The works of John Locke. Bd. 5 (On civil government). London 1812.
Maurenbrecher, Romeo, Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts. Frankfurt a. M. 1847 (3. Aufl.).
Metzner, Richard, Die Staatstheorie des John Locke nach seinem zweiten Traktat „Über die bürgerliche Regierung". Berlin 1903 (Heidelberger Dissertation).
Mohl, Robert v., Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg. Tübingen 1829—1831.
Mommsen, Theodor, Römisches Staatsrecht. Leipzig 1887 ff.
Montesquieu, Charles de Secondat, De l'esprit des lois. Ausg. Paris 1897.
Moser, Johann Jakob, Von der teutschen Reichsstände Landen. Frankfurt a. M. und Leipzig 1769.
— Von der Landeshoheit in Regierungssachen. Frankfurt a. M. und Leipzig 1772.
Pietsch, Theodor, Über das Verhältnis der politischen Theorie Lockes zu Montesquieus Lehre. Breslau 1887 (Berliner Dissertation).
Pütter, Johann Stephan, Institutiones juris publici germanici. Göttingen 1782.
— Beyträge zum Teutschen Staats- und Fürstenrecht. Göttingen 1779.
Pufendorf, Samuel, De jure naturae et gentium, Londini Scanorum 1672.
Rönne, Ludwig v., Das Staatsrecht der Preußischen Monarchie. Leipzig 1881—1882 (4. Aufl.).
Roß, Alf, Theorie der Rechtsquellen. Leipzig und Wien 1929.

Rotteck, Carl v., Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften. 2. Bd.: Lehrbuch der allgemeinen Staatslehre. Stuttgart 1830.
Rousseau, Jean Jaques, Du contrat social ou principes du droit politique. Ausg. Paris 1896.
Sauer, W., Nassau unter dem Minister von Marschall. In: Annalen des Vereins für Nassauische Altertümer und Geschichtsforschung, Bd. 20 (1890), S. 79 ff.
Savelkouls, Hermann, Das englische Kabinettsystem. München 1934.
Schmidt, Richard, Allgemeine Staatslehre. Leipzig 1901—1903.
Schüle, Adolf, Staat und Selbstverwaltung in England. Berlin 1933.
Schultes, Karl, Um die deutsche Verfassung. In: Neue Justiz 1948, S. 177.
Somlo, Felix, Juristische Grundlehre, Leipzig 1917.
Stahl, Friedrich Julius, Die Philosophie des Rechts. 2. Bd.: Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung. Heidelberg 1870 (4. Aufl.).
Stein, Lorenz v., Die Verwaltungslehre. 1. Bd.: Die vollziehende Gewalt. Stuttgart 1869.
Stammler, Rudolf, Deutsches Rechtsleben in alter und neuer Zeit. Charlottenburg 1928.
Thoma, Richard, Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht. In: Festgabe für O. Mayer, S. 167 ff., Tübingen 1916.
Weidner, Otto, Der Grundsatz der Gewaltenteilung und die Weimarer Reichsverfassung. Breslau 1932.
Weiß, Karl Eduard, System des deutschen Staatsrechts. Regensburg 1843.
Wenzel, Max, Der Begriff des Gesetzes. Berlin 1920
Zoepfl, Heinrich, Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts. Leipzig und Heidelberg 1863 (5. Aufl.).

Zweites Kapitel

Verwaltung als Staatsfunktion

1. Grundlagen

Der Grundsatz der Gewaltenteilung kann nicht kompromißlos durchgeführt werden. Ein so kompliziertes Gebilde wie der moderne Staat arbeitet nicht mit mathematischer Exaktheit. In bezug auf die Verwaltung sind es hauptsächlich zwei Komplexe, die Unklarheiten aufkommen lassen.

Verwaltung im gegenständlichen Sinn wird nicht nur von Verwaltungsbehörden durchgeführt. Vielmehr befassen sich auch Staatsstellen, die primär für Rechtsetzung und Rechtsprechung zuständig sind, mit Verwaltungsaufgaben. Umgekehrt kann es vorkommen, daß sich Verwaltungsbehörden mit Rechtsprechung oder Rechtsetzung befassen.

Die Grenzen der einzelnen Staatsfunktionen sind nicht immer klar und eindeutig. Es finden Übergriffe der Behörden der einen Funktion in den gegenständlichen Aufgabenbereich und möglicherweise auch die Organisation einer anderen Funktion statt.

2. Gesetzgebung und Verwaltung

Gesetzgebung bedeutet die Schaffung von Gesetzen[1]). Das besagt aber nicht, daß sich die Tätigkeit der Staatsstellen, die sich hauptsächlich mit der Gesetzgebung zu befassen haben, im modernen Rechtsstaat also die Parlamente, in dem Erlaß von Gesetzen erschöpft. Wie in früherer Zeit so üben sie auch heute in Ausnahmefällen Verwaltung aus. Hierzu kann sich die Rechtswissenschaft nur unter Beachtung der jeweils vorhandenen positiven Rechtsätze äußern[2]). Einer der bedeutendsten Fälle ist das Budgetrecht[3]).

Verwaltungsbehörden können auch im modernen Rechtsstaat Recht setzen. Denkbar ist der Erlaß von Rechtsverordnungen in den verschiedenen Gewändern dieser Einrichtung[4]). Hierbei handelt es sich meist um dem Tatsachenmaterial nach leicht erkennbare und übersichtliche Fälle. Doch wird der Gegenstand für die Rechtswissenschaft dadurch kompliziert, daß die Tatsache und der Umfang der Gesetzgebungsbefugnis durch Verwaltungsbehörden einer der wichtigsten Punkte der Innenpolitik ist. Von seiner Behandlung hängt der Staatsaufbau wesentlich ab. So ist es verständlich, daß die Rechtswissenschaft oft in den Dienst der Politik gestellt wurde. Hiergegen ist nichts zu sagen, wenn es in offener Weise geschieht. Auf jeden Fall gehört es zu den Aufgaben der Wissenschaft, klar und deutlich darzulegen, wo die objektive Rechtsdarstellung aufhört und die subjektive politische Ansicht beginnt.

---

[1]) „Das Wort Gesetz gehört zu den vieldeutigsten in der Sprache der Wissenschaft und des täglichen Lebens", so G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 226, der in diesem Werk eine auch noch für die Gegenwart grundlegende Betrachtung über das Wesen des Gesetzes bringt; vgl. auch Wenzel, Der Begriff des Gesetzes, S. 32 ff. oder für die Wiener Schule Ross, Rechtsquellen, S. 371 ff. — Die Klärung des Begriffes Gesetz muß in einer verwaltungsrechtlichen Darstellung vorausgesetzt werden. Sie ist Sache der Staatslehre und des Staatsrechts.

[2]) Diese Fälle, sowie diejenigen, in denen Rechtssetzungsstellen ausnahmsweise Recht sprechen, sind im Staatsrecht zu erörtern. Vgl. z. B. über englische Grundlagen Hatschek, Engl. Verfassungsgeschichte, S. 250 ff., für das Staatsrecht der deutschen Republik Stier-Somlo, Reichsverfassung.

[3]) Das Budgetrecht war ein Lieblingsgegenstand der konstitutionellen Lehre, vgl. z. B. Laband, Staatsrecht IV, S. 522 ff.

[4]) Vgl. unten 5. Kapitel.

3. Rechtsprechung und Verwaltung

a) Unterscheidung

Im Gegensatz zur Unterscheidung zwischen Rechtsetzung und Verwaltung ist der Unterschied zwischen Rechtsprechung und Verwaltung nicht bloß aus für den Einzelfall vorhandenen positiven Vorschriften ersichtlich. Vielmehr ist Klarheit oft nur durch den Rückgriff auf die allgemeinen Rechtsgrundlagen des staatlichen Rechts zu gewinnen. Staat und Recht sind nach der Auffassung des Rechtsstaates zwar zwei unmittelbar verbundene, aber doch je in sich geschlossene, der Verwirklichung je eine besonderen Wertidee dienende Bereiche des geistigen Lebens[1]). Im Rechtsstaat sind nun sowohl Rechtsprechung als auch Verwaltung auf das engste mit dem Recht verbunden. Das ist wohl der tiefere Grund, weshalb die Unterscheidung beider Funktionen in der Vergangenheit so schwer zu erreichen war. Er macht es auch verständlich, weshalb heute noch oder wieder der Unterschied mit tiefem Mißtrauen betrachtet wird und weshalb für die Praxis und Rechtslehre, die die Unterscheidung grundsätzlich anerkennen, ihre Feststellung im Einzelfall so schwer ist. Als allgemeine Richtlinie kann festgestellt werden, daß die Verwaltung das Recht nicht um seiner selbst willen anwendet, unbekümmert um das an letzter Stelle des jeweiligen Vorganges stehende Ergebnis, sondern daß sie bei ihren Handlungen immer das zu erreichende Ziel vor Augen hat. Das Recht ist bei ihr also Mittel zum Zweck. Wenn das im Sinne einer ordnungsgemäßen Verwaltungsführung erstrebenswerte Ziel ohne Anwendung von Rechtssätzen erreicht werden kann, hat die Verwaltung ebenfalls ihre Pflicht getan. Demgegenüber ist die Rechtsprechung viel enger mit dem Recht verbunden. Das Recht ist für sie nicht Selbstzweck[2]) in dem Sinne des Satzes: Fiat justitia, pereat mundus. Auf diese einfache Formel läßt sich der Unterschied nicht bringen, denn auch die ordentlichen Gerichte haben das wirtschaftliche und soziale Ziel, das sie mit ihrer Entscheidung erreichen wollen oder das ganz einfach ohne ihr Zutun, aber infolge ihrer Entscheidung sich ergibt, nie aus dem Auge zu verlieren. Aber in der Form ihres Vorgehens und hinsichtlich des Inhaltes der von ihnen zu bearbeitenden Gegebenheiten sind die Gerichte viel enger an das objektive Recht gebunden als die Verwaltungsbehörden. Und schließlich kann es vorkommen, daß für Gerichtsentscheidungen die Rechtsanwendung wirklich einmal Selbstzweck wird, nämlich dann, wenn

[1]) So Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 98.

[2]) Diese vom Liberalismus, z. B. Fleiner, Institutionen, S. 7, vertretene Ansicht ist nicht mehr aufrechtzuerhalten.

unabhängig von allen Folgen wirtschaftlicher oder sozialer Art die Rechtslage geklärt werden soll. Wenn man will, kann man die gesamte gerichtliche Tätigkeit unter dem Begriff Rechtspflege zusammenfassen. Dabei darf nur nicht übersehen werden, daß der Begriff kein rein formeller ist in dem Sinne, daß jede objektiv richtige oder auch rechtswissenschaftlich haltbare Anwendung des Rechts allein Rechtspflege wäre. Rechtspflege ist notwendigerweise auch die materiell oder die subjektiv richtige Anwendung des Rechts, sodaß es Unrechtspflege ist, wenn an möglicherweise durchaus korrekt angewandten Paragraphen Menschenschicksale zerbrechen, ohne daß ganz bewußt ein Opfer des einzelnen für die Gemeinschaft verlangt zu werden braucht.

Sowohl Gerichte als Verwaltungsstellen haben zu gestalten und zu entscheiden. Das erste ist nicht allein der Verwaltung und das zweite nicht allein der Rechtspflege vorbehalten. Denn auch die Verwaltung entscheidet in feststellenden (deklaratorischen, entscheidenden) Verwaltungsakten[1]) oder in Verwaltungsgerichtsurteilen[2]) und umgekehrt gestaltet das Gericht, z. B. in der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder durch Scheidungsurteile.

So liegt es nicht nur in politischen Vorurteilen, sondern im Gegenstand selbst begründet, wenn sich in den deutschen Ländern die Trennung zwischen Verwaltung und Rechtsprechung langsam und in immer neuen Anläufen vollzog. In Preußen, das als Musterbeispiel für die Verhältnisse in anderen Ländern gelten kann, spielt sie erstmalig eine Rolle in dem Ressortreglement vom 26. Dezember 1808 über die verbesserte Einrichtung der Provinzial-, Polizei- und Finanzbehörden. Das Reglement unterscheidet nach dem Vorgang des älteren Justizstaates Hoheits-, Polizei- und Justizsachen. Justizsachen sind organisatorisch alle Sachen, die vor die Gerichte kommen; und vor die Gerichte kommen alle Sachen, von denen das im Gesetz gesagt oder nach Wesen und Aufbau des Gesetzes anzunehmen ist. Schon hier zeigt sich, daß die sachliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte durch die Aufzählung der im Gesetz erfaßten Tatbestände, sei es ihrer Spezies, sei es ihrer Gattung nach, umschrieben wird. Hierzu zählen z. B. alle Kammeralsachen, das sind die Angelegenheiten, in denen der Fiskus als Beklagter in Anspruch genommen wird (§§ 34, 41 des Reglements). Polizeisachen sind die Angelegenheiten staatlicher Tätigkeit, bei denen eine derart enge Bindung an die Gesetze nicht festzustellen ist. Es erleichterte die Trennung kaum, daß damals die Staatsgewalt nicht als ein einheitliches Imperium, sondern —

[1]) Vgl. unten S. 162.
[2]) Vgl. unten S. 271.

historisch und entwicklungsmäßig durchaus richtig — als ein Bündel verschiedener, wenn auch an einer Stelle ruhender Rechte angesehen wurde. Denn diese Rechte waren nach Inhalt und Herkunft so verschieden, daß sie gegenüber der sichtbar in der Person des Staatsoberhauptes in Erscheinung tretenden Einheit der tatsächlichen Staatsgewalt nicht ins Gewicht fallen und ihr vor allem kein zu einem System zusammengefaßte Gruppeneinteilung von Rechten gegenüberstellen konnten. Für die Bildung der Auffassung, daß es sich bei der Staatsgewalt nicht nur um eine in der Person des Staatsoberhauptes liegende, gewissermaßen physische, sondern um eine ideelle Einheit handelt und dann wiederum für die Trennung dieser Gewalt in mehrere Funktionen waren andere, nämlich logische und dogmatische Überlegungen und Erkenntnisse maßgeblich.

Bei dieser Aufspaltung in mehrere Funktionen nun steht das nach außen Sichtbare zunächst im Vordergrund. Das hat eine bis heute nachwirkende Folge: Man sieht die Trennung der Funktionen in erster Linie in der Organisation. Die Zuweisung der verschiedenen von den verschiedenen Funktionen zu erledigenden Aufgaben an bestimmte Behörden ist das äußere Zeichen der vollzogenen Gewaltentrennung. Der Inhalt der staatsgewaltlichen Funktion tritt dabei häufig in den Hintergrund. Insbesondere die Gesetzespraxis betrachtet die Gewaltentrennung zwar nicht ausschließlich oder grundsätzlich[1]), aber doch tatsächlich weitgehend vom Standpunkt der Zuweisung einer Aufgabe an Gericht oder Verwaltungsbehörde aus.

Beispiel:

„Zwecks Gewährleistung einer vollständigen Trennung des Rechtswesens von der politischen Verwaltung und ihren Einflüssen wird verordnet, daß alle Staatsbeamten, die sich mit dem Rechtswesen beschäftigen, einschließlich aller Mitglieder der Staatsanwaltschaft auch weiterhin der Überwachung und Verwaltung von Behörden unterstehen, die heute oder in einem späteren Zeitpunkte die Funktionen des Reichsjustizministeriums in der britischen Zone ausüben werden." Anweisung der brit. Militärregierung betreffend Trennung von Justiz und Verwaltung vom 1. 3. 1946, Justizblatt für den Oberlandesgerichtsbezirk Köln 1946, S. 51.

Auch die Rechtslehre geht häufig nicht aus von dem verschiedenen Inhalt der staatlichen Akte, sondern von der verschiedenen staatsrechtlichen Stellung der Organe, welche zur Vornahme der staatlichen Geschäfte berufen sind[2]).

---

[1]) § 4 EGGVG. geht z. B. von einem gegenständlichen Begriff der Verwaltung aus.

[2]) So z. B. Laband, Staatsrecht II, S. 162.

Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß Verwaltung und Rechtsprechung sich einzig und allein nach ihrem Inhalt unterscheiden und daß die Inanspruchnahme der einen oder anderen Behörde lediglich eine Folge der durch den Inhalt bewirkten Zuweisung des einzelnen Falles an die eine oder andere Funktion ist[1]).

Auf diesen Grundlagen baut die wichtigste Bestimmung für die Abgrenzung der Verwaltung von der Rechtsprechung, § 13 GVG., auf: 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. Diese Bestimmung ist wörtlich auch in die allgemeine Anweisung für Richter Nr. 2 der Militärregierung übernommen worden. Sie eröffnet den Rechtsweg, wo Reichs- und Landesgesetze ihn ausdrücklich zubilligen oder wo es sich in Ermanglung solcher Vorschriften um eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit handelt (§ 3 EGZPO.). Allerdings befaßt sich § 13 GVG. nur mit der streitigen Gerichtsbarkeit: Die Rechtsprechung in Zivil- und Strafsachen wird der Justiz übertragen. Schon wegen dieser Beschränkung ist § 13 GVG. nicht als Kodifikation der Gewaltenteilung aufzufassen. Die Beschränkung hat weiterhin zur Folge, daß die Zuständigkeit der ordentlichen Zivil- und Strafgerichte die gleiche ist, unabhängig davon, ob eine Verwaltungsgerichtsbarkeit besteht oder nicht und unabhängig davon, ob diese nach der Generalklausel arbeitet oder nicht (vgl. hierzu § 22 Abs. 3 brit. VO. Nr. 165; § 22 Abs. 1 südd. VGG.). Die Frage der Zuordnung einer Angelegenheit zu einem bestimmten Verfahren oder Rechtsweg ist eine verfahrensrechtliche. Die Zulässigkeit des Rechtswegs ist für den Zivilprozeß eine Prozeßvoraussetzung

b) Verwaltungssachen vor ordentlichen Gerichten.

Für die Rechtsprechung zuständig sind grundsätzlich die ordentlichen Gerichte. Die Aufgabe der Gerichte ist im wesentlichen die Erfassung und Beurteilung von in der Vergangenheit liegenden Ereignissen, wenngleich weite Gebiete der Justiz, so z. B. die freiwillige Gerichtsbarkeit, rechtsgestaltend wirken. Die Rechtsprechungsstellen klären, was Rechtens ist entweder zur Entscheidung von — meist privaten — Streitig-

[1]) Die übermäßige Betonung des organisatorischen Unterschiedes in der konstitutionellen Lehre führte manche zu der Ansicht, daß diese Lehre die Theorie von der Gewaltentrennung grundsätzlich verneinte; so G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 366.

keiten, die Zivilrechtspflege, oder zur Bestrafung, die Strafrechtspflege. Die Entscheidung der Frage, was als bürgerlichrechtliche Streitigkeit im Sinne des § 13 GVG. anzusehen ist, richtet sich nach dem Sachvortrag des Klägers im gerichtlichen Verfahren[1]). Auf den materiellrechtlichen Inhalt dieses Vortrages kommt es an, nicht auf den Wortlaut der Anträge[2]) oder die Rechtsauffassung des Klägers[3]). Behauptet der Kläger in schlüssiger Weise das Vorliegen eines zivilrechtlichen Verhältnisses, aus dem er den Klageanspruch herleitet, dann liegt eine bürgerlich-rechtliche und keine verwaltungs-rechtliche Streitigkeit vor. Der Kläger muß den erhobenen Anspruch aus irgendeiner Bestimmung des bürgerlichen Rechts rechtfertigen[4]), sei es aus Vertrag, aus Geschäftsführung ohne Auftrag, aus ungerechtfertigter Bereicherung, aus unerlaubter Handlung, oder aus einem dinglichen Rechtsverhältnis. Darauf, ob die aufgestellten tatsächlichen Behauptungen den erhobenen Anspruch rechtfertigen können oder doch wenigstens eine Möglichkeit hierfür ersehen lassen, kommt es nicht an. Diese Frage entscheidet sich erst bei der später einsetzenden sachlichen Prüfung des Klageanspruchs. Eine Ausnahme von dem Grundsatz besteht nur für das Gebiet der Staatshaftung. Hier müssen die tatsächlichen Behauptungen wenigstens die Möglichkeit einer Verantwortlichkeit des Staates erkennen lassen, sodaß schon für die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges eine gewisse Nachprüfung des tatsächlichen Vorbringens des Klägers auf seine rechtliche Begründetheit hin geboten ist[5]).

Nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist die Natur der Parteien. Der ordentliche Rechtsweg ist insbesondere nicht nur für Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatpersonen zulässig. Durch § 4 EG ZPO. wird für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten dem Landesrecht der Ausschluß dieses Rechtsweges, weil als Partei der Staat oder eine öffentlich-rechtliche Körperschaft beteiligt ist, ausdrücklich verboten[6]).

Beispiel:

Eine Gemeinde befiehlt einem Mieter eines ihr gehörenden Hauses die Räumung binnen einer bestimmten kurzen Frist. Der Mieter beantragt bei

---

[1]) Baumbach, ZPO., § 13 GVG., Anmerkung D.

[2]) RGZ. 105, 39; 108, 167.

[3]) RGZ. 146, 426; 162, 233; 167, 312.

[4]) Krückmann, in: JW. 1925, S. 777.

[5]) Wegen des Inhaltes des öffentlichen Rechtsverhältnisses vgl. unten S. 55.

[6]) Anderer Ansicht anscheinend Kleinrahm, in: MDR. 1948, S. 109. — Otto Mayer, Verwaltungsrecht I, S. 15, oder Fleiner, Institutionen, S. 119, vertraten den Standpunkt, daß ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis nur bei Beteiligung eines „herrschaftlichen" Subjektes vorliege.

dem Amtsgericht den Erlaß einer einstweiligen Verfügung dahin, daß der Gemeinde untersagt wird, ohne gerichtliches vollstreckbares Räumungsurteil die Räumung des Hauses vorzunehmen. Der Rechtsweg ist nicht deshalb unzulässig, weil die eine Partei keine Privatperson ist. (Landgericht Koblenz vom 9. 12. 1947 in: MDR. 1948 S. 80.)

Umgekehrt bewirkt nicht schon die Beteiligung einer Obrigkeitsperson, daß ein öffentliches Rechtsverhältnis entsteht.

Beispiel:

Die Vereinbarung eines Bürgermeisters mit den Wirten der Gemeinde, wonach diese den unverheirateten Lehrern im Ort abwechselnd Verköstigung gewähren sollen, erzeugt nicht ohne weiteres öffentliche Pflichten der Wirte. — Zeitschr. f. bad. Verw. 1924, S. 64.

„Die von einem Vertreter in Ausübung seiner Vertretungsmacht über Vermögensstücke (Privatrechte) des Vertretenen getroffenen Verfügungen werden grundsätzlich ihres privatrechtlichen Charakters nicht dadurch entkleidet, daß der Vertreter eine Behörde ist." — Sächs. OVG. 27, 286; 32, 16.

Keinen Anhaltspunkt bietet die Entstehungsart der rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien. Es können auch aus Anlaß bestimmter Rechtsverhältnisse weitere Rechtsverhältnisse entstehen, die dann jeweils entsprechend ihrem eigenen Wesen zu beurteilen sind[1]).

Der ordentliche Rechtsweg wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß sich der Beklagte auf ein im öffentlichen Recht wurzelndes Gegenrecht beruft. Maßgeblich bleibt immer der Klagevortrag[2]).

Beispiel:

Der Eigentümer eines PKW. verklagt eine Gemeinde auf Herausgabe des ihr nach RLG zugewiesenen PKW. mit der Behauptung, die Inanspruchnahmeverfügung sei widerrufen worden. Die Beklagte bestreitet das und stützt ihre Herausgabeweigerung auf diese Verfügung. Die Einwendung nimmt dem Rechtsstreit nicht seinen bürgerlich-rechtlichen Charakter. (LG. Hagen vom 23. 1. 1948 in Justizministerialblatt Nordrhein-Westfalen 1948, S. 169)[3]).

Der Überblick zeigt, wie verschieden die Gesichtspunkte sind, aus denen sich die Zugehörigkeit des einen oder anderen Gegenstandes zum Privatrecht oder zum öffentlichen Recht ergibt. Hinzu tritt noch die nach verschiedenen Zeiten verschiedene Betrachtungsweise. So ist nicht

[1]) Vgl unten S. 75.

[2]) So ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts, z. B. RGZ. 123, 183; 125, 396; 157, 116; Seufferts Archiv, 78, 151. — Wertvolle Hinweise über die Methodik der Prüfung bei Baumbach a. a. O. Anm. 3; auch Hamelbeck, DRZ. 1949, 299.

[3]) Vgl. ferner Landgericht Hagen: MDR. 1947, 233; Landgericht Frankfurt in: NJW. 1947, 106; Jellinek in: SJZ. 1946, 176; Kleinrahm in: Haus und Wohunng, 1947, 379.

zu verkennen, daß in neuerer Zeit viele Dinge nach öffentlichem Recht beurteilt werden, während ehedem nur Privatrecht für sie zur Anwendung kam. Die Lehre von der „bürgerlich-rechtlichen Streitigkeit kraft Tradition"[1]), sucht das Verfahren von derartigen Meinungsänderungen zu lösen. Die Lehre bedeutet, daß alle Ansprüche, die zur Zeit des Erlasses der Reichsjustizgesetze (1877 bis 1879) als zivilrechtliche angesehen wurden, weiterhin vor die Zivilgerichte gehören, unabhängig davon, ob sie späterhin einmal als öffentlich-rechtliche qualifiziert worden sind[2]).

Von dem Grundsatz, daß für alle bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten und Strafsachen die ordentlichen Gerichte zuständig sind, gibt es, wie § 13 GVG. zeigt, Ausnahmen. Die Behandlung einzelner Streitgegenstände, die ihrem Inhalt nach bürgerlich-rechtlich sind, kann kraft positiven Rechtes anderen Behörden übertragen werden. Zur Ausschließung des Rechtsweges in solchen Fällen ist stets ein besonderes Gesetz erforderlich[3]), welches nicht der Verfassung widersprechen darf[4]). An die Stelle des ordentlichen Gerichts können nur Verwaltungsstellen einschließlich der Verwaltungsgerichte, keine Privatpersonen treten[5]). Der Rechtsweg darf nicht wegen der Person des Betroffenen ausgeschlossen werden und ihn so jeden Rechtsschutzes berauben[6]). In Abweichung von § 13 GVG. verbietet Art. 92 westd. GG. die Zuweisung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten an Verwaltungsbehörden[7]). Dadurch wird jedoch die gesetzliche Übertragung der Zuständigkeit auf Verwaltungsgerichte nicht ausgeschlossen. Strafsachen konnten und können nie durch Landesgesetz den ordentlichen Gerichten entzogen und auf Verwaltungsbehörden einschließlich der Verwaltungsgerichte übertragen werden[8]).

Beispiel:

Reichsrechtlich: Wehrmachtsversorgungsgesetz vom 19. 9. 1925 (§ 91), Aufwertungsgesetz vom 16. 7. 1925 (§ 69).
Landesrechtlich: Preußische Jagdordnung von 1907.

---

[1]) Der Name stammt von Lassar Erstattungsanspruch, S. 81.

[2]) Bestritten! Bejahend: RGZ. 92, 310 (Grundlegende Entscheidung), 166, 228; Stein-Jonas, ZPO. Anm. II B 3 vor § 1; LVG. Hamburg in: MDR. 1949 S. 312 mit zustimmender Anm. von Schack; Bettermann, MDR. 1949,394. Verneinend für Westdeutschland wegen der Generalklausel im Verwaltungsstreitverfahren: Ule, DRZ. 1949 10. Beiheft und ZJBl. brit. Zone 1949, 61; Baumbach, GVG. § 13 Anm. 1 B.

[3]) RGZ. 89, 209, Landesgesetz stets nur für ein Land!

[4]) RGZ. 111, 279.

[5]) RGZ. 107, 323.

[6]) RGZ. 106, 40.

[7]) Dernedde, in: ZJB. brit. Z. 1949, 101; Strauß, SJZ. 1949, 525.

[8]) Wegen der Übertragung von Strafsachen auf die Verwaltung unten S. 375.

Umgekehrt rücken die ordentlichen Gerichte in zwei Richtungen an die Verwaltungstätigkeit heran. Das große Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit weist ihnen schöpferische Aufgaben zu, ein Gestalten der Ereignisse auch für die Zukunft. Sodann kann ihnen die Entscheidung über Gegenstände übertragen werden, die weder freiwillige Gerichtsbarkeit noch Zivil- oder Strafrechtspflege sind. Ob von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wird, hängt von der allgemeinen Ansicht über den Einsatz der verschiedenen Behörden ab. Ausnahmsweise ist also bei öffentlich-rechtlicher Natur des Klageanspruchs der Rechtsweg zulässig, wenn das Gesetz den Anspruch den Gerichten zur Behandlung im ordentlichen Prozeßverfahren zuweist[1]). Diese Regelung trifft dann auch die sich aus einem solchen Rechtsverhältnis ergebenden Rechtsansprüche.

Von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen, für die der ordentliche Rechtsweg offen steht, sind insbesondere zu erwähnen:

a) Manche öffentlich-rechtlichen Entschädigungsansprüche gegen den Staat. Sie sind gegeben, wenn der Staat für ein im Rahmen eines Gesetzes vorgenommenes Vorgehen Entschädigung gewährt. Besonders hervorzuheben sind:

aa) Aufopferungsansprüche, wie sie z. B. in §§ 74, 75 Einleitung pr. ALR. festgelegt sind. Darunter zu verstehen ist die Aufopferung eines besonderen Rechtes, welches einem wichtigeren Recht weichen muß[2]).

Beispiel:

Eine Quelle wird im Verfolg von Desinfektionsarbeiten gemäß dem Reichseblausgesetz vom 6. 7. 1904, §§ 6 ff. verunreinigt. Durch die Quelle wird eine Wasserleitung gespeist. Während der Zeit der Desinfektionsarbeiten ist diese unbenutzbar. Der Eigentümer opfert ein Recht auf, kann aber Entschädigung gemäß § 75 Einleitung ALR. verlangen, die er vor dem ordentlichen Gericht geltend macht. (RGZ. 64, 184).

bb) Ansprüche aus polizeilichem Notstand. Wenn ein rechtmäßiger Betrieb wegen überwiegender Gefahren für die Allgemeinheit untersagt werden muß (§ 51 GewO., § 70 pr.PVG.), hat der Betroffene einen Schadenersatzanspruch, den er vor dem ordentlichen Gericht geltend machen kann.

cc) Entschädigungsansprüche aus Enteignung, sofern der ordentliche Rechtsweg nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist[3]).

---

[1]) RGZ. 164, 226.

[2]) Vgl. unten S. 232 ff.

[3]) Wegen der einzelnen Enteignungsgesetze vgl. unten S. 231.

b) Die Nachprüfung polizeilicher Strafverfügungen (z. B. § 62 pr.PVG.), sofern diese Einrichtung noch besteht[1]).

c) Vermögensrechtliche Ansprüche der Beamten, Ruhestandsbeamten und Hinterbliebenen (§§ 142, 182 DBG.), sofern die neuen landesrechtlichen Beamtengesetze nicht andere Bestimmungen enthalten[2]), sowie die Einwendung des Beamten gegen seine Erstattungspflicht nach § 8 des Erstattungsgesetzes vom 18. April 1937 — RGBL. I, 161 — Hat eine beamtenrechtliche Verfügung einer Behörde neben vermögensrechtlichen Folgen auch einen Eingriff in Nichtvermögensrechte zur Folge, so steht es dem betroffenen Beamten frei, den Sachverhalt nach seiner Wahl den Verwaltungsgerichten oder den bürgerlichen Gerichten zu unterbreiten[3]). Art. 33 Abs. 5 westd. GG. hält diese Bestimmung aufrecht.

d) Entschädigungsansprüche gegen den Staat und des Staates aus Amtspflichtverletzungen. Nach Art. 131 WRV. und entsprechend Art. 34 westd. GG. ist der ordentliche Rechtsweg insbesondere gangbar, wenn ein Willkürakt vorliegt[4]) und wenn ein besonders geordneter Verwaltungsschutz fehlt[5]).

e) Einige Ansprüche auf Spezialgebieten (z. B. Steuerstreitigkeiten — Reichszuwachssteuergesetz —, pr. Gesetz betreffend die Erweiterung des Rechtsweges vom 24. Mai 1861).

In den letzten Jahrzehnten ist jedoch das Bestreben zu beobachten, für die Erledigung besonders qualifizierter Rechtsstreitigkeiten auch besondere Gerichte einzusetzen. Das hängt mit der modernen Tendenz zusammen, das Privatrecht zugunsten des Verwaltungsrechts zurückzudrängen[6]).

---

[1]) Vgl. unten S. 370.

[2]) Maßgeblich sind § 71 GVG., §§ 142, 182 DBG. und § 13 Erlaß des Führers und Reichskanzlers über die Errichtung des Reichsverwaltungsgerichts vom 3. 4. 1941 — RGBl. I S. 201 —. Der in § 13 in Aussicht genommene Zeitpunkt des Inkrafttretens kam nicht, weil der RdI. ihn nicht festgesetzt hat. Andererseits sind für Ansprüche eines Beamten aus seinem Beamtenverhältnis, die nicht ausschließlich vermögensrechtlicher Natur sind, die Verwaltungsgerichte zuständig (VO. Nr. 10 und 141 brit. MilReg.; vgl. Verwaltungsgericht Hamburg vom 10. 6. 1948 in: MR. 1948, S. 261).

[3]) Hess. VGH. vom 5. 8. 1947, in: Arch. öff. R. 1948, S. 351.

[4]) RGZ. 118, 229.

[5]) Baumbach, a. a. O., Anmerkung 1 C.

[6]) Vgl. hierzu Urteil des OLG. Stuttgart vom 22. 10. 1947 in: SJZ. 1947, 615; 1948, 89.