Werk

Titel: Kritische Studien zur Systematisierung der Staatsfunktionen

Autor: Beyer, Bruno

Ort: Tübingen

Jahr: 1911

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345616871_0067|log57

Kontakt/Contact

Digizeitschriften e.V.
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

info@digizeitschriften.de

I. ABHANDLUNGEN.

KRITISCHE STUDIEN zur SYSTEMATISIERUNG DER STAATSFUNKTIONEN.

Von

Rechtsanwalt Dr. BRUNO BEYER.

Kap. I. Materielle und formelle Staatsfunktionen.

§ 1. Historischer Ueberblick.

Die Staatsrechtswissenschaft ist lange Zeit bei der Systematisierung der Staatsfunktionen in vielfach wechselnder Folge entweder von einem materiellen oder einem formellen Prinzip ausgegangen: man zog entweder die Objekte, auf die sich die Staatstätigkeit jeweils direkt oder indirekt erstreckte, oder aber den Zuständigkeitsumfang der einzelnen Staatsorgane als das für die Klassifizierung wesentliche Merkmal heran. Während die erste Methode keine eigentlich juristische ist, wird bei der zweiten ein juristisch verhältnismäßig wenig bedeutsamer Umstand als Unterscheidungsmerkmal verwendet. Was das Objekt der Staatsfunktionen anlangt, so kann ihr Erfolg oder — für die vorwärts schauende Betrachtung — der mit ihnen verfolgte Zweck trotz noch so großer Verschiedenheit der Objekte durch die juristisch verschiedenartigsten Handlungen erreicht werden. Sogar private Handlungen der Glieder des Staates können ihn zeitigen. Zur Herbeiführung des mit einer Baupolizeiordnung verfolgten Zweckes,

daß die zu errichtenden oder errichteten Gebäude z. B. in einen feuersicheren Zustand gebracht werden, ist begrifflich und bei genügender Einsicht der Beteiligten auch praktisch z. B. auch private Belehrung über die Vorzüge der zur Verhütung der Feuersgefahr erforderlichen Bauart genügend. Der gleiche Erfolg wie der durch die Befolgung der Baupolizeiordnung herbeigeführte würde andererseits auch dadurch erreicht werden, daß der Staat selbst alle in Frage kommenden Gebäude nach Maßgabe der Sicherheitsgrundsätze errichtete. Hebt sich aber der Erlaß einer Baupolizeiordnung als Staatsfunktion gegenüber privater Tätigkeit und andererseits von der in der polizeiordnungsgemäßen Errichtung von Gebäuden bestehenden Tätigkeit ab, so muß auch für ihre Klassifizierung als Staatsfunktion ein Moment verwendet werden, das Beziehung auf diese ihre Eigenschaften hat. Für eine rechtliche Würdigung der in einer Polizeiverordnung zu Tage tretenden Staatsfunktion in ihrem Gegensatze zu anderen oder den anderen Staatsfunktionen ist daher durch die Heranziehung dieses entfernten Objekts der Staatsgewalt wenig gewonnen. Es fehlt dieser Betrachtungsweise das juristische Moment. Die rein formell-juristische Methode, bei welcher lediglich der Kompetenzumfang konkreter Staatsorgane zur Systematisierung der Staatsfunktionen verwendet wird, entspricht nicht voll den von einem grundlegenden System zu fordernden Eigenschaften. So unerläßlich die Kenntnis dieser Kompetenzverteilung auch für die Beurteilung konkreter Rechtszustände ist, so kann sie für eine Gliederung der Staatstätigkeiten nach allgemeinen Gesichtspunkten nur insofern Bedeutung haben, als sie ein Bild der Möglichkeiten gewährt, die für ein Wirksamwerden des Staates als solchen bestehen, als sie also der rechtswissenschaftlichen Forschung konkrete Objekte unterbreitet. Für das Wesen der verschiedenen Funktionen, die ein bestimmtes Organ auszuüben die Zuständigkeit hat, kann der Umstand, daß gerade diese oder eine bestimmte Person der Kompetenzträger ist, nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein. Das ergibt sich schon daraus, daß bei einer Aenderung des Zuständigkeitsumfanges der Staatsorgane niemand von einer Wesensänderung der sich nunmehr in Handlungen äußernden Staatsgewalt sprechen wird.

Ergibt sich hieraus die Notwendigkeit, bei der Systematisierung der Staatsfunktionen von ihrem Inhalte auszugehen, so entsteht die weitere Frage, von welchem Gesichtspunkte aus dieser

Inhalt im Gegensatze zu dem letzten Endes durch die Staatsfunktionen bewirkten Erfolge, der, wie sich ergeben hat, kein geeignetes Klassifikationsmerkmal darstellt, betrachtet werden muß, um ein solches zu liefern. Zur Orientierung sei ein Blick auf die geschichtliche Entwickelung der Frage der Systematisierung der Staatsfunktionen geworfen.

Der erste bedeutsame Versuch einer Systematisierung der Staatsfunktionen wurde, soweit die gegenwärtige Kenntnis des Altertums reicht[1]), durch *Plato* unternommen. In der Politie[2]) unterscheidet *Plato* unter Berücksichtigung des Kompetenzumfanges konkreter Staatsorgane unter diesen, den φύλακες, die ἄρχοντες und die ἐπίκουροι, indem er jenen das βουλεύεσθαι, diesen das προπολεμοῦν und ἑπόμενον τῷ ἄρχοντι καὶ ἐπιτελοῦν τὰ βουλευθέντα zuweist. Wenn man berücksichtigt, daß in Athen die ersten drei Archonten die früher königlichen — innerlich durchaus verschiedenartigen — Funktionen auszuführen und die sechs übrigen trotz ihrer gemeinschaftlichen Bezeichnung als Thesmotheten keineswegs lediglich Gesetze zu geben hatten[3]), so ergibt sich, daß diese Einteilung selbst für die rein formelle Methode unzulänglich ist, da sie lediglich von dem Gesichtspunkte der Ueber- und Unterordnung der Staatsorgane ausgeht[4]) und in der Gegenüberstellung des βουλεύεσθαι, das die wichtigeren Staatstätigkeiten erfordern, mit einem ἐπιτελεῖν τὰ βουλευθέντα, das doch gleichfalls einen größeren oder geringeren Grad des βουλεύεσθαι verlangt, logische Schärfe vermissen läßt. Interessanter ist die platonische Stellungnahme zu den Dikasterien. Einerseits scheidet er, wie *Rehm*[5]) richtig erkannt hat, die Tätigkeit des δικαστής streng von der der ἄρχοντες, er kennt eine im κρίνειν bestehende und eine nicht darin bestehende ἀρχή. Andererseits hält er in den νόμοι einen jeden Archon auch für einen Richter, d. h. er sieht anscheinend in der Tätigkeit der ἄρχοντες auch richterliche Funktionen[6]).

1) Abgesehen von einer beiläufig erwähnten Gliederung der Staatstätigkeiten durch *Herodot* in βουλεύματα und ἀρχαί, d. h. solche, die eine Ueberlegung erfordern, d. h. wichtig sind, und solche, die in konkreten Befehlen der Behörden an die Untertanen bestehen (vgl. *Rehm*, Geschichte der Staatswissenschaft, Einleitungsband *v. Marquardsens* Handbuch des öffentl. Rechts, S. 20).

2) V. 463b und c — bei *Müller*, Platons sämtliche Werke übersetzt.

3) Vgl. *Curtius*, Griechische Geschichte, Berlin 1887, I, S. 297, 298.

4) Vgl. auch *Rehm*, a. a. O., S. 46—49. 5) A. a. O., S. 46, 48, 49.

6) VI 767a: πάντα μὲν γὰρ ἄρχοντα ἀναγκαῖον καὶ δικαστὴν εἶναί τινων.

Der erste auf dem Gebiete der Staatsgewaltentheorie bedeutende Forscher, *Aristoteles*, hat dann ein eigenes, vom platonischen prinzipiell abweichendes System der verschiedenen Staatstätigkeiten, die bis auf den heutigen Tag in der Staatsrechtswissenschaft maßgebende Dreigewaltentheorie, aufgestellt, wobei allerdings nicht zu verkennen ist, daß *Aristoteles* auch in seinen abstrakten Erörterungen von konkreten Rechtszuständen ausgeht, und daß im Laufe der Entwickelung der Staatsrechtswissenschaft die Abgrenzung dieser drei Gewalten in verschiedener, von der des *Aristoteles* in wesentlichen Punkten abweichender Weise vorgenommen worden ist.

Aristoteles stellt als erste der Staatstätigkeitsarten das βουλευόμενον περὶ τῶν κοινῶν auf, worunter er[1]) τὸ βουλευόμενον περὶ πολέμου καὶ εἰρήνης καὶ συμμαχίας καὶ διαλύσεως καὶ περὶ νόμων καὶ περὶ θανάτου καὶ φυγῆς καὶ δημεύσεως καὶ περὶ ἀρχῶν αἱρεσέως καὶ τῶν εὐθυνῶν, also ein Konglomerat verschiedenartiger Staatsfunktionen versteht, deren gemeinsames Begriffsmerkmal von *Aristoteles* nicht positiv, sondern nur negativ dadurch bestimmt wird, daß er diesem βουλευόμενον die Funktion des δίκαζον und τὸ περὶ τὰς ἀρχάς als die übrigen Zweige der staatlichen Tätigkeit gegenüberstellt. In ihrer abstrakten Fassung enthalten diese bei den letzteren Funktionen materielle, für die Systematisierung der Staatsfunktionen wichtige Momente; aber das System ist wegen einheitlicher Zusammenfassung der zu dem κύριον, dem »herrschenden Stück des Staates«, gehörenden Funktionen jedenfalls nicht geschlossen, sondern enthält eine, im einzelnen großen Scharfsinn aufweisende Vermengung der materiellen und formellen Betrachtungsweise[2]).

---

1) Pol. VI (IV) 1298a 4. (Aristoteles const. of. Ath. by Sondys, London 1893).

2) *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 545 (Berlin 1900), nimmt bei Aristoteles eine rein formelle Untersuchung der Funktionen der drei Elemente der staatlichen Organisation an. Die teilweise ganz abstrakten Rechtsgrundsätze dürften jedoch darauf hinweisen, daß das materielle Moment jedenfalls nicht ausgeschaltet ist. Eine oberste Herrschergewalt im Sinne des aristotelischen κύριον stellt übrigens auch Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg 1797, § 45, der rechtsprechenden und vollziehenden Gewalt gegenüber. Auch die Auffassung, daß die rechtsetzende Gewalt allen übrigen Gewalten übergeordnet sein müsse, hat bis in die modernste Doktrin hinein zu einer Gegenüberstellung von höchster Gewalt gegenüber anderen Staatsgewalten geführt; vgl. z. B. *Arndt*, Ueber deutsches und preußisches Verordnungsrecht, im Archiv für öffentliches Recht, Band XV, S. 344.

Während in der aristotelischen Lehre das eigentlich juristische Einteilungsprinzip eine, wenn auch untergeordnete Rolle spielt, trat es beim Beginne der modernen Staatslehre zunächst völlig zurück. Für die Untersuchung der Staatstätigkeiten kam als Objekt hauptsächlich der Komplex der monarchischen Kompetenzen in Betracht. Die einheitliche Zusammenfassung der Trägerschaft der Staatsgewalt in den Monarchien führte die Theorie nun zwar zu einer Berücksichtigung des Umstandes, daß bei strenger Durchführung der rein formellen Methode von einer Verschiedenartigkeit der Staatsfunktionen in einer Monarchie überhaupt nicht gesprochen werden kann, da bei einer Vereinigung aller Kompetenzen in einer Person, selbst wenn quoad exercitium eine Kompetenzverteilung besteht, das formelle Unterscheidungsmerkmal der Kompetenzverteilung unter verschiedene Personen fortfällt. Die wissenschaftliche Behandlung der Funktionenfrage verfiel aber nunmehr in das entgegengesetzte Extrem: sie verwertete für die Klassifizierung lediglich die Endobjekte, auf die sich die Tätigkeit des Monarchen erstreckte; indem sie jedoch nicht einmal bei deren Untersuchung eine irgendwie von allgemeinen Gesichtspunkten geleitete Methode einschlug, stellte sie in unwissenschaftlicher Weise als Staatsfunktionen eine Fülle von wahllos aneinander gereihten Majestäts- oder Hoheitsrechten auf. So entstanden die Theorien der partes potentiales von *Bodin* [1]), *Hobbes* [2]) und *Pufendorf* [3]), deren Grundgedanken von den späteren Staatsrechtslehrern [4]) festgehalten wurden. Daneben wurde aber als eigentliches Subjekt der Staatsfunktionen im Gegensatze zum monarchischen Prinzip auch die Volkspersönlichkeit angesehen [5]).

1) Vgl. dessen Aufzählung der vrayes marques de la souveraineté im livre I chap 11 der six livres de la république (Paris 1577); *Bodin* führt die Kontinuität der Staatsfunktionen in der Monarchie auf den Ausschluß der Verjährung monarchischer Rechte zurück (a. a. O., S. 217), ähnlich wie später die Unverjährbarkeit der Souveränität des Volkes angenommen wurde.

2) *Leviathan* (1651), cap. 16 bis 22 und De cive (1646) cap. 5, §§ 9, 10.

3) De jure naturae et gentium libri VIII, Amsterdam 1698, I, cap. 1, §§ 12 bis 15 VIII, cap. 2, § 13.

4) Vgl. z. B. *Brückner*, De Romani Imperatoris Majestate, praecipue reali et personali, 1706, § 18, *Schrodt*, Systema juris publici universalis 1780 II cap. 1, § 1, *Strauss*, De potestate et regalibus Principum 1736 cap. III § 1. Erst *v. Gerber*, Grundzüge eines Systems des Deutschen Staatsrechts. Leipzig 1869, S. 25, 26 (Anm. 1) wies darauf hin, daß die Hoheitsrechte nicht einzelne erworbene Rechte des Staatsoberhaupts, sondern die Staatsgewalt selbst seien.

5) Vgl. *Dock*, Der Souveränitätsbegriff von Bodin bis zu Friedrich dem Großen,

Am Ende des 18. und beim Beginne des 19. Jahrhunderts wurden besonders seitens deutscher Staatsrechtslehrer diese Hoheitsrechte abstrakten Einteilungen unterworfen, die zwar materiell-juristische Momente enthielten, wie die Gegensätzlichkeit von wesentlichen und zufälligen [1]), allgemeinen und besonderen, verleihbaren und unverleihbaren, eingeschränkten und uneingeschränkten, direkten und indirekten, äußeren und inneren, hohen und niederen, nutzbaren und nichtnutzbaren Hoheiten ergibt [2]), die aber, wie schon aus der Mannigfaltigkeit der Einteilungsgründe hervorgeht, eine logisch befriedigende rechtliche Scheidung nicht enthielten. Man hätte ihnen die Verschiedenheit beschränkbarer und nicht beschränkbarer, übertragbarer und nicht übertragbarer, verpfändbarer und nicht verpfändbarer Hoheitsrechte und andere Gegensätze innerhalb derselben hinzufügen können, ohne ein erschöpfendes System zu finden, da in jedem Falle die zu einer bestimmten Gattung gehörende Staatsfunktion auch irgendwie den anderen Gattungen einzureihen war. Andere Einteilungen waren systematisch zwar befriedigender, so die Scheidung *Leist*'s [3]) in allgemeine und diesen untergeordnete besondere Regierungsrechte; aber auch sie hatten zur Grundlage die »Regierungs-, Hoheits-, Majestäts-, Souveränitätsrechte oder Regalien« und waren daher im Grunde nichts als eine Aufzählung einzelner von der Staatsgewalt ergriffener Objekte.

Straßburg 1897, S. 58. Allerdings tauchte schon im 16. Jahrhundert der Gedanke der organischen Staatspersönlichkeit, der allein die Behandlung der Staatsfunktionen als Aeußerungen eines einheitlichen Staatswillens ermöglicht, auf (vgl. *Otto Gierke*, Johannes Althusius und die Entwickelung der naturrechtlichen Staatstheorien, Breslau 1880, S. 158 ff.). Aber diese Konstruktion »wurde beeinflußt und beeinträchtigt durch die verhängnisvolle, diese ganze Zeit beherrschende Spaltung der staatlichen Rechtssubjektivität in Herrscher und Volk« (*Dock*, a. a. O., S. 141). Selbst die scharfe Scheidung aller Staatstätigkeit in Gesetzgebung und Vollziehung durch Marsilius von Padua im defensor pacis I, 12, 13 entspringt diesem Gegensatze.

1) Vgl. z. B. die Einteilung bei *Haeberlin*, Handbuch des Teutschen Staatsrechts, Berlin 1797, I, S. 418 ff. II, S. 1 ff.

2) Vgl. *Klüber*, Oeffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten, Frankfurt a. M. 1840, S. 110 ff.; er hält die Mehrzahl dieser Einteilungen für »unrichtig«, teils auch unschicklich, oder doch in dem System eines Staatsrechts nicht fruchtbar; zeitgenössische Literatur a. a. O., S. 111, Anm. c zu § 99.

3) Lehrbuch des Teutschen Staatsrechts, Göttingen 1803, Buch II §§ 82 ff. (S. 228 ff.).

Das gleiche gilt für die später von *Zoepfl*[1]) und *Zachariae*[2]) aufgestellten »materiellen« Hoheitsrechte gegenüber den »formellen« pouvoirs der französischen Doktrin. Denn auch die Einteilung der materiellen Majestätsrechte[3]) in die inneren und äußeren zeigt in ihren letzten Ausläufern (die »ursprünglichen absolut wesentlichen« inneren Hoheitsrechte sollen z. B. die Gebietshoheit, die Justizhoheit, die Polizeihoheit, die Privilegienhoheit, die »abgeleiteten absolut wesentlichen« Hoheitsrechte die Finanzhoheit und die Landeshoheit mit den Unterarten Militärhoheit, Aemterhoheit und Recht der gemeinen Landfolge sein) nur ein systemloses Aneinanderreihen der Objekte, auf die sich die Staatstätigkeiten erstreckten.

Das Unbefriedigende solcher Systematik führte nur wiederum zu einer rein formellen, sich an die Behördenorganisation anlehnenden Scheidung der Staatsfunktionen[4]), die dann aber unter dem Einflusse der aristotelischen und der romanischen Lehre[5]) gegen Ende des 18. Jahrhunderts auch unter dem Einflusse französischer staatsphilosophischer Forschung[6]) mit abstrakten Elementen vermischt wurde.

Doch ist die aus dem Bestreben der Vereinheitlichung der beiden Staatselemente Fürst und Volk in dem diesem zustehenden sich in der Gesetzgebung äußernden Herrschaftsrecht, dessen Vollzug dem Fürsten als einem der Herrschaft des Volkes unterworfenen Staatsorgane obliege[7]), entstandene Theorie im Grunde keine abstrakte, sondern eine aus der gegensätzlichen Stellung von Monarch und Untertanen, also von Organen und anderen Gliedern des Staates gefolgerte, formelle Scheidung.

Ausschließlich von materiellen Gesichtspunkten ließ sich, wenn auch unter Heranziehung vorgefundener — besonders englischer

1) Grundsätze des allgemeinen Deutschen Staatsrechts, Leipzig und Heidelberg 1863, I, S. 760 ff.

2) Deutsches Staats- und Bundesrecht, Göttingen 1853, I (2. Aufl.) S. 67 ff.

3) Z. B. bei *Zoepfl*, a. a. O., S. 764 ff.

4) Insbesondere entstand in dieser Periode in der französischen Doktrin die Lehre von den fünf großen Gebieten der Verwaltung, vgl. *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre S. 547.

5) *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 550, *Rehm*, Geschichte der Staatsrechtswissenschaft, Freiburg und Leipzig 1896, S. 187 ff. (*Marquardsen*sches Handbuch des öffentlichen Rechts).

6) Wie bei *Schlözer*, Allgemeines Staatsrecht und Staatsverfassungslehre 1793, S. 100 ff. (§ 5). *Schmalz*, Natürliches Staatsrecht, S. 105—107.

7) Vgl. *Rehm*, Geschichte des Staatsrechtswissenschaft, S. 187.

— Staatseinrichtungen *Locke* bei seiner Behandlung der Frage der Staatstätigkeiten leiten [1]). Er schreibt in seinen beiden Abhandlungen of civil government einer Person im Naturzustande zwei Gewalten zu, die der Selbsterhaltung und der Abwehr störend eingreifender Mächte. Daraus entwickelt sich dann allmählich durch den Zusammenschluß der Menschen ein politischer dadurch, daß »every one of the members hath quitted this natural power, resigned it up into the hands of the community in all cases that exclude him not from appealing for protection to the law established by it« [2]). Der nunmehr entstandenen Rechtsgemeinschaft legt *Locke* die später auch von *Montesquieu* unterschiedenen drei Gewalten bei: »And so whoever has the legislative or supreme power of any commonwealth, is bound to govern by established standing laws promulgated and known to the people and not by extemporary decrets; by indifferent and upright judges who are to decide controverses by those laws; and to employ the force of the community at home, only in the execution of such laws, or abroad to prevent or redress foreign injuries, and secure the community from inroads and invasion« (a. a. O., S. 267). Die besondere föderative Gewalt, welche *Locke* [3]) annimmt, ist in seinem System als Bestandteil des executive power aufzufassen.

Durch *Locke* wurde die bedeutendste durch den Namen *Montesquieu* [4]) markierte Epoche in der französischen Geschichte der Systematisierung der Staatsfunktionen eingeleitet, insofern *Montesquieu* eine politische Begründung der *Locke*schen Gewalten-

1) Dies dürfte in Anbetracht des Umstandes, daß *Locke* seine Folgerungen aus ganz allgemeinen, von bestehenden Staatseinrichtungen unabhängigen Betrachtungen zieht, entgegen der Auffassung *Jellineks* Allgemeine Staatslehre, S. 551, anzunehmen sein, wenngleich nicht verkannt wird, daß die von *Locke* anerkannten jura majestatica insbesondere das Recht der Prärogative, auf die damals bestehende Kompetenz des englischen Königs zurückgehen.

2) »The first — power — is to do whatsoever he thought for the preservation of himself . . . . . « »The other power a man has in the state of nature, is the power to punish the crimes committed against that law«. The works of *John Locke*, London 1768. Two treatises of government Vol. II, S. 266, 267, 250, 251.

3) II, 146: this contains the power of war and peace, leagues and alliances and all the transactions with all persons and communities without the commonwealth and may be called Federative, if any one pleases. So the thing be understood. I am different as to the name.

4) Vgl. *Otto Mayer*, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, Straßburg 1886, S. 1 ff.

theorie versuchte. Während *Locke* in metaphysischer Betrachtung der Entstehung des Rechts[1]) die drei aristotelischen Gewalten, wenngleich in einer von Aristoteles' Anschauungen zum Teil abweichenden gegenseitigen Begrenzung, aus allgemeinen Rechtsbegriffen abgeleitet hatte, untersuchte *Montesquieu* in einer Würdigung des bestehenden Rechts die dem Staate eigentümlichen Funktionen gleichfalls mit dem Resultate, daß es deren drei Arten gebe[2]). Diese rechtsphilosophischen Ausführungen *Montesquieus* treten aber in den Hintergrund gegenüber den politischen.

Montesquieu unterscheidet

1) die gesetzgebende Gewalt als die der Rechtssetzung und Rechtsänderung,
2) die vollziehende als jene Gewalt, die die völkerrechtlichen Angelegenheiten, nämlich Entscheidung über Krieg und Frieden, Empfang und Entsendung von Gesandten, Sicherung der Ordnung und Verhütung von Invasionen, wahrzunehmen hat, und
3) die richterliche Gewalt, welcher die bürgerlich-rechtlichen Angelegenheiten, nämlich die Bestrafung von Verbrechen und die Entscheidung von Privatrechtsstreitigkeiten, unterliegen[3]).

Die Theorie *Montesquieus* fußte zwar auf bestehenden englischen Staatseinrichtungen, aber die von ihm geschilderte Staatsform war ein Idealtypus, der weder durch die englische Verfassung, noch in den nichtenglischen Staaten verwirklicht war. *Montesquieu* ging jedoch von der Annahme aus, daß die von ihm

---

1) Ein in gleicher Weise verfahrender moderner Autor ist z. B. *Kaufmann*, Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt, S. 47 ff.

2) *Montesquieu*, Esprit des lois XI, 6; vgl. *Otto Mayer*, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, Straßburg 1886, S. 1 ff.

3) Praktischen Einfluß auf die Rechtsgestaltung hatte *Montesquieus* Theorie hauptsächlich insofern, als sie in die meisten der nach 1749, dem Erscheinungsjahr des esprit des lois, erlassenen Staatsgrundgesetze Eingang fand. So enthielt die französische Verfassung vom 3. September 1791 die Dreiteilung der Gewalten, ebenso die vom 24. Juni 1793 (vgl. *Lebon*, Verfassungsrecht der französischen Republik, S. 23). Demnächst ging man in der grundlegenden Organisation der staatlichen Organe in der Verfassungsbewegung des 18. und 19. Jahrhunderts nicht nur beim Erlasse der europäischen und insbesondere deutschen Verfassungen, sondern auch in den Verfassungsurkunden außereuropäischer Länder von den drei *Montesquieu*schen Gewalten aus.

geschilderte, auf die Gewaltentrennung basierte Freiheit jedenfalls durch englisches Staatsrecht wiedergespiegelt wurde[1]). Indem er so in einem Falle, wenn auch nicht mit vollem Rechte, den idealen Zustand der Identität der objektiven und subjektiven, der materiellen und formellen Rechtskompetenzen, verwirklicht sah, fand er in zahlreichen vergangenen Staatswesen und solchen seiner Zeit eine Vereinigung mehrerer Gewalten in einer Hand und eine Vermischung derselben in der Person mehrerer Staatsorgane, was er besonders[2]) bezüglich des alten Roms und seiner Provinzen feststellt. Wenn er trotzdem seine Untersuchung der Staatsgewalten mit der theoretischen Scheidung der Arten der Staatsgewalten beginnt und so die Wesensverschiedenheit auch der in einer Person vereinigten Gewalten anerkennt, so dürfte auch seine Gliederung gleich der *Locke*s für eine von rein materiellen Gesichtspunkten vorgenommene zu halten sein[3]).

Die *Montesquieu*sche Lehre führte über zwei in entgegengesetztem Sinne vorgenommene formelle Ergänzungen, einerseits die Aufstellung der alle Gewalten umfassenden Volkssouveränität durch *Rousseau*[4]) und der eines pouvoir directorial als der Gewalt des mit der Funktion betrauten, vom gesetzgebenden Körper gewählten Kollegiums[5]), andererseits die Konstruktion eines pouvoir royal durch *Clermont-Tonnère* und *Constant*[6]) zu einer mehr formellen Behandlung der Frage durch die deutschen Staatsrechtslehrer, die die alten Majestätsrechte in die abstrakten Gewalten einzugliedern versuchten.

Obwohl schon *Schmitthenner*[7]) erkannt hatte, daß ein Unterschied zwischen materiellen und formellen Staatsfunktionen, zwischen dem inneren Wesen der Staatstätigkeit und den Tätigkeiten bestimmter Staatsorgane zu machen sei, hat man Doppelsysteme

1) XI, 6, gegen Schluß.

2) XI, 12, 14—20.

3) Anders *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 553. Der materielle Inhalt der *Montesquieu*schen Gewalten ergibt sich auch daraus, daß Rechtsphilosophen sie in ihren die bestehenden Staatsordnungen nicht berücksichtigenden Betrachtungen gleichfalls anerkennen (*Kant*, Metaphysische Anfangsgründe der allgemeinen Rechtslehre §§ 44, 45).

4) Du contract social II, 2, III, 1.

5) Vgl. *Curti*, Geschichte der Schweizer Volksrechte, S. 1 ff.

6) *Jellinek*, a. a. O., S. 554.

7) Grundzüge des idealen oder allgemeinen Staatsrechts, 1848, S. 474 ff.

im Sinne dieser Unterscheidung hauptsächlich erst in neuerer Zeit aufgestellt.

Es verschmelzen nunmehr die formelle und die materielle Betrachtungsweise der Staatsfunktionen, für die man subjektive (d. h. formelle) und objektive (d. h. materielle) Begriffe aufstellt[1]),

1) So unterscheidet *Laband* (Deutsches Reichsstaatsrecht, Tübingen 1907, S. 138 ff.) einen subjektiven und einen objektiven Begriff der Verwaltung. In subjektiver Hinsicht versteht er darunter die Summe aller staatlichen Handlungen, welche der Leitung des Staatsoberhauptes unterliegen, in der Monarchie also den durch die Mitwirkung der Volksvertretung und die Gesetzesauslegung der Gerichte nicht beschränkten Machtbereich des Monarchen; in objektiver Hinsicht versteht *Laband* unter Verwaltung das staatliche Handeln des Staates, das »Tun und Lassen des Staates als einer handlungsfähigen Person«, die »Betätigung seiner Kraft, seiner physischen Leistungsfähigkeit«. Aehnliche Unterscheidungen werden in der Theorie der Deutschen Landesstaatsrechte und außerdeutscher Staatsrechte gemacht (vgl. z. B. im öffentlichen Recht der Gegenwart *Ulbrich*, Oesterreichisches Staatsrecht, S. 234 ff. *Errera*, Das Staatsrecht des Königreichs Belgien, S. 35 ff., *Saripolos*, Das Staatsrecht des Königreichs Griechenland, S. 91 ff., *Walz*, Das Staatsrecht des Großherzogtums Baden, S. 223 ff., *Rhamm*, Das Staatsrecht des Herzogtums Braunschweig, S. 63 ff., 69 ff., *O. Mayer*, Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen, S. 156 ff., 224 ff., *Göz*, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, S. 159 ff., im Handbuch des öffentlichen Rechts: *Schulze*, Das Staatsrecht des Königreichs Preußen, S. 41 ff., 61 ff., *Büsing*, Das Staatsrecht der Großherzogtümer Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz, S. 12 ff. Dagegen geht charakteristischer Weise *Lebon*, Das Verfassungsrecht der französischen Republik (S. 45 ff., 63 ff., 112 ff., 127 ff., 140 ff.) von rein formellen Gesichtspunkten aus, ein Anklang an die alte französische Theorie von der Identität materieller und formeller Staatsfunktionen.

Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 594, 595, unterscheidet die materiellen Staatsfunktionen nach ihrer Beziehung auf die Staatszwecke in die vermöge des Rechtszweckes auf Rechtssetzung und Rechtsschutz und in die auf Machtbehauptung und Kulturförderung gerichtete Tätigkeit, ein Gegensatz, der dann nicht aufrecht erhalten werden kann, wenn man die letzte Art der Tätigkeit der Staatsorgane als Durchführung der ihnen übertragenen Kompetenzrechtsnormen auffaßt, zu welcher Frage später Stellung genommen werden wird. Denn dann steht auch sie zu der Rechtssetzung in demselben juristischen Verhältnis wie der Rechtsschutz, der durch und auf Grund von Entscheidungen im geordneten Verfahren unklares oder bestrittenes Recht feststellt und durchführt, indem beide die Ausführung des gesetzten Rechts zum Gegenstande haben und daher der Rechtssetzung nicht einzeln, sondern höchstens gemeinschaftlich zu koordinieren sind.

Was die Formen, in denen die Staatstätigkeiten sich vollziehen, betrifft, so unterscheidet *Jellinek* (a. a. O., S. 595), ähnlich wie schon die älteste griechische Staatsrechtswissenschaft, deren zwei: »Der Staat kann entweder abstrakte Regeln aufstellen, die als solche nicht unmittelbar die Wirklichkeit beherrschen, sondern einer eigenen, durch jene Regeln motivierten Tätigkeit bedürfen, damit der von ihnen beabsichtigte objektive Tatbestand ihren Anforderungen entspreche. Oder der Staat löst durch seine Tat unmittelbar an ihn herantretende Aufgaben entweder gemäß

wenngleich vereinzelte Autoren jedenfalls die Grenze zwischen Justiz und Verwaltung nur formell nach dem Zuständigkeitsumfang der verschiedenen Behörden ziehen [1]).

§ 2. Der Einteilungsgrund der Staatsfunktionen.

Für die Erkenntnis des Wesens der Staatstätigkeiten hat nur deren objektiver Begriff Bedeutung. Die Art der Verteilung der Kompetenzen, ihre Beschränkungen und Erweiterungen, sind zwar wichtige politische Probleme, und ihre Erörterung gibt, sofern sie sich auf die zu einer bestimmten Zeit bestehende Funktionensonderung und -vermischung innerhalb eines Staates erstreckt, Auskunft über die betreffende Staatsform; sie tut dies indes nicht in Bezug auf das Wesen der Staatsaktionen, die als menschliche, namens einer Rechtsgemeinschaft vorgenommene Handlungen nur nach Grund, Zweck und Erfolg erschöpfend gewürdigt werden können, während das zu ihnen berechtigte und verpflichtete Subjekt als solches, insbesondere auch in Ansehung des Umstandes, ob es auch die rechtliche Zuständigkeit zu anderen Handlungen als Organ der Gemeinschaft besitzt, für diese Frage ohne Bedeutung ist [2]). Ja, um zu erkennen, ob das Sub-

jenen abstrakten Normen oder innerhalb der ihm durch diese gesteckten Schranken. Unter diesem Gesichtspunkte ergeben sich zwei Funktionen: Normsetzung und Erledigung einzelner bestimmter Ausgaben durch auf sie gerichtete individualisierte Tätigkeit. Dieser formellen Scheidung fehlt jedoch die konsequente Durchführung rechtlicher Gesichtspunkte. Während in der Aufstellung abstrakter Regeln eine Tätigkeit von spezifisch rechtlicher Natur zu erblicken ist, fehlt die Beziehung auf das Recht bei der auf Erledigung individueller Aufgaben gerichteten Staatstätigkeit. Auch sonstiges menschliches Handeln erhält seinen Zweck durch die Erreichung bestimmter Einzelerfolge, ohne daß es begrifflich unter den Schranken einer Rechtsordnung zu stehen braucht. Seine Beziehung auf diese Erfolge außerhalb rechtlicher Gesichtspunkte kann daher kein geeignetes Unterscheidungsmerkmal für seinen rechtlichen Charakter gewähren.

1) Vgl. *Prazak*, Die prinzipielle Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden, im Archiv für öffentliches Recht, IV, S. 241 ff., *Bornhak*, in v. Stengels Wörterbuch, Band II, S. 331 ff., Erg.-Band II, S. 188 ff., Preußisches Verwaltungsrecht II, S. 72, *v. Roenne*, Staatsrecht der Preußischen Monarchie (1906: *Zorn*) II, S. 301.

2) An sich kann »die Einteilung der staatlichen Willensakte nach dem formellen Gesichtspunkte das nämliche Ergebnis liefern wie die Einteilung nach dem materiellen Gesichtspunkte nach der Art des Willens« (*v. Seydel*, Vorträge aus dem allgemeinen Staatsrechte, in *v. Hirths* Annalen 1900, S. 351, 352), welchen Anschein auch die französische Lehre von der Gewaltenteilung erweckte, und was *Montesquieu*, wie erwähnt, bezüglich der englischen Verfassung annahm.

jekt einer Staatsfunktion außer der Kompetenz zu der Gattung von Handlungen, zu welcher die vorgenommene als Species gehört, noch weitere Rechtskompetenzen besitzt, muß bereits das Unterscheidungsmerkmal beider Gattungen, also ein objektives, von dem Subjekt der Staatsaktionen als solchem unabhängiges, Kriterium feststehen[1]).

Andererseits muß aber das für die Klassifikation zu verwendende Merkmal materiell-juristisch sein, d. h. es darf nicht lediglich den nicht juristisch betrachteten Objekten der Staatsaktionen als menschlicher Handlungen entlehnt sein. Solche Klassifikationen können von den verschiedensten Gesichtspunkten vorgenommen werden, haben aber auch nur von dem betreffenden Gesichtspunkte aus den Charakter der Geschlossenheit. Sie können ebenso bei privaten menschlichen Willensbetrachtungen wie bei Staatsfunktionen angewandt werden. Eine natürliche, sich auf alle wesentlichen Merkmale eines Begriffs stützende Einteilung kann das im Begriffe der Staatsfunktion enthaltene rechtliche Moment nicht unberücksichtigt lassen. Des weiteren ist zu beachten, daß das Merkmal, welches der Unterscheidung der verschiedenen Staatsfunktionen dient, modifiziert bei allen Arten der Gattung »Staatsfunktion« vorhanden sein muß, also nicht bei einer oder einigen derselben hervortreten kann, bei anderen aber fehlen darf. Es fragt sich, inwiefern diese Erfordernisse von der modernen Theorie über die materielle von der Kompetenzver-

1) Für die einzelnen Zweige der verwaltenden Tätigkeit des Staates verwendet diese Scheidung *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, S. 220, 221, obwohl er prinzipiell die Tätigkeit des Staates nach ihrem Inhalte, nach teleologischen Gesichtspunkten, gliedern will. Gegenüber dieser formellen Scheidung der Staatshoheitsrechte betont *Haenel* (Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, in den Studien zum 'deutschen Staatsrechte, Bd. II, S. 246 ff.) die Wichtigkeit der materiellen Begriffsbestimmung. Er weist nach, daß *Laband*s und *Jellinek*s Dreiteilungen auf formeller Grundlage erfolgt sind, und daß insbesondere die Theorie *Jellinek*s nicht auf einer materiell-teleologischen Untersuchung beruhe. Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt am deutlichsten *Arndt*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Berlin 1901, S. 209: »Das Entscheidende ist nicht der Gegenstand, sondern das Subjekt oder richtiger die Organisation des Trägers. Gesetzgebende Gewalt — im Sinne der *Montesquieu*schen Lehre von der Teilung der Gewalten — ist die, welche nicht oder wenigstens nicht allein vom Staatsoberhaupt, sondern von der Volksvertretung oder unter Mitwirkung der Volksvertretung, richterliche ist die Gewalt, welche von unabhängigen, nur dem Gesetze unterworfenen, den Anweisungen des Monarchen oder der Minister nicht unterstellten Beamten ausgeübt wird. Alle andere Gewalt und Tätigkeit ist Verwaltung«.

teilung unabhängige Funktionensonderung erfüllt werden, als deren Niederschlag folgende Grundsätze gelten können:

Die Macht der Rechtssetzung besteht in der Befugnis, jedem im Staate durch abstrakte Normen gewisse Betätigungen vorzuschreiben und andere zu untersagen, also ein Sollen und als Bestandteil desselben eine Grenze des Dürfens vorzuschreiben.

Die richterliche Gewalt ist die Befugnis, nach einer Subsumtion konkreter Fälle unter die abstrakte Rechtsnorm in concreto hinsichtlich der Rechts- und Pflichtstellung der beteiligten Rechtssubjekte auszusprechen, was die Rechtsregel in abstracto anordnet[1]).

Die vollziehende Gewalt ist einerseits die Macht der Vollziehung der Gesetze, andererseits aber auch die der freien (d. h. der sich frei vom Zwange des Rechts vollziehenden), innerhalb der Schranken des Rechts vor sich gehenden Tätigkeit des Staates zur Verwirklichung seines Zweckes, nämlich der Förderung des Gesamtwohles seiner Glieder[2]).

Verhältnismäßig nur vereinzelt wird der Gesetzgebung allein die Verwaltung im weiteren Sinne, als die Justiz und die Verwaltung im engeren Sinne umfassend, gegenübergestellt[3]).

Kap. II. Die Allgemeinheit der Rechtsnorm in ihrer Bedeutung für die Systematisierung der Staatsfunktionen.

§ 3. Die Einteilung der staatlichen Gesetzgebung.

Innerhalb der legislatorischen Staatstätigkeit hat die Existenz der Individualgesetze besonders nach der Entstehung der konstitutionellen Doktrin im Hinblick auf die bloß »formellen« Gesetze zu einer Unterscheidung zwischen allgemeinen und besonderen (speziellen, individuellen) Rechtssetzungsakten des Staates geführt.

---

1) Vgl. besonders *v. Sarwey*, Allgemeines Verwaltungsrecht 1887, S. 13, *Arndts-Grüber*, Juristische Enzyklopädie und Methodologie, 10. Aufl. (1901), S. 33, *Gareis*, Enzyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1900), S. 156, *Georg Meyer-Anschütz*, Lehrbuch, S. 26.

2) Vgl. *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., S. 595, *Anschütz* in *Holtzendorffs* Enzyklopädie II, S. 475 und die daselbst Zitierten. Diese Dreigliederung nimmt übrigens auch bezüglich der Kirchenhoheit als Staatsfunktion vor: *Kahl*, Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik, Freiburg i. B. und Leipzig, 1894 S. 312, 313.

3) Z. B. von *Georg Meyer-Anschütz*, Lehrbuch, 6. Aufl., S. 16.

Diese Scheidung, bei welcher die »Individualgesetze« als Ausnahmen erscheinen, basiert auf der Annahme auch nicht allgemeiner Rechtsnormen. Das Merkmal der Allgemeinheit wird als ein dem Rechtsnormbegriff nicht immanentes zur Determination verwendet. Es handelt sich hierbei also nicht um eine sich auf alle wesentlichen Merkmale eines Begriffs stützende natürliche Einteilung, sondern um eine künstliche, bei der zudem das zur Klassifikation verwendete Merkmal der Allgemeinheit nicht modifiziert bei den Unterbegriffen vorhanden ist, sondern — bei den Individualgesetzen — einfach negiert wird. Zur Prüfung der Frage, ob und inwiefern diese den strengen Grundsätzen der Systematisierung nicht entsprechende Einteilung der Rechtssetzungsakte zulässig ist, müssen daher die Rechtsnormen auf ihren allgemeinen Charakter geprüft werden.

§ 4. Gründe für die Allgemeinheit der Rechtsnormen.

Eine Ordnung und insbesondere eine Rechtsordnung wird in die Verhältnisse einer des Rechts noch entbehrenden Rechtsgemeinschaft nur durch eine allgemeine Verhaltensbestimmung für deren Glieder gebracht. Wenn ohne eine solche lediglich Einzelbeschlüsse gefaßt werden, die jederzeit ihrem ganzen Inhalt nach von früheren abweichen können, ohne daß ein bestimmtes Organ im allgemeinen die Zuständigkeit zu dieser Beschlußfassung hat[1]), so sind die Angelegenheiten der Gemeinschaft einem derartig willkürlichen Wechsel unterworfen, daß sie weder als geregelt noch als geordnet zu betrachten sind[2])[3]). Erst dann liegt ein

1) Ein allerdings nur theoretisch zu konstruierender, weder von der Rechtsgeschichte noch von der vergleichenden Rechtswissenschaft als irgendwann oder irgendwo vorhanden ergründeter Zustand.

2) *Rosin* (Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl., S. 6) nimmt an, daß nur deshalb »Das Gesetz in der Formel »wenn, so« seine Norm auf einen oder eine Anzahl abstrakt bezeichneter Tatbestände für anwendbar erklärt, derart, daß jeder konkret zur Existenz gelangende reale Tatbestand, welcher in der Gruppierung seiner Tatbestandsmomente den im Gesetz abstrakt bezeichneten ideellen Tatbestand wieder gebe, auch die im Gesetze abstrakt bestimmte Rechtswirkung konkret aus sich heraus erzeugen müsse«, weil das Regelmäßige der Stetigkeit und Unparteilichkeit der Rechtsordnung am meisten entspreche. Der Verfasser dieser Arbeit ist der Ansicht, daß es wesentlicher Bestandteil der Ordnung ist, wenngleich die Relativität des Begriffes »regelmäßig« oder »allgemein« in vollem Maße anerkannt wird (vergleiche in dieser Beziehung *v. Martitz*, Ueber den konstitutionellen Begriff des Gesetzes nach Deutschem Staatsrecht, in der Tübinger Zeitschrift Band 36 (1880), S. 241).

Ansatz hierzu vor, wenn eine irgendwie bestimmte Person oder mehrere solche Personen, wenn auch in weitem Umfange nach freiem Belieben, gewisse Gemeinschaftsangelegenheiten wahrzunehmen haben. Denn dann sind die Angelegenheiten der Menschengemeinschaft nicht mehr lediglich von den nach Zweckmäßigkeitserwägungen gefaßten Beschlüssen irgendwelcher Personen, sondern von den, wenn auch in der gleichen Weise zu fassenden Beschlüssen bestimmter, hierzu kompetenter Organe abhängig. Sie sind dann in gewisser Weise — wenn auch nur durch die allgemeine Bestimmung des Kompetenzumfanges jener Personen und der Respektierung der von ihnen als Organen der Gemeinschaft vorgenommenen Handlungen, in gewisser Weise umgrenzt und geordnet.

Diese Wirkung tritt aber auch dann ein, wenn auch nur eine oder einige allgemeine Anordnungen einer beliebigen Person als für die Gemeinschaft verbindlich angesehen werden sollen, ohne daß der Anordnende in allgemeiner Weise, d. h. durch die Notwendigkeit der Erfüllung gewisser Erfordernisse bestimmt zu sein braucht. Denn für verbindlich zu erachtende allgemeine Anordnungen selbst beliebig wechselnder Personen führen gleichfalls eine Regelung der Verhältnisse, auf die sie sich beziehen, herbei.

Diese Normen können in der Weise entstehen, daß die Notwendigkeit dieser Art der Ordnung der Rechtsverhältnisse in der Gemeinschaft sich im Bewußtsein der Allgemeinheit als erforderlich für deren Existenz oder gedeihliche Existenz durchsetzt, also auf gewohnheitsrechtlichem Wege[1]).

---

3) Wenn ein Gesetz sich bloß auf einen oder mehrere individuell bestimmte Tatbestände bezieht (*Georg Meyer* in seiner Besprechung von *Laband*s Reichsstaatsrecht II, in *Hirth*s Annalen des Deutschen Reichs, 1878, S. 370, und »Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Staatshaushaltsetats« in *Grünhut*s Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Band VIII (1881), S. 20, 21), so werden zwar diese Angelegenheiten — möglicherweise in einer größeren Zahl von Fällen (*Regelsberger*, Pandekten I, S. 122) — dadurch erledigt, aber es werden nicht Angelegenheiten der Gemeinschaft geordnet. Dazu ist es erforderlich, daß den Rechtsnormen sich eine nicht vorauszusehende Zahl von logisch darunter fallenden Fällen unterzuordnen habe (ebenso *Schulze*, Preußisches Staatsrecht II (1. Aufl.), S. 206, im Gegensatze zu der in der 2. Aufl., Band II, S. 4 geäußerten Ansicht).

1) Was das Erfordernis der Rechtsnorm, daß sie eine Regel für menschliche Willensbetätigungen sei, bezüglich der allgemeinen Bestimmungen in Bezug auf die Erlangung der Kompetenz zum Handeln namens der Gemeinschaft betrifft, so ergibt sich der Rechtsnormcharakter einer solchen Regel daraus, daß sie, wenn sie auch nicht unmittelbar in das Rechtsleben der Glieder der Gemeinschaft eingreift, dies

Selbst wenn aber diese so entstandenen Rechtsnormen zeitlich, räumlich und überhaupt inhaltlich dasselbe Geltungsgebiet haben wie Staatsgesetze, kann man ihr Werden nicht als eine staatliche Tätigkeit, als aktive Betätigung des Staates bezeichnen, sondern als einen Vorgang im Staate oder einer sonstigen Rechtsgemeinschaft. Dem Wesen nach gleiche Normen für das Verhalten bestimmter Personen entstehen jedoch auch durch bewußte Handlungen des Staates, d. h. durch Handlungen der Personen, welche als seine Organe seine Willensbetätigungen zu bilden zuständig sind. Die Berufung zu dieser Kompetenz geht begrifflich den in dieselbe fallenden Handlungen voran, da diese ohne jene nicht vorgenommen werden können. Die ursprüngliche Berufung zu einer Rechtskompetenz kann also nicht die Handlung eines Staatsorgans als solchen sein, sondern kann sich nur auf dem erwähnten gewohnheitsrechtlichen Wege vollziehen, der hiernach bei der Kompetenzrechtsbildung der primäre ist. Diese Entwickelung geht, wie die Rechtsgeschichte zeigt, häufig in der Weise vor sich, daß die Handlungen gewisser sich durch Erfüllung allgemeiner Voraussetzungen von den übrigen Gliedern der Menschengemeinschaft abhebender Personen, denen auf Grund ihrer tatsächlichen Vorzugsstellung Gehorsam und jedenfalls nicht Widerstand geleistet wird, allmählich den Charakter einer Tätigkeit annehmen, welche, wenn die Gemeinschaft bestehen und gedeihen soll, notwendig in der bezeichneten Weise respektiert werden müssen[1]). Mit diesem Augenblick erlangen die

doch mittelbar durch das ihr innewohnende allgemeine Gebot des Gehorsams gegen die innerhalb dieser Zuständigkett von den einzelnen Kompetenzinhabern erlassenen Anordnungen und der Respektierung sonstiger kompetenzmäßiger Handlungen, zum wenigsten der Unterlassung des Widerstandes gegen dieselben tut.

1) *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, S. 206, nimmt auch dieses faktische Verhältnis der Ueber- und Unterordnung schon für Staatsordnung, fügt dann aber hinzu, daß diese Ordnung erst dann als innerlich notwendig und zu Recht bestehend erscheine, wenn im Fortschritte der Gesittung oder der Festigung der staatlichen Zustände sich eine Ueberzeugung von dieser Tatsache gebildet habe. Eine Ordnung wird allerdings auch durch ein faktisches Verhältnis herbeigeführt, was besonders gegenüber *Bierling* (Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, 1. Teil, Gotha 1877, S. 68—81) einzuwenden sein dürfte, aber diese Ordnung wird erst in dem von *Jellinek* selbst angegebenen Zeitpunkte Rechtsordnung. Zutreffend nimmt *Jellinek* auch an anderer Stelle (»Verfassungsänderung und Verfassungswandlung«, Berlin 1906, S. 43, 44) einen Verfassungswandel dann als vollzogen an, wenn »der neue faktische Zustand zu gewohnheitsrechtlicher Anerkennung gelangt und ihm normale Bedeutung beigelegt wird«.

Kompetenzbestimmungen die Natur von (Verfassungs-) Rechtsnormen, werden die Handlungen dieser Personen solche eines dazu rechtlich zuständigen Organes; die tatsächlich bestehenden Voraussetzungen für jenes respektierte Handeln regeln von nun an als Rechtsnormen mittelbar das Verhalten der Glieder der Rechtsgemeinschaft. Bei allgemeinen Anordnungen, denen zunächst auf Grund tatsächlicher Herrschermacht des Anordnenden Gehorsam entgegengebracht wird, tritt die Rechtsnormnatur mit dem allgemeinen Bewußtsein der Notwendigkeit dieses Gehorsams für die Existenz oder gedeihliche Existenz der Gemeinschaft ein.

Sobald aber in einer Menschengemeinschaft Zuständigkeitsnormen existieren, ist ein Einzelgebot oder -verbot auf dem von der betreffenden Zuständigkeit umfaßten Gebiete lediglich die Durchführung der betreffenden Zuständigkeitsnorm, nicht aber selbst eine Norm oder Regel für das Verhalten der Menschen, an welche es gerichtet ist; es ist nicht Bestandteil der Rechtsordnung, sondern Durchführung des Rechtssatzes, welcher dem das Einzelgebot oder -verbot Erlassenden Recht und Pflicht zu dieser Tätigkeit zuweist. Hieraus ergibt sich aber, daß »Individualgesetze«, die von der höchsten Gewalt im Staate ausgehen, nicht als allgemeine Rechtssätze dem Erfordernis der Allgemeinheit derselben entgegenstehen, sondern ein Handeln auf Grund einer rechtlich bestehenden, d. h. durch eine allgemeine Norm begründeten Zuständigkeit darstellen, welche zwar den Erlaß allgemeiner Vorschriften, d. h. von Rechtsnormen, zum Inhalte haben kann, aber nicht zu haben braucht.

§ 5. Uebersicht über den Stand der Frage.

Diese Rücksichtnahme auf den Inhalt solcher Individualgesetze hat dann auch verschiedene Autoren veranlaßt, an dem Erfordernis der Allgemeinheit eines Rechtssatzes festzuhalten[1]),

1) Vgl. *Georg Meyer*, Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Staatshaushaltsetats, in *Grünhuts* Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, XVI, S. 1 ff., 45, *v. Rönne*, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, 5. Aufl., I, 140, Anm. 3, *Wielandt*, Das Staatsrecht des Großherzogtums Baden, im *Marquardsen*schen Handbuch des öffentlichen Rechts, III, 1, 3, S. 162. In Uebereinstimmung mit der Anschauung der früheren Staatsrechtslehrer, von *Pütter* bis auf *Gerber*, wird die Notwendigkeit der Allgemeinheit des Rechtssatzes ferner anerkannt von *v. Stengel*, Die Organisation der preußischen Verwaltung nach den neuen Reformgesetzen, Leipzig 1884, S. 1, *Schulze*, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, Leipzig 1881, I, S. 516, 517, *Jhering*, Zweck im Recht, 3. Aufl., S. 346 ff., *Müller*,

wenngleich der Zweck der Ordnung durch den Rechtssatz in seiner Bedeutung für die Allgemeinheit desselben von ihnen nicht gewürdigt ist[1]).

Im Anschluß an Untersuchungen von *Jellinek*[2]), *v. Martitz*[3]) und *Rosin*[4]) hat jedoch die Mehrzahl der neueren im Gegensatze zu den älteren Autoren das Erfordernis der Allgemeinheit der Rechtsregel bestritten[5]). *Jellinek*[6]) behauptet zutreffend: »Ob das Gesetz bloß ein zeitlich begrenztes, ein transitorisches ist, ob es in zahlreichen Fällen seine Verwirklichung findet oder überhaupt nicht zur Anwendung kommt, ist gleichgültig. Jedes Gesetz, ob wichtig, oder unbedeutend, ob lang- oder kurzlebig, ob seine Herrschaft in der Wirklichkeit tausendfältig oder niemals bewährend, enthält die Anordnung eines Rechtssatzes, wenn es der sozialen Schrankenziehung wegen er-

---

Die Begriffe der Verwaltungsrechtspflege und des Verwaltungsstreitverfahrens nach preußischem Recht, Berlin 1895, S. 8 (Note 26), *E. v. Meier*, Das Verwaltungsrecht, in *v. Holtzendorffs* Enzyklopädie, 6. Aufl., S. 639, *Goeppert*, Gesetze haben keine rückwirkende Kraft (*Eck*) in *Jherings* Jahrbüchern, Band 22, S. 77, 143—151, *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht (Leipzig 1895) I, S. 5 ff., 97 ff., *Seligmann*, Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne, Berlin und Leipzig 1886 S. 61—94; vgl. ferner die bei *Georg Meyer-Anschütz*, § 8 Anm. 1 Zitierten.

1) Die Annahme, daß jedes wahre Gebot oder Verbot individuell sei (*Sigwart*, Logik I, S. 17), die auf rechtlichem Gebiete zu der Folgerung geführt hat, daß allgemeine Rechtsgebote überhaupt keine wahren Imperative seien (*Zitelmann*, Irrtum und Rechtsgeschäft 1879, S. 222), ist von *Bierling* (Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe 1883, II, S. 281 ff., *Binding*, Handbuch des Strafrechts, I, 158, und *Seligmann*, Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne 1886, S. 39) eingehend widerlegt worden.

2) Gesetz und Verordnung, S. 236.

3) Ueber den konstitutionellen Begriff des Gesetzes nach deutschem Staatsrecht (Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Band 36).

4) Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, S. 32 ff.

5) Vgl. *Dyroff*, Rechtssetzung und Gesetz nach bayerischem Staatsrecht in *Hirths* Annalen 1889, S. 817 ff. (S. 826), *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 4. Aufl., Tübingen und Leipzig 1901, II, S. 1 ff., *Thon*, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne mit Beziehung auf die gleichbenannte Abhandlung von Dr. *Albert Hänel*, im Archiv für öffentliches Recht, Band V. S. 149 (S. 152, 168), *Stobbe*, Handbuch des Deutschen Privatrechts, 2. Aufl., 1882, I, S. 123, *v. Martitz*, Ueber den konstitutionellen Begriff des Gesetzes nach deutschem Staatsrecht, in der Zeitschrift für die ges. Staatswissensch. 36, S. 241 ff., *Gareis*, Allgemeines Staatsrecht (in *Marquardsens* Handbuch des öffentlichen Rechts), S. 76, *Loening*, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 225 ff., vgl. ferner die bei *Georg Meyer-Anschütz*, Lehrbuch § 8 Anm. 1 Zitierten.

6) A. a. O., S. 242.

lassen ist«. Die angeführten, für die Natur des Gesetzes für unerheblich erachteten Momente sind allerdings für die Ordnung, welche nach der obigen Darlegung durch den Erlaß einer Rechtsnorm wenigstens bezweckt werden muß, unerheblich. Nur darf der transitorische Charakter der Anordnung nicht so ausgeprägt sein, daß sie keine eigentliche Ordnung, d. h. Regelung von Verhältnissen, bezweckt und im Falle ihrer Befolgung auch bewirkt. Wenn sie sich trotz der Variabilität des Begriffs der Allgemeinheit nicht unter diesen subsumieren[1]), sondern nur als etwas Besonderes, Spezielles ansehen läßt, ist ihr der Rechtsnormcharakter abzusprechen.

§ 6. Unterarten der Individualgesetze.

Die Schwierigkeiten, welche der Rechtfertigung dieser für ein System der Staatsfunktionen bedeutsamen Anschauung wegen der Existenz der Individualgesetze entgegenstehen, sind je nach dem Charakter derselben von zwei Gesichtspunkten aus zu lösen. Bei nicht allgemeinen Gesetzen, die sich also nur auf einen oder einige individuelle oder konkrete Fälle beziehen, handelt es sich entweder um Verwaltungsakte, die nur in der Form der Rechtssetzungsakte der höchsten rechtssetzenden Gewalt des Staates zustande kommen, oder um die Statuierung von Ausnahmen von bereits bestehenden Rechtsnormen[2]).

1) Uebrigens kann keine für eine Rechtsgemeinschaft geltende Rechtsnorm so allgemein sein, daß sie sich ausnahmslos auf alle Glieder der Rechtsgemeinschaft für alle Zeiten erstreckt. Das ergibt sich schon daraus, daß sie als eine für menschliche Willensbetätigungen geltende Regel dort nicht oder nur mit Modifikationen Anwendung finden kann, wo eine freie Willensbestimmung ausgeschlossen oder beschränkt ist, sowie daraus, daß bei dem dauernden Wechsel der Dinge und der wachsenden, wenn auch nie absolut vollkommenen Erkenntnis in das Wesen derselben eine verschiedenartige Regelung der menschlichen Willensbetätigungen erforderlich ist.

2) Auf eine Verschiedenartigkeit der Individualgesetze weisen — wenngleich mit anderem Resultat — *Laband*, in *Marquardsens* Handbuch, II, 1, S. 71, und *Rosin*, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl., S. 8 ff., hin. Letzterer geht dabei von dem durch das Gesetz ergriffenen Tatbestande aus und sagt: »Hauptsächlich tritt in der Gesetzgebung ein einzelner realer Tatbestand dann als besondere Einheit hervor, wenn er als Ausnahme einer bereits durch Gesetz in bestimmter Weise geregelten abstrakten Tatbestandseinheit, unter welche er sonst begrifflich fallen würde, seine abweichende Normierung erhält ..... Allein die Fälle, in denen durch abweichende gesetzliche Regelung ein allgemeiner Rechtssatz für einen einzelnen Fall durchbrochen wird, sind begrifflich nicht die einzigen, in denen es dem Gesetze an

Wenn die materiell einen Verwaltungsakt enthaltenden formellen Gesetze als Rechtsnormen angesehen werden, so liegt dies daran, daß die Kompetenzrechtsnormen unberücksichtigt bleiben, auf Grund deren jene Einzelanordnung vorgenommen wird, und die diese als einen Akt der Rechtsausführung, der Verwaltung im weiteren Sinne, ergeben [1]).

Wenn eine Einzelanordnung in einer Rechtsgemeinschaft außerhalb der durch die Rechtsordnung gewährten Kompetenzen ergeht, so kommt sie als solche für eine rechtliche Untersuchung nicht in Betracht, sofern sie sich nicht als ein Zuwiderhandeln gegen eine Rechtsnorm darstellt. Sie ist dann ein faktischer Vorgang, dem unter Umständen gerechterweise Gehorsam entgegengebracht oder mit Gewalt verschafft wird, der aber, auch wenn er von einem mit Kompetenzen ausgestatteten Organe ausgehen sollte, keine eigentliche Funktion der Rechtsgemeinschaft als solcher darstellt [2]). Nur wenn ein Einzelgebot oder -verbot sich

einem bestimmten Inhalt mangelt. Es kann sehr wohl ein seinem Wesen nach eigenartiger, als solcher nur einmal gegebener Tatbestand, für welchen es in der bisherigen Gesetzgebung an einer Regelung überhaupt gebricht, als besondere Einheit zum Gegenstande eigenartiger, wenn auch nicht ausnahmsweiser, rechtlicher Ordnung gemacht werden«. Zu eng ist die Unterscheidung *Loenings* (Verwaltungsrecht, S. 226), der nur Rechtsregeln und solche Rechtsnormen, »nach welchen nur ein einzelnes in dem Gesetz angegebenes Verhältnis in Abweichung von den bestehenden Rechtsregeln zu ordnen ist«, einander gegenüberstellt.

1) Allerdings wird die Existenz solcher Normen in manchen Fällen ausdrücklich geleugnet, so von *Georg Meyer* in seiner »Erwiderung« gegen *Laband* in dem über die Verstaatlichung der Hessischen Ludwigs-Eisenbahn, S. 46, 47, vorausgesetzten Fall, daß die für den Erwerb der Bahn zu zahlende Entschädigung durch Gesetz festgestellt wird, und von *Rosin*, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl., S. 9, in dem Falle, daß in Baden, in welchem Staate allgemeine Bestimmungen über die Regentschaft nicht bestehen, ein einzelner Bedürfnisfall besonders geregelt wird. Es bestehen hier nur zwei Möglichkeiten: entweder nimmt man eine Zuständigkeit der gesetzgebenden Organe zum Erlasse dieser Individualgesetze an — dann sind sie Rechtsausführungs- oder Verwaltungsakte — oder man leugnet diese Kompetenz — dann sind es Handlungen, die aus Zweckmäßigkeits- und ethischen Rücksichten von den Staatsuntertanen zu respektieren sind, aber für die rein rechtliche Betrachtung nicht in Betracht kommen. Da im Reiche und den Bundesstaaten das Recht zum Erlasse von Individualgesetzen jeder Art nach klarem Rechtsbewußtsein ein an die Mitwirkung der Volksvertretung gebundenes Recht des Inhabers der Staatsgewalt ist, so greift die erste Alternative Platz.

2) In rechtlich organisierten Gemeinschaften kommt auch der Umstand in Betracht, daß Rechtsnormen, die bestimmten Organen die Kompetenz zu einem Handeln auf bestimmten Gebieten zuweisen, dadurch implicite andere Personen von diesem Handeln ausschließen. Denn wenn auch andere als die nach diesen Rechtsnormen zuständigen

auf eine Kompetenzrechtsnorm stützt, also die Durchführung eines Rechtssatzes ist, stellt es eine Handlung der Rechtsgemeinschaft als solcher, beim Staate also eine Staatsaktion oder -funktion, dar.

Daraus, daß Einzelanordnungen als Staatsfunktionen also lediglich Rechtsdurchführungen sind, geht aber hervor, daß sie rechtlich von demselben Gesichtspunkte aus betrachtet werden müssen wie sonstige Ausführungen von Rechtsnormen durch staatliche Organe. Die rechtssetzenden Organe handeln als solche zwar auch insoweit rechtsausführend, als sie auf Grund einer Rechtsnorm handeln, welche ihre Zuständigkeit zur Rechtssetzung begründet, und welche sie daher bei ihrer rechtssetzenden Tätigkeit ausführen. Der Inhalt der von den Rechtssetzungsorganen vorgenommenen Rechtssetzungen ist aber, indem er in der die Zuständigkeit des Organs begründenden Rechtsnorm seine Grundlage findet, zugleich mittelbar Bestandteil dieser Norm, während Einzelgebote und -verbote als Zuständigkeitsnormenausführung nicht ein Teil dieser Normen, sondern nur ihre Durchführung sind [1]).

Was nun die tatsächliche Rechtsgrundlage dieser Gattung von Individualgesetzen anlangt, so ist schon früh, wie die Rechtsgeschichte und die vergleichende Rechtswissenschaft ergibt, die Organisation der Rechtsgemeinschaften so abgeschlossen, daß der Rechtsgrundlage entbehrende Einzelanordnungen nur selten vorkommen. Sobald die Rechtsgemeinschaft durch bestimmte Organe ihren Willen zu äußern vermag, kommen Beschlüsse auf

---

Organe in dieser Weise tätig werden dürften, wenn also ein rücksichtlich seiner Zuständigkeit geregeltes Handeln ohne Rücksicht auf die die Zuständigkeitsbestimmung enthaltende Norm möglich wäre, so wäre diese nicht nur zwecklos, sondern man müßte ihr, da sie ihrem Begriffe nach den Zweck der — mittelbaren — Ordnung irgend welcher Verhältnisse nicht verfolgen würde, den Charakter einer Rechtsnorm absprechen.

1) Wenn die Organe des Staates (z. B. die zur Rechtssetzung berufenen höchsten Organe) auf Grund einer im objekten Recht begründeten Kompetenz anderen Organen die Rechtssetzungsfunktion übertragen, so ist eine solche Einzeldelegation mangels des Erfordernisses der Allgemeinheit der Anordnung nicht Rechtsnorm, sondern lediglich Rechtsausführung; dagegen sind die von dem Delegatar erlassenen allgemeinen Anordnungen Bestandteile des von den Deleganten gesetzten Rechts, wenn sie sich im Rahmen der Delegation halten, auch nicht den Anordnungen höherer Instanzen, namentlich des Gesetzgebers, widersprechen. Das gleiche gilt von der allgemeinen Fixierung bestimmter Erfordernisse der Berufung zur Rechtssetzungskompetenz.

den Gebieten, die zur Kompetenz derselben gehören, auf einem das Dasein dieser Organe nicht berücksichtigenden Wege rechtlich nicht oder höchstens als Rechtsbrüche in Betracht. Andererseits liegt zur Fassung anderer, also außerhalb der geschaffenen Kompetenzen liegenden Beschlüsse durch die in dieser Hinsicht noch unorganisierte Gemeinschaft meistens kein Grund vor, weil die durch Gewohnheitsrecht entstandene Zuständigkeit der Organe, insbesondere die des Herrschers κατ' ἐξοχήν, in der Regel sehr allgemein umgrenzt ist, sodaß alle zur Staatsleitung erforderlichen Handlungen als zu seiner Zuständigkeit gehörig betrachtet werden, wobei er allerdings oft in wichtigen Angelegenheiten an die Mitwirkung bestimmter anderer Organe gebunden ist. Die Handlungen, welche z. B. zur Kompetenz eines absoluten Monarchen gehören, sind so verschiedenartig, daß als sein Tätigkeitsgebiet, abgesehen von wenigen Ausnahmen, alle dem Wohle des Staates dienenden Handlungen im allgemeinen bezeichnet werden können. Wie bereits erwähnt, vollzieht sich diese gewohnheitsrechtliche Kompetenzbegründung mitunter in der Weise, daß die innerhalb ihrer fallenden Handlungen zunächst lediglich auf Grund tatsächlicher Macht auch gegen den Willen der Betroffenen vorgenommen werden, und daß nur allmählich das Bewußtsein der Rechtsnotwendigkeit des tatsächlichen Herrschaftsbereiches sich durchsetzt, der damit den Charakter eines rechtlichen Zuständigkeitsumfanges erhält.

Wo aber eine so umfangreiche Rechtskompetenz des Gewalthabers nicht besteht, daß alle im Interesse der gedeihlichen Existenz der Rechtsgemeinschaft erforderlichen Handlungen von seinen Willensentschlüssen abhängen, da wird sich freilich häufig die Notwendigkeit von Handlungen, insbesondere auch Anordnungen ergeben, für die eine rechtliche Zuständigkeit bisher nicht besteht. Nichts ist natürlicher, als daß der Gewalthaber sie vornimmt, und daß ihnen mit Rücksicht auf seine sonstige rechtliche und seine tatsächliche Vorzugsstellung meistens Gehorsam entgegengebracht, oder daß dieser Gehorsam erzwungen wird. Rechtlich dürften derartige Vorgänge so lange unerheblich sein, bis sie durch das sie billigende und verlangende Rechtsbewußtsein die Eigenschaft von Rechtsausführungsakten erlangen[1]).

1) In einem gewissen Gegensatze hierzu steht die Anschauung, welche den Aeußerungen einer illegitimen Gewalt im Staate dieselben Wirkungen zuschreibt wie der legitimen Staatsgewalt (vgl. *Georg Meyer-Anschütz*, Lehrbuch, S. 26, *Brie*, Die Le-

Was die formellen nach den obigen Ausführungen sich als Verwaltungsakte charakterisierenden Gesetze der modernen Kulturstaaten anlangt[1]), so ist die Zuständigkeit zu ihrem Erlasse in den modernen Kulturstaaten in der Hauptsache durch Gesetzesrecht begründet. Dies gilt insbesondere von dem in der Theorie sehr umstrittenen Staatshaushaltsgesetz, das, soweit es als Rechtsausführungsakt aufzufassen ist, z. B. im Deutschen Reiche seine Grundlage in der Kompetenzrechtsnorm des Artikels 69 der Reichsverfassung hat[2]).

Von denjenigen Autoren, die das Erfordernis der Allgemeinheit eines Rechtssatzes bestreiten und diese nur für ein naturale

gitimation einer usurpierten Staatsgewalt, Heidelberg 1866, S. 1 ff., *F. Brockhaus* Das Legitimitätsprinzip, S. 1 ff.). Der von diesen Autoren angeführte Grund, daß, da die Staatsgewalt in keinem Momente eines Repräsentanten entbehren könne, der tatsächliche, wenn auch illegitime Machthaber sie auszuüben berechtigt sein müsse, ist jedoch ein Grundsatz der Zweckmäßigkeit, der im letzten Grunde dem politisch Stärksten r e c h t l i c h e Gewalt zuschreibt. Diese aber kann nur eine konkrete Rechtsnorm (und zwar eine solche der Zuständigkeit) zur Grundlage haben. Die Rechtsordnung aber kann nur darüber Auskunft geben, inwieweit an die Stelle eines fortgefallenen Gewalthabers l e g i t i m e Nachfolger treten. Die tatsächliche Handhabung einer Gewalt durch einen nach dem für die Rechtsgemeinschaft geltenden Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht nicht dazu zuständigen Machthaber kann eine moralische Tat sein, der aus sittlichen Gründen Gehorsam entgegenzubringen ist. Solange sie jedoch nicht durch die Entstehung von Gewohnheitsrecht sich als ein Handeln innerhalb einer rechtlichen Kompetenz darstellt, ist sie nur eine Funktion, die die tatsächlichen Wirkungen der Staatsfunktionen hat, aber nicht selbst eine solche darstellt.

1) Zu bemerken ist hierbei, daß manche mitunter lediglich als formelle Gesetze betrachtete Imperative auch materiell Rechtsnormen enthalten (vgl. z. B. *Arndt*, Staatsrecht des Deutschen Reichs, Berlin 1901, S. 318 ff.).

2) Eines weiteren Eingehens auf das Wesen der formellen Gesetze bedarf es an dieser Stelle nicht, da sie hier nur insoweit interessieren, als sie für oder gegen das Erfordernis der Allgemeinheit der Rechtsnorm sprechen. Es sei nur darauf hingewiesen, daß der Unterschied zwischen formellen und materiellen Gesetzen zum Teil ganz geleugnet wird, so von *Zorn*. Zu den Streitfragen über Gesetz und Verordnung, in *Hirth*s Annalen 1885, S. 301 ff., bez. 304, *Zorn*, Gesetz, Verordnung, Budget, Staatsvertrag, ibid. 1889, S. 344 ff., besonders S. 350, *Opitz*, Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen, Leipzig 1887, II, S. 82, 83, *Seidler*, Budget und Budgetrecht, S. 184 ff., *Hänel*, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne (Studien, Bd. II) *Arndt*, Das Verordnungsrecht, S. 5 ff. und Staatsrecht, S. 156 ff., *v. Martitz* in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Band 36. Im Grunde liegt hierin, worauf *Laband* (Staatsrecht II, S. 57, 58, Anm. 2) hinweist, eine alleinige Anerkennung des formellen Gesetzesbegriffs; nur für *Hänel* dürfte diese Anmerkung *Laband*s nicht zutreffen, da jener ausdrücklich erklärt: »Die Form des Gesetzes hat den Rechtssatz zu dem ihr notwendigen I n h a l t«.

desselben erklären, wird auch zum Teil die Verwaltungsaktsnatur der hier behandelten sich auf einen individuellen Fall beziehenden Gesetze anerkannt[1]). Sie wird aber — und zwar mit Recht — bezüglich der anderen Gattung von Individualgesetzen, welche Ausnahmen von bereits bestehenden Rechtsnormen statuieren, bestritten.

Das Wesen der Allgemeinheit der Rechtsnorm ist gleich ihrer Begriffsnotwendigkeit sehr umstritten. Jedenfalls kann sie aber nicht nur darin bestehen, daß alle Glieder der Rechtsgemeinschaft in einem oder mehreren bestimmten Einzelfällen ein besonderes Verhalten beobachten; denn dies wäre keine Regel für ein Verhalten, sondern ein, wenn auch allgemeines, Gebot oder Verbot für Einzelfälle. Die Allgemeinheit muß also außer ihrer Richtung auf allgemein bestimmte Glieder der Rechtsgemeinschaft ihre Beziehung auf das Verhalten derselben im allgemeinen haben, auf ein regelmäßiges, einer Norm entsprechendes Verhalten der Rechtsgenossen gehen[2]). Die Gewalt des Staates zum Erlasse solcher Bestimmungen hat als notwendiges und selbstverständliches Korrelat die rechtsändernde und rechtsaufhebende Kraft, die Fähigkeit, die aufgestellten Rechtsregeln wieder zu wandeln. Eine Rechtsänderung ist ein Rechtssetzungsakt, durch den neues Recht unter Beseitigung alten Rechts geschaffen wird, er umfaßt also eine Tätigkeit mit positivem und negativem Erfolge, die verwaltende Staatstätigkeit hat infolge seines Inkrafttretens nicht mehr das frühere Recht, sondern ein neues zum Inhalt; die Rechtsaufhebung dagegen hat nur negative Wirkungen: die aufgehobenen Rechtssätze fallen als Richtschnur der verwaltenden Staatstätigkeit (im weiteren Sinne) bez. der Einzelglieder, für die sie erlassen sind, fort.

Wenn nun zu Gunsten oder Ungunsten bestimmter Einzelpersonen oder einzelner Verhältnisse von einer Rechtsregel Abstand genommen werden soll, so hat der Akt des Staates, der diese Wirkung äußern soll, für die allgemeine Betrachtung eine

1) Vgl. *Laband*, Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band I, S. 489, in *Marquardsens* Handbuch, S. 75 ff.

2) Dies muß besonders derjenige anerkennen, der, wie *Geffcken* (Das Gesamtinteresse als Grundlage des Staats- und Völkerrechts, Leipzig 1908, S. 4) den Zweck der Rechtsnormen darin sieht, daß die dauernden Gesamtinteressen konstant verwirklicht werden. Andererseits ist nur in einer solchen konstanten Verwirklichung »Gesetzmäßigkeit« zu erblicken (vgl. *Affolter*, Rechtsbegriff und Wirklichkeit, im Archiv für öffentliches Recht, 21, S. 422).

Aenderung der betreffenden Rechtsmaterie zur Folge. Es gilt nun nicht mehr die früher bestehende ausnahmslose oder von den früher bestimmten Ausnahmen durchbrochene, sondern eine Regel mit bestimmten oder mit neu bestimmten Ausnahmen, die aber doch eine Rechtsregel ist, wenn auch teilweise anderen Inhalts als die früher geltende. Ein solches Individualgesetz hat also eine Aenderung des bestehenden Rechtszustandes zur Folge, sein Erlaß ist also ein Rechtsänderungs- und damit ein Rechtssetzungsakt[1]). Die Setzung der Regel und die Setzung der Ausnahmen müssen zusammen und ebenso gewürdigt werden, als wären sie gleichzeitig erfolgt. Ebensowenig, wie man bei einer gleichzeitigen Setzung von Rechtsregel und Ausnahme (gleichviel, ob diese wiederum allgemein, für eine ganze Kategorie von Fällen bestimmt ist: jus singulare, oder nicht) die Ausnahme begrifflich aus dem gesetzten allgemeinen Recht sondern und das für sie geltende Recht als Individualrecht bezeichnen darf, ist es zulässig, das Individualgesetz in einer von dem Gesamtrechtszustande unabhängigen Betrachtungsweise als nicht allgemeinen Rechtssatz zu bezeichnen[2]). Indem das Individualgesetz eine oder einzelne oder zahlreiche Ausnahmen von einer Rechtsregel schafft, schränkt es lediglich die Allgemeinheit der betroffenen Rechtsregel ein, die auch von vornherein in dem beschränkten Umfange hätte erlassen werden können, bewirkt es eine Rechtsänderung: es gilt nicht mehr die alte Regel, sondern es gilt eine neue, die sich aus der alten und den statuierten Ausnahmen zusammensetzt[3]).

---

1) »Nicht Gesetzesanwendung, sondern schöpferische Tat ist es, wenn der Gesetzgeber unter Beobachtung der Verfassungsnormen eine derselben im Einzelgesetze ausgestaltet.« (*Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905, S. 97, 98.)

2) Richtig ist also, daß der Inhalt des Individualgesetzes es zu einem solchen macht (wie *Rosin*, Polizeiverordnungsrecht, S. 22 behauptet); aber dieser Inhalt ist zusammen mit der allgemeinen Rechtsnorm zu würdigen. Der Einwand *Seligmanns* (Begriff des Gesetzes, S. 65), daß der Weg des Gesetzes mitunter allein aus dem Grunde zu beschreiten sei, weil die formelle Kraft eines bestehenden Gesetzes, von welchem eine Ausnahme gemacht werden solle, es erfordere, steht der aus dem Inhalte des Individualgesetzes gezogenen Folgerung seiner Rechtsnormnatur nicht entgegen. Seinen objektiven Rechtsnormcharakter erkennt an *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, S. 257, indem er es der Einzelverfügung als einem Verwaltungsakte gegenüberstellt.

3) Dieser Kategorie von Rechtssätzen läßt sich das Privileg ohne Schwierigkeiten einverleiben. Vgl. über den objektiven Rechtsnormcharakter des Privilegs *v. Rönne*, Preußisches Staatsrecht, IV. Aufl., I, S. 422 (Anm. 5), *Schulze*, Deutsches Staatsrecht,

Zur Ausnahmebestimmung kann nur derjenige zuständig sein, der die allgemeine Bestimmung zu treffen und den Umfang ihrer Allgemeinheit zu bestimmen befugt ist. Dieser Grundsatz muß als ein aus der Natur der Rechtsnorm abgeleiteter für jede Staatsform gelten[1]).

Einige Autoren weisen darauf hin, daß das Individualgesetz nicht Ausfluß einer Zuständigkeit zur Rechtsausführung sein kann, so

---

I, S. 535 ff., *Schulze*, Preußisches Staatsrecht II, S. 60, *Sarwey*, Württembergisches Staatsrecht, II, S. 69, *Pözl*, Bayerisches Verfassungsrecht, S. 301, *Ulbrich*, Oesterreichisches Staatsrecht, S. 430.

1) Bei Rechtssetzungsakten der höchsten rechtssetzenden Instanz, d. h. derjenigen, deren Rechtssetzungen durch kein anderes Organ außer Kraft gesetzt oder geändert werden können, die aber ihrerseits die Rechtssetzungen anderer dazu berufener Organe ändern oder aufheben kann, erfolgt die Aufhebung oder Aenderung von Rechtsnormen lediglich durch diese Instanz selbst. Die Möglichkeit dazu braucht nicht durch eine Rechtsnorm gewährt zu sein, sondern sie besteht als Folge eines Rechtsprinzips ohne eine entsprechende Rechtsnorm; derjenige, der aus eigener Macht Befehle oder Verbote erteilen kann, kann sie, sei es, daß er sie selbst erteilt oder die Kompetenz dazu anderen (den »verordnenden« Organen) übertragen hat, auch ganz oder zum Teil widerrufen. Dieser Widerruf kann sich lediglich auf die Zukunft erstrecken. Denn eine Norm zu bestimmtem Handeln kann sich nicht auf vollzogene Handlungen oder Unterlassungen beziehen. »Gesetze haben keine rückwirkende Kraft.« Dies schließt jedoch nicht aus, daß bereits vollzogene Handlungen durch eine Rechtssetzung mit besonderen Rechtsfolgen ausgestattet werden. Die Rechtsordnungen neigen allerdings dazu, in dieser Beziehung nicht die Zufügung eines Uebels an den Handelnden anzuordnen (vgl. z. B. § 2 des Deutschen Reichsstrafgesetzbuchs). *Jhering*, Zweck im Recht, I (1877), S. 327 ff. behauptet: In einem Staatswesen, wo die gesetzgebende Gewalt und die Regierung nicht in derselben Hand vereinigt sind, wie in der konstitutionellen Monarchie (im Gegensatze zur absoluten Monarchie oder Despotie) ist eine Verfügung, welche den bestehenden Gesetzen widerspricht, nur in Form des Gesetzes möglich; denn nur die gesetzgebende Gewalt ist imstande, das Hindernis, welches sich der beabsichtigten Maßregel in der Gestalt des Gesetzes in den Weg stellt, aus dem Wege zu räumen. Darauf beruht die staatsrechtliche Unentbehrlichkeit des Individualgesetzes. Das Individualgesetz teilt den Charakter der Verfügung; aber während die Verfügung von der Regierungsgewalt erlassen wird, geht jenes von der gesetzlichen Gewalt aus. Wenn *Jhering* in der absoluten Monarchie ein solches Individualgesetz als eine von der Regierungsgewalt ausgehende Verfügung ansieht, so bestimmt er seine Natur nach der Person desjenigen, der es erläßt. Eine materielle Untersuchung erweist es auch in einem so organisierten Staate als legislatorischen Akt, insofern es auch in ihm sich als eine Einschränkung des Umfanges der Allgemeinheit der früheren, ohne diese Ausnahme bestehenden Rechtsregel darstellt. Aehnlich wie *Jhering* würdigt *v. Schulze-Gävernitz*, Das Preußische Staatsrecht, II, Leipzig 1890, S. 4, die Individualgesetze.

Preuß[1]), welcher sagt: »Wenn die Naturalisation eines Ausländers nach positivem Recht durch einen Verwaltungsakt geschieht, so ist die Kompetenz dazu den Verwaltungsbehörden durch gesetzlichen Rechtssatz erteilt: wo es jedoch nach positivem Recht an einer solchen gesetzlichen Kompetenzzuerteilung fehlt, da hat in der Tat jeder Naturalisationsakt den Charakter einer Abänderung des objektiven Rechts durch Spezialgesetz. Die auf dem Wege der Gesetzgebung erfolgende Naturalisationsakte hat also in der Tat einen Rechtssatz zum Inhalt«. Dem ist durchaus beizupflichten. Aber dieser Umstand nötigt nicht zu der Annahme, daß Rechtsnormen nicht allgemein zu sein brauchen. Er erweist nur, daß der Umfang dieser Allgemeinheit ein von Anfang an verschiedener oder später änderbarer sein kann. Durch einzelne Naturalisationsakte wird die Allgemeinheit der Bestimmungen über den Erwerb der Staatsangehörigkeit nicht beseitigt, sondern nur modifiziert.

Rosin[2]) und *Bernatzik*[3]) machen auf den Unterschied individueller und konkreter von Gesetzen ergriffener Tatbestände aufmerksam, indem sie sich dabei auf Definitionen dieser Begriffe durch *Jhering* stützen, Dieser[4]) legt ihren Unterschied in folgender Weise fest: »Wer sich des Ausdrucks »konkret« bedient, impliziert damit die Vorstellung, daß dem einzelnen, das er als solches bezeichnet, ein Allgemeines entspreche, das in ihm nur zur Erscheinung gelangt ist; wer sich des Ausdrucks »abstrakt« bedient, umgekehrt die Vorstellung, daß das Allgemeine, welches er dabei vor Augen hat, im einzelnen Falle wirklich werden könne. Wer dagegen etwas als individuell bezeichnet, will damit ausdrücken, daß dasselbe nicht eine bloße Wiederholung des Typus, des Abstrakten, ist, sondern daß es denselben in irgend einem Punkte, der ihm eigentümlich ist, verleugnet«. Jedenfalls stellt sowohl das individuelle Rechtsverhältnis als auch der konkrete Tatbestand etwas Singuläres, den Gegensatz zum Allgemeinen

1) Ueber den konstitutionellen Gesetzesbegriff, in den Annalen des Deutschen Reichs 1903, S. 526.

2) Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl., Berlin 1895.

3) Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, S. 5 Nr. 5. Eine Rechtsnorm »im eigentlichen Sinne« nimmt jedoch *Bernatzik* (S. 4) nur bei einer abstrakten Norm an, deren Wesen darin bestehe, daß eine Mehrheit von Tatbeständen nach einem gewissen Merkmal, das allen identisch sein müsse, zu einer begrifflichen Einheit zusammengefaßt und so als bewirkende Ursache für die Anwendung eines Imperativs gesetzt werde.

4) Zweck im Recht, I (1877), S. 327.

Bildendes dar. Es ist jedoch nicht einzusehen, inwiefern der die Eigenschaften eines Allgemeinbegriffs wiederspiegelnde konkrete Tatbestand, sofern er durch einen Staatshoheitsakt in bestimmter Weise behandelt wird, dieser Behandlung einen rechtlich anders zu beurteilenden Charakter gibt, als derjenige einer Staatsfunktion ist, die einen das Allgemeine in bestimmten Punkten verleugnenden Tatbestand ergreift. Weder die »Regelung« »individueller« noch die »konkreter« Tatbestände ist als solche, d. h. unabhängig von allgemeinen Bestimmungen, geeignet, die Verhältnisse der Betroffenen zu ordnen, sie kann daher nicht Bestandteil der objektiven Rechtsordnung, Rechtsnorm, sein. Diese ist eben eine abstrakt hypothetische, keine individuelle oder konkrete Anordnung[1]).

§ 7. Ergebnisse.

Hiernach nötigen weder formelle Gesetze wie das Etatsgesetz, die Aufnahme einer Anleihe, die Uebernahme einer Garantie zu Lasten des Staates, soweit sie im formellen Gesetzesgewande erscheinen, noch Individualgesetze im engeren Sinne, d. h. Bestimmungen über Durchbrechungen bestehender Normen, zu einer Aenderung des Fundamentalbegriffs der Rechtswissenschaft, der Rechtsnorm, deren notwendig allgemeiner Charakter sich schon aus dem Sprachgebrauch (»Rechtsregel«, »Rechtsordnung«) ergibt. Eine konsequent durchgeführte neue Begriffsbestimmung müßte auch eine durchgreifende Umwälzung in der Rechtswissenschaft herbeiführen, wie sie auf beschränktem Gebiete in dem Streite zwischen Anhängern der materiellen und formellen Gesetzestheorie bereits versucht worden ist[2]). Insbesondere würde, da die Allgemein-

1) *Bornhak*, Grundriß des deutschen Staatsrechts, 2. Aufl. 1910, S. 85, nimmt allerdings trotz der Auffassung der Rechtsnormen als abstrakt-hypothetischer Anordnungen die Möglichkeit von nicht allgemeinen Rechtsnormen an.

2) Ueber die Tragweite der Entscheidung dieser Frage vgl. *Bornhak*, Artikel »Gesetz« in *v. Stengels* Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Freiburg 1890, I, S. 578 ff.. *Chr. v. Stockmar*, Studien über das preußische Staatsrecht in *Aegidis* Zeitschrift für deutsches Staatsrecht und deutsche Verfassungsgeschichte, I. Band, S. 196 ff. (201 ff.); praktische Fälle des österreichischen Rechts, die von der Entscheidung dieser Streitfrage abhingen, führt *Prázak*, Beiträge zum Budgetrecht und zur Lehre von den formellen Gesetzen, im Archiv für öffentliches Recht, Band II, S. 441 ff. an. Hiernach dürfte die Behauptung *Lönings*, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1884, S. 226, Anm. 1, daß der Streit um die Allgemeinheit der Rechtsnorm auf einen Wortstreit hinauslaufe, nicht zutreffen.

gültigkeit von Normen durch allgemeine Ideen in ganz anderer Weise zu rechtfertigen ist als die Verbindlichkeit spezieller Anordnungen, die Lehre vom Rechtsgrunde im allgemeinen und vom Grunde des Staates im besonderen auf eine ganz andere Basis gestellt werden müssen wie bisher, wie z. B. in der Ethik durch die Leugnung allgemein gültiger Prinzipien die Aufstellung einer besonderen positivistischen Ethik hervorgerufen worden ist. In der Rechtswissenschaft ist eine Anwendung des Begriffs der individuellen oder konkreten Rechtsnorm bisher in den zentralen Materien nicht unternommen worden.

§ 8. Der Rechtsnormcharakter aller allgemeinen Anordnungen der Staatsgewalt.

Nach den obigen Ausführungen hat die eine sich aus der Gesamtheit der Staatsfunktionen abhebende Art derselben, die Setzung von Rechtsnormen, dadurch eine Einschränkung erfahren, daß im Sinne der älteren und der Minorität in der neueren Staatsrechtswissenschaft alle nicht allgemeinen Befehle und Verbote der Staatsgewalt als solcher aus ihr entfernt und zu den Rechtsausführungsakten gerechnet wurden. Andererseits muß aber diese Art der Staatsakte gegenüber der Anschauung zahlreicher moderner Autoren dadurch eine Erweiterung erfahren, daß man ihr auch alle allgemeinen Anordnungen des Staates einverleibt, insbesondere auch die Vollzugsverordnungen, die nur »tatsächliche Anordnungen zur Verwirklichung von Staatseinrichtungen oder zur Ordnung tatsächlicher Verrichtungen« enthalten, die »entweder nur die konstante, gleichmäßige Anordnung der Gesetze sichern oder rein tatsächliche Verrichtungen näher bestimmen« wollen[1]), wie überhaupt alle als Ausfluß einer besonderen Dienst-, nicht der Gesetzgebungsgewalt im allgemeinen, bezeichneten Kompetenzrechtsnormen. Die häufig vertretene Auffassung, welche diesen Verordnungen den Rechtsnormcharakter abspricht[2]), geht davon aus, daß eine Rechtsnorm unmittelbar die Angelegenheiten der Glieder der Rechtsgemeinschaft regeln müsse. Wie man aber die Normen über die Kompetenz der

1) *Ulbrich*, Oesterreichisches Staatsrecht, Tübingen 1909, S. 250.

2) Sie findet sich übrigens auch bei Kant, Metaphysische Anfangsgründe der allgemeinen Rechtslehre (in Kants Metaphysik der Sitten, herausgegeben von *v. Kirchmann*-Berlin 1870, S. 155), der gewisse vom Regenten aufgestellte Regeln nicht als Rechtsnormen ansieht.

Staatsorgane, die gleichfalls nur mittelbar in das Rechtsleben der Staatsuntertanen eingreifen, mit Recht als Rechtsnormen bezeichnet, so liegt auch kein Grund vor, der Rechtsnorm eine so unmittelbare Wirkung auf die Glieder der Rechtsgemeinschaft zuzuschreiben, daß Vollzugsverordnungen und ähnliche Vorschriften nicht darunter fallen [1]). In neuerer Zeit wird zum Teil auch eine der herrschenden Ansicht diametral entgegengesetzte Anschauung des Inhalts vertreten, daß die Rechtssätze sich nur an die Organe des Staates wenden [2]). Im formellen Sinne sind Verwaltungsvorschriften diejenigen, welche vom pouvoir administratif im Unterschiede vom pouvoir legislatif ausgehen, ohne Rücksicht auf ihren Inhalt.

Die Rechtssetzung der höchsten im allgemeinen dazu zuständigen Organe unterliegt übrigens im Gegensatze zu aller sich nicht als Rechtssetzung darstellenden Staatstätigkeit, die von Rechtsnormen geregelt und durch sie begrenzt ist, keinen Beschränkungen [3]). Die Variabilität der Bedürfnisse im historischen Flusse der Dinge macht andererseits die Existenz von Staatsorganen, die nicht nur für bestimmte Gebiete, sondern im allgemeinen zur Rechtssetzung zuständig sind, zu einer Notwendigkeit. Indem man diese formelle Unbegrenztheit der Gesetzgebung allenthalben an-

---

1) Schon *Rousseau* (contract social II, chap. 6) nahm eine Rechtsnorm nur dann für vorhanden an, wenn »tout le peuple statue sur tout le peuple«. Im Gegensatze dazu wird in der modernen Staatsrechtslehre der Rechtsnormcharakter vieler Verwaltungsvorschriften verfochten (vgl. hauptsächlich *Arndt*, Reichsstaatsrecht S. 200 ff., Komm. zur preußischen Verfassung, 2. Aufl., zu Artikel 72, Recht 1901, Nr. 4, in den preußischen Jahrbüchern 1901, S. 321 ff., Das selbständige Verordnungsrecht, S. 247 ff.). Dieser Standpunkt wird jedoch auch vielfach bekämpft. Der Gesichtspunkt der mittelbaren Regelung menschlicher Verhältnisse auch durch ganz interne allgemeine Verwaltungsvorschriften dürfte die Auffassung *Arndt*s bestätigen. Daß die Verwaltungsverordnung, wie das Gesetz, einen Tatbestand einheitlich normiert, wird allgemein zugegeben (vgl. besonders *Gierke*, Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Band 30, S. 189). Nur wenn man für ein Essentiale des Rechtsbegriffs die unmittelbar für die Glieder der Rechtsgemeinschaft im allgemeinen geltende Norm hält, kann man die Verwaltungsverordnungen aus dem Rechtsnormenkomplex ausschalten. Für die vorliegende Arbeit ist die Frage von untergeordneter Bedeutung, da jene dann, wie sich aus den späteren Ausführungen ergeben wird, lediglich Rechtsausführungsakte sein müssen, also vom systematischen Standpunkte keine weiteren Schwierigkeiten bieten.

2) Vgl. *M. E. Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen.

3) Ueber scheinbare Beschränkungen vgl. meine Abhandlung: Rechtssetzende und rechtsausführende Gewalt, 19. Heft d. Abh. aus dem Staats- und Verwaltungsrecht von *Brie* und *Fleischmann*, S. 19 ff.

erkennt, hat man die Grenzen der Wirksamkeit des Staates im allgemeinen, d. h. auch auf dem Gebiete der Rechtssetzung festzulegen versucht. Da es sich, wie erwähnt, nicht um Rechtsgrenzen handelt, gehört die Behandlung dieser Frage in die philosophische Lehre vom Staatszweck und, sofern sie sich auf konkrete Rechtssetzungsfunktionen des Staates erstreckt, in die politische Wissenschaft [1]).

Kap. III. Legislative und Exekutive.

§ 9. Regierung und Vollziehung.

Was zunächst das Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive anlangt, so erscheint es systematisch unbefriedigend, wenn innerhalb des Verwaltungsbegriffs eine Teilung zwischen Regierung und Vollziehung vorgenommen wird [2]). Nur die eine Seite

1) Vgl. auch *Bluntschli*, Allgemeine Staatslehre, 6. Aufl., Stuttgart, S. 346 ff., *Schmidt*, Allgemeine Staatslehre, Leipzig 1901, I, S. 148 ff.

2) Der Begriff der Regierung war und ist in der Rechtssprache schwankend. Negativ begrenzt ihn z. B. *Bornhak*, Grundriß des deutschen Staatsrechts, 2. Aufl., Leipzig 1910, S. 82, 84, und Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Berlin 1909, S. 158, der unter Regierung diejenige monarchische Tätigkeit versteht, die weder von der Gesetzgebung noch von der Rechtsprechung in Anspruch genommen wird; in diesem Sinne wird jedoch in der Regel eine Abgrenzung der die Regierung und Vollziehung umfassenden Verwaltung im engeren Sinne von der Justiz vorgenommen. Die positive Begriffsbestimmung identifiziert zum Teil Regierung und Verwaltung (*Mohl*, Württembergisches Staatsrecht, II, S. 4); die französische Staatswissenschaft verstand unter gouvernement im Gegensatze zu administration allgemein den von politischen Erwägungen geleiteten gebietenden Staatswillen (vgl. *Sarwey*, Allgemeine Verwaltungslehre, S. 94). Diese Auffassung der Regierung als eines Inbegriffs von Staatshoheitsakten spricht sich auch in den Definitionen der Regierung von *L. v. Stein* (Verwaltungslehre, 2. Aufl., Band I, Abt. 1, S. 133) und von *v. Sarwey*, (a. a. O. S. 94) aus (über die Entwickelung des Begriffs vgl. *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Leipzig 1885, I, S. 4, Anm. 2). Die Unterscheidung hat eine praktisch sehr wesentliche Bedeutung insofern gehabt, als sie der ersten französischen Konstitution von 1791 zugrunde lag, die vier Staatsgewalten: die gesetzgebende, die vollziehende, die verwaltende und die richterliche, unterscheidet; in den konstitutionellen Charten von Brasilien (1823) und Portugal (1826) wird die besondere, aus der Verwaltung ausgeschiedene Staatsfunktion als die vermittelnde, mäßigende oder leitende (moderador) bezeichnet (vgl. *Klüber*, Oeffentliches Recht des Teutschen Bundes, 113). Scharf haben den Begriff erst *v. Martitz* (Betrachtungen über die Verfassung des Norddeutschen Bundes 1868, S. 2), *Georg Meyer* (Lehrbuch, S. 24) und *Ulbrich* (Der Rechtsbegriff der Verwaltung, in *Grünhuts* Zeitschrift, Band IX, S. 9) formuliert. Als das der Ausführung der Gesetze entgegengesetzte freie Handeln des Staates innerhalb der vom Gesetze gezogenen Schranken ist die Regierung im obigen Kapitel in Beziehung zur Rechtssetzungsfunktion gebracht worden.

der Verwaltung, nämlich die Vollziehung, wird als Gesetzesausführung in Gegensatz zur Gesetzgebung gesetzt, während die anderen Akte der Exekutive, die man unter dem Begriffe der Regierung zusammenfaßt, als der gesetzlichen Grundlage nicht bedürfende, wenn auch durch die Gesetze beschränkte Staatsfunktionen, des systematischen Gegensatzes oder Zusammenhanges mit der Gesetzgebung entbehren. Und doch läßt sich jeder Exekutivakt der Staatsgewalt mit seiner rechtserzeugenden Tätigkeit in Beziehung setzen. Es verträgt sich nämlich durchaus mit der Anerkennung der Verschiedenartigkeit der einzelnen Verwaltungsakte des Staates im weiteren Sinne, wenn jene aus der alten Staatsphilosophie übernommene Theorie der Erkenntnis weicht, daß alles Handeln des Staates, d. h. seiner Organe, auch wenn sich deren Kompetenz lediglich gewohnheitsrechtlich gebildet hat und so weit geht, daß ihnen ein allgemein zweckmäßiges Handeln im Namen des Staates auf verschiedenen Gebieten zusteht, der rechtlichen (gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen) Grundlage bedarf und daß ein Handeln innerhalb dieser Rechtskompetenz sich als Rechtsausführung oder, wenn man will, Vollziehung des Rechtes darstellt [1]). Denn eine rechtliche Zuständigkeit umfaßt nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht zu bestimmtem Handeln.

§ 10. Die Gründe für die Einteilung der exekutivischen Staatsfunktionen.

Die Gründe für die Loslösung der Regierung von der Rechtssetzung gibt *Hänel* [2]) mit den Worten an: »Nur unter voller Verkennung des Umstandes, daß weder die sittlichen noch die rechtlichen Regulative sich überall in Gebote und Verbote auflösen lassen, sondern daß sie auch solche Willensbestimmungen umfassen, welche nur Grenzen und Richtungen bezeichnen, innerhalb deren die unmittelbaren Wertgebungen der freien Individualität Platz greifen dürfen und sollen, — nur dieses Mißverständnis hat es bewirkt, daß man die Ausführung oder »Vollziehung« nur in das Verhältnis logischer Subsumtion und starrer Gebundenheit zu den sittlichen Regulativen und zur Gesetzgebung gebracht hat«.

1) Im Gegensatze hierzu nimmt *v. Seydel* (Vorträge aus dem allgemeinen Staatsrecht — Sonderabdruck aus den Annalen des Deutschen Reichs — München 1903, S. 91 an, daß die Verwaltung begrifflich nichts mit der Verwirklichung des Rechts zu tun habe.

2) Deutsches Staatsrecht, Leipzig 1892, S. 123, Anm. 1.

In der Tat kann die Richtungsbestimmung bezüglich der Willensbetätigungen der Staatsorgane der Inhalt eines, wenn auch nicht starr bindenden Gesetzgebungsaktes sein.

Diese Tatsache wird von den die Staatsfunktionen klassifizierenden Autoren in ihrer Bedeutung für das System oft wenig gewürdigt[1]), weshalb sich jene — von *Hänel* allerdings energisch bekämpfte — communis opinio gebildet hat, daß jedenfalls ein Teil der Staatsverwaltung nicht Gesetzesvollziehung oder allgemeiner Rechtsausführung sei[2]). Dieser Teil der Staatsverwaltung, sofern er nämlich weder in der Setzung noch in der Ausführung von Rechtsnormen besteht, würde also in keinem Zusammenhange mit der vom Staate gesetzten oder durch Gewohnheit in ihm entstandenen Rechtsordnung stehen. Diese Konsequenz kann auch nicht dadurch vermieden werden, daß man, wie *Georg Meyer*, die der Rechtssetzung entgegengesetzten Staatsfunktionen, auch die richterlichen und sich nicht als Rechtsausführung darstellenden, unter dem allgemeinen Begriff der Verwaltung im weiteren Sinne zusammenfaßt[3]). Dieser Allgemeinbegriff setzt sich aus zwei wesentlich voneinander verschiedenen Elementen zusammen, von denen eben der eine, der Begriff des nicht durch Gesetze veranlaßten, sondern durch sie nur eingeschränkten staatlichen Handelns, einer systematischen Gegensätzlichkeit zu dem der Verwaltung im weiteren Sinne korrespondierenden Begriffe der Gesetzgebung oder Rechtssetzung entbehrt. Hier ist das Merkmal, welches die Arten der Gattung Staatstätigkeit trennt, nämlich der Begriff des Rechts, zwar entsprechend dem systematischen Grund-

1) Welcher behauptet, daß die Verwaltung nur auf Grund eines Rechtssatzes tätig werden könne (Gesetz im formellen und materiellen Sinne, S. 208, 214 ff.).

2) Vgl. *Laband*, Reichsstaatsrecht (*Marquardsen*sches Handbuch) 07, S. 141 *Orelli*, Das Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, ibid. IV, 1, 2., S. 109 der die Vollziehung der Gesetze, Verordnungen und Richtersprüche nach schweizerischem Recht in direkten Gegensatz zur Staatsverwaltung setzt, welche vor allem die Aufgabe hat, das Staatswesen gut und zweckmäßig fortzuentwickeln, vgl. ferner *v. Martitz*, Betrachtungen über die Verfassung des Norddeutschen Bundes, S. 2, *v. Rönne-Zorn*, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, 5. Aufl., II, S. 301, *Georg Meyer-Anschütz*, S. 342, *Ulbrich*, Der Rechtsbegriff der Verwaltung in *Grünhuts* Zeitschrift, Bd. IX, S. 1 ff., *v. Stengel*, Begriff, Umfang und System der Verwaltung, in der Zeitschrift für ges. Staatsw. 38, S. 218 ff.

3) Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 6. Aufl. (*Anschütz*), S. 649. Wenn er an anderer Stelle einen Verwaltungsakt als die Anwendung eines bestehenden Gesetzes auf einen konkreten Fall definiert, so berücksichtigt er dabei augenscheinlich nur die Verwaltung als Gesetzesvollziehung.

satze modifiziert bei beiden Arten vorhanden, aber bei einer Unterart der Art »Verwaltung«, nämlich der »freien Staatstätigkeit« oder Regierung, wieder in der »Beschränkung durch das Recht« nur negativ verwertet und schafft so, da er bei der anderen Unterart, der Gesetzesausführung, als positives Merkmal einer Tätigkeit in Bezug auf das Recht dient, keine systematische Gegensätzlichkeit. So kommt denn auch *Georg Meyer*, ebenso wie die anderen Autoren, trotz dieses allgemeinen Verwaltungsbegriffs auf zwei verschiedene Staatstätigkeiten innerhalb des letzteren, die Gesetzesvollziehung und das freie, nicht durch Gesetze veranlaßte, sondern sich nur innerhalb der Schranke der Gesetze vollziehende Handeln des Staates zurück.

Der Grund für diese als herrschend zu bezeichnende Auffassung scheint darin zu liegen, daß man die in der allgemeinen Rechtsstellung der Verwaltungsbehörden begründete Zuständigkeit derselben nicht als Folge von Kompetenzrechtsnormen ansieht, sondern für einen Rechtsausführungsakt ein Spezialgesetz, das durch ihn ausgeführt wird, für erforderlich hält. In der Theorie ist die Auffassung, welche von dem Erfordernisse des Spezialgesetzes für die verwaltende Staatstätigkeit absieht, durch *Fricker* [1]) begründet worden. In der Praxis hat das preußische Oberverwaltungsgericht die rechtliche Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden auf Grund ihrer allgemeinen, nicht nur durch Gesetzes-, sondern auch durch Gewohnheitsrecht [2]) begründeten Rechts-

1) In der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Band 43, S. 1 ff. (S. 28); in diesem Umfange wird diese Auffassung jedoch meistens nicht gebilligt. Man teilt sie merkwürdigerweise nur auf dem Gebiete der polizeilichen Tätigkeit, so z. B. *Rosin*, Der Begriff der Polizei und der Umfang des polizeilichen Verfügungs- und Verordnungsrechts in Preußen, im Verwaltungsarchiv, Band III, S. 249 ff. (255, Anm. 15). Auch *Ulbrich*, Oesterreichisches Staatsrecht, Tübingen 1909, S. 250, hält z. B. die Zuständigkeit der Polizei zum Erlasse örtlicher Polizeiverordnungen für begründet in dem »gesetzlichen Begriffe der Polizeiverwaltung überhaupt«; ähnlich *Bornhak*, Preußisches Staatsrecht, Freiburg i. B., 1890, III, S. 139/140. Anderer Auffassung sind nur *Sarwey*, Allgemeines Verwaltungsrecht, im *Marquardsen*schen Handbuch, S. 36, 37 und *Georg Meyer* in seinem Lehrbuch (S. 650). *Anschütz* hebt in seiner Bearbeitung desselben dem gegenüber zutreffend hervor: »Diese allgemeine staatsrechtliche Stellung kann und muß als ausreichende Grundlage für das Vorgehen der Polizei insoweit anerkannt werden, als sie einen Begriff von unzweideutig feststehenden, einerlei ob geschriebenen oder ungeschriebenen Sätzen des positiven Landesrechts darstellen«.

2) Vgl. die Zusammenstellung der bezüglichen Erkenntnisse durch *Anschütz*, Allgemeine Begriffe und Lehren des Verwaltungsrechts nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts, im preußischen Verwaltungsblatt, 22. Jahrgang, S. 83 ff. (86).

stellung schon längst anerkannt, ohne allerdings den theoretischen Schluß zu ziehen, daß auch ein Handeln auf Grund gewohnheitsrechtlich entstandener Kompetenz Rechtsausführung ist [1]).

Die herrschende Theorie, welche dem freien, zweckbewußten Handeln des Staates innerhalb der von den Gesetzen gezogenen Schranken den Charakter der Rechtsausführung abspricht, wird von *Haenel* [2]) zutreffend als die »Theorie von der Zufälligkeit des Rechtes im Verhältnis zum Staate« bezeichnet. Ihren allgemeinsten Ausdruck findet sie in dem von *Jellinek* [3]) formulierten Grundsatze: »Substantiell ist der Staat, wie jede Person, durch sein physisches Können und seine Zwecke begrenzt. Rechtsgrenzen können ihm aber nur durch seinen eigenen Willen gesetzt werden [4]).« Diese die Unbegrenztheit aller Funktionen des Staates

---

1) Nur vereinzelt wird die Möglichkeit der Entstehung von Gewohnheitsrecht im Gebiete des Verwaltungsrechts bestritten, so von *Grotefend*, Preußisches Verwaltungsrecht, I, S. 38, und *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht I, S. 131. Eine Andeutung der gewohnheitsrechtlichen Grundlage der verwaltenden Staatstätigkeit findet sich bei *v. Kirchenheim*, Einführung in das Verwaltungsrecht, Stuttgart 1885, S. 3. Manche Autoren, wie *Holtzendorff*, Die Grenzen der Polizeigewalt im französischen Recht, im Archiv für öffentliches Recht, XXIV, S. 342, treten insofern für ein Verwaltungsgewohnheitsrecht ein, als sie Beschränkungen von Staatsgewalten »aus ihrem Wesen« anerkennen.

2) *Hänel*, Ges. im form. und mat. Sinne, S. 21.

3) Gesetz und Verordnung, S. 198. Die entgegengesetzte, aus der liberté individuelle der Grundrechte gefolgerte Behauptung stellt *O. Mayer*, Theorie des französichen Verwaltungsrechts, Straßburg 1886, S. 290, auf: »Ohne gesetzliche Grundlage ist ein Eingriff in die Freiheitssphäre der einzelnen nicht möglich«; vgl. auch die Besprechung dieses Werkes von *Rehm* in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Band X (N. F.), S. 106 ff.

4) Von praktischer Bedeutung ist der sich hieraus ergebende Grundsatz, daß, wo die Rechtsordnung eine Lücke enthalte, diese aus allgemeinen Rechtsprinzipien dadurch auszufüllen sei, daß die Staatsorgane nach allgemeinen rechtlichen Gesichtspunkten tätig würden, für die Entscheidung des Falles des nicht oder nicht rechtzeitig zustande gekommenen Etatsgesetzes, soweit es sich nicht um das Verhältnis des Staates zu seinen Gläubigern und Schuldnern handelt. Die z. B. von *Laband* (Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preußischen Verfassungsurkunde, Berlin 1871, S. 75 ff., und Staatsrecht III, 2, S. 367 ff.) und *v. Rönne* (Band I. 3. Aufl., S. 347 ff.) verfochtene Ansicht, daß die Staatsregierung in diesem Falle zur Fortführung der Finanzverwaltung berechtigt und verpflichtet sei, wird von anderer Seite (z. B. *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, S. 297 ff., *Brie*, Zur Theorie des konstitutionellen Staatsrechts, im Archiv für öffentliches Recht IV, S. 1 ff., 31 ff.) bekämpft. Die Ansicht *Labands* dürfte nur insoweit zutreffen, als sie Sätze objektiven Rechts, eventl. Gewohnheitsrechts, wiedergibt, kraft dessen den Staatsorganen die Kompetenz zur Verfügung über die Staatsmittel auch ohne Etatsgesetz zusteht.

anerkennende Idee muß, wie *Haenel*[1]) erkannt hat, zu der Auffassung führen, daß das Recht als ein dem Staate nur zufällig und äußerlich hinzutretendes Element aufgefaßt wird, das er sich beliebig setzen, und von dem er beliebig absehen kann, als eine Erscheinung, welche erst durch seine freie Willenssetzung erzeugt ist, und welche darum historisch oder begrifflich nur die Folge des Staates als der ihr vorhergehenden Ursache ist«[2]). Wenn das Handeln des Staates sich außer den Rechtsgrenzen vollziehen kann und nur tatsächlich durch physisches Können und durch allgemeine, theoretisch konstruierte Staatszwecke begrenzt ist, so schwindet allerdings jeder grundlegende Unterschied zwischen dem Handeln eines durch seine Rechtsstellung dazu zuständigen Staatsorgans namens des Staates und einer Person, der diese Zuständigkeit fehlt, die aber auch die Interessen der Rechtsgemeinschaft durch eine Tat wahrzunehmen beabsichtigt und auch objektiv ihren Zweck erreicht. Denn wenn eine Rechtskompetenz, d. h. eine Zuständigkeit, welche durch eine das Handeln namens des Staates und das von den Gliedern der Rechtsgemeinschaft in bezug auf dieses Handeln zu beobachtende Verhalten regelnde Rechtsnorm begründet wird, für eine Staatsfunktion nicht erforderlich ist, so ist nicht einzusehen, weshalb nicht auch alle beliebigen Handlungen, durch welche subjektiv ihrem Zwecke und objektiv ihrem Erfolge nach das Interesse des Staates wahr-

1) A. a. O, S. 215.

2) Unzutreffend ist *Klöppels* Ansicht (Gesetz und Obrigkeit, Leipzig 1891, S. 99), daß in dieser Theorie verschleiert der stillschweigende Vertrag des Naturrechts stecke. Dieser verkennt eben gerade die Bedeutung einer bestehenden, wenn auch noch nicht rechtlichen Gewalt für die Entstehung der Staatsrechtsordnung, auf die besonders *Haller* (Restaur. d. Staatswissensch. I, S. 338) und *Dahlmann* (Politik, S. 88) hingewiesen haben. Ein Vertrag, auch ein stillschweigender, beruht auf einer freiwilligen Uebereinkunft zweier Rechtssubjekte, während das Bewußtsein der Notwendigkeit der Befolgung bestimmter Normen, z. B. des allgemeinen Gehorsams gegen eine bestehende Gewalt, das für die Entstehung von Gewohnheitsrechtsnormen verlangt wird, sich den beteiligten ohne, ja auch gegen ihren Willen aufdrängen kann. Der von *Klöppel* erhobene Vorwurf ist eher gegen die entgegengesetzte Auffassung zu richten, die die Staatsgewalt als etwas Ursprüngliches, den Behörden gewissermaßen Vorausgehendes, ihnen Uebertragenes ansieht. Denn eine solche Gewalt muß (wie *Affolter*, Zur Lehre von der Persönlichkeit des Staates, im Archiv für öffentliches Recht, S. 395, erkannt hat) als auch dem Staate selbst vorausgehend gedacht werden. Diese Auffassung ist aber ein »naturrechtliches Produkt und deckt sich mit der Lehre von der Entstehung des Staates durch Vertrag« (*Affolter* a. a. O.) dem pouvoir constituant der demokratischen Theorie (vgl. *Sieyès*, Politische Schriften *(Usteri)* I, 1796, S. 131 ff.

genommen wird, als Staatsfunktionen zu bezeichnen sind. Gerade der Umstand, daß Kompetenzrechtsnormen nicht nur dem Handeln der Staatsorgane als solcher gewisse Grenzen setzen, sondern dem Handeln namens des Staates oder, um im Sinne der organischen Staatstheorie zu reden, dem Handeln des Staates überhaupt zur Grundlage dienen, insofern, als sie nur bestimmten Personen eine Kompetenz als Staatsorgan gewähren, ist aber das für den Staatsfunktionsbegriff wesentliche Merkmal [1]). Mit dem Fortfall dieser Rechtsgrenze des staatlichen Handelns würde das Handeln des Staates von seiner Beziehung zur Rechtsordnung, deren Wesen Begrenzung ist, gelöst und diese zu einem Akzidentale des Staates werden. Einem solchen Staate aber fehlte jeder grundlegende Unterschied gegenüber einer Menschengemeinschaft, deren Angelegenheiten durch rein tatsächliche Machthaber, guter oder böser Art, wahrgenommen werden [2]). Für die recht-

1) In diesem Sinne stellt sich auch die Selbstverwaltung, wie auch fast allgemein anerkannt wird (vgl. *Ulbrich*, Der Rechtsbegriff der Verwaltung in *Grünhuts* Zeitschrift, Bd. IX, S. 14 ff. und *Rosin*, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung, in *Hirths* Annalen 1883, S. 310, und die von ihm Zitierten) als Rechtsausführung dar, so daß sich ein Eingehen auf diese Frage hier erübrigt. Die vereinzelte gegenteilige Ansicht von *Rösler*, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts I, Das soziale Verwaltungsrecht, Abt. 1 § 16, ist von *Laband*, Staatsrecht I, S. 100 ff. eingehend widerlegt worden. Auch ich habe meine in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 65. Jahrgang, 1. Heft, S. 129 ff., geäußerte abweichende Ansicht, die auf einer Verkennung des Begriffs »Staatsorgan« beruht, aufgegeben. Unberührt bleiben von dieser These natürlich alle theoretisch bereits eingehend gewürdigten Unterschiede zwischen der in der Kommunalverwaltung mehr mittelbar in die Erscheinung tretenden und der unmittelbaren Staatstätigkeit; es fehlt der Kommune die Souveränität, die beschränkt auch der Gliedstaat im Bundesstaate hat, es fehlt ihr insbesondere die Gebietshoheit (vgl. *Preuß*, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, S. 406 ff., *Rosenberg*, im Archiv für öffentliches Recht XIV, S. 363, und in *Hirths* Annalen 1885, S. 279, *Seidler*, Das juristische Kriterium des Staates, S. 81, *Schön*, Das Recht der Kommunalverbände in Preußen, S. 78 ff., *Stier-Somlo* im »Recht« 1907, S. 525 ff., *Redlich*, Englische Lokalverwaltung (1901), S. 263), Die Personalhoheit (*Rosenberg* in *Hirths* Annalen 1905, S. 279 ff., *Seidler*, a. a. O., S. 81) und die Verfassungshoheit (*Rosenberg* im Archiv für öffentliches Recht XIV, S. 364, in den Annalen 1905, S. 280, in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 1909, S. 19, *Seidler*, a. a. O., S. 80).

2) Mit Recht sagt aber *Hänel*, Ges. im form. und mat. Sinne, S. 217: »Als der erste Machthaber in einer für die spezifische Gesellschaftsform des Staates reifen Volksgemeinschaft den Satz formulierte, sei es, daß er ihn bewußt aussprach, sei es, daß er in instinktiver Erfassung ihn betätigte: »Ich bin der Staat«, da behauptete er die Geltung des Rechtssatzes: »Jedermann, den es angeht, hat anzuerkennen, daß ich berufen bin, für die Gemeinschaftszwecke zu herrschen«. Davon,

liche Betrachtung muß daher von der Annahme ausgegangen werden, daß die mit jedem Staate notwendig gegebene Staatsordnung Rechtsordnung ist, d. h. daß die den Willen des Staates darstellenden Organe kraft bestehender Kompetenzrechtsnormen dazu zuständig sind [1]), daß also die auf einem bestimmten Territorium ansässige Menschen umfassende ursprüngliche Zwangspotenz rechtlichen Charakter hat. »Das Recht ist dem Staate notwendige Erscheinungsweise. Er kann ohne dasselbe in seinem Dasein, in seiner Wirksamkeit und in seinen Aufgaben weder tatsächlich bestehen, noch begreiflich gedacht werden [2]).« Indem aber jede verwaltende Staatstätigkeit sich auf eine Kompetenzrechtsnorm, d. h. auf die rechtsverbindliche Anordnung eines ein bestimmtes Verhalten des mit der Kompetenz ausgestatteten Organs verlangenden Rechtssatzes stützt, der damit allerdings demselben das Recht zu diesem Verhalten erteilt, ist sie Erfüllung einer Rechtspflicht, selbst wenn es sich um höchste und unverantwortliche, die ausführende Gewalt des Staates innehabende Organe desselben handelt. In diesem Sinne sagte König Friedrich Wilhelm IV. in seiner Ansprache gelegentlich seiner Eidesleistung auf die Verfassung vor beiden Kammern am 6. Februar 1850: »In Preußen muß der König regieren, und Ich regiere nicht, weil es also mein Wohlgefallen ist« (Staatsanzeiger vom 6. II. 1850).

§ 11. Das Merkmal der Zweckmäßigkeit als Unterscheidungsgrund innerhalb der Staatsverwaltung.

Allerdings liegen der Unterscheidung zwischen Regierung und Vollziehung gewisse in ihrer Bedeutung nicht zu unter-

---

ob es ihm gelang, diese Anerkennung gleichgültig durch welche Mittel der Gewalt oder sonstiger Autoritätsbewährung zu erringen, hing es ab, ob ihm die Staatsgründung gelang oder mißlang. Das Moment der Anerkennung, der bewußten, verstandesmäßig anerkannten oder im Gefühl bewährten Notwendigkeit der gesellschaftlichen Bindekraft des staatsgründenden Willens macht den Rechtssatz aus, auf dem vom einseitigen, immer und unter allen Umständen abstrakten, niemals die Gesamterscheinung des Lebens erfassenden Standpunkt des Rechtes aus der Staat beruht.«

1) Die entgegengesetzte Auffassung führt auch in ihren letzten Konsequenzen zu einer privatrechtlichen Auffassung der Staatsgewalt (*Bernatzik*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, S. 49, Anm. 1).

2) *Hänel*, Ges. im form. und mat. Sinne, S. 217.

schätzende Merkmale der verschiedenen Verwaltungsfunktionen des Staates zugrunde. Diese beruhen auf dem verschiedenen Umfange der Zweckmäßigkeitserwägungen, die die regierenden und die vollziehenden Staatsorgane bei ihrer Tätigkeit zu beobachten haben, freilich nicht in dem Sinne, daß eine in weitestem Maße nach Zweckmäßigkeitsrücksichten zu vollziehende Tätigkeit als Staatsfunktion nicht Ausführung einer Rechtsnorm sei, sondern insoweit das Recht, indem es selber feststellt, was voraussichtlich im allgemeinen zweckmäßig sein wird, den ausführenden Organen möglichst genau bestimmte Handlungen vorschreibt oder, indem es diese Feststellung unterläßt, solche Handlungen gebietet, die nach deren pflichtgemäßen Ermessen jeweils zweckmäßig sind.

Der Spielraum, der den ausführenden Organen gelassen ist, kann ein sehr weiter sein. Ihre Zuständigkeit kann in der Weise umgrenzt sein, daß sie lediglich allgemein das auf einem bestimmten Gebiete Zweckmäßige auszuführen haben [1]). Dann sind die betreffenden Staatsorgane an die, vielfach nicht geschriebene, Rechtsnorm gebunden, nach bestem Wissen und Gewissen das der Gemeinschaft Förderliche auszuführen. Denn insoweit das Gesetz ein Handeln nach Zweckmäßigkeitsrücksichten gebietet, ist ein und prinzipiell nur ein diesem Gebot entsprechendes Handeln Rechtsausführung [2]). Daß aber ein solches Handeln, wo bestimmte Normen fehlen, Rechtspflicht der für das betreffende

1) Durch einen so allgemein bezeichneten Zweck sind z. B. die Pflichten charakterisiert, die nach dem von dem preußischen Soldaten zu leistenden Fahneneide dahin gehen, daß er sich so betragen wolle, wie es einem rechtschaffenen, unverzagten, pflicht- und ehrliebenden Soldaten eignet und gebührt; das Gleiche gilt von der allgemeinen Beamtenpflicht, die ein solches Verhalten des Beamten zum Gegenstande hat, wie es der Achtung, die sein Beruf erfordert, entspricht, und deren Uebertretung disziplinarischer Ahndung unterliegt. Selbst das Gebiet, auf dem dieses Handeln nach pflichtgemäßem Ermessen stattfinden soll, kann allgemein die Förderung der Rechtsgemeinschaft sein, wie es z. B. in den absoluten Monarchien bezüglich der Kompetenz des absoluten Monarchen der Fall ist.

2) Es ist also in ganz anderer Weise zu bewerten, wie das subjektive Belieben, das bei dem von Rechtsnormen nicht geregelten Verhalten der Glieder der Rechtsgemeinschaft im allgemeinen obwaltet. Wenn daher verschiedene Schriftsteller (z. B. *Lüders*, Das Gewohnheitsrecht 1863, S. 33, *Bähr*, Rechtsstaat, S. 52, 53) dieses wegen des ihm anhaftenden Moments der Zweckmäßigkeit mit dem zweckmäßigen Handeln der Verwaltungsbehörden vergleichen, so ist darin eine rein äußerliche Analogie, der jede Beziehung auf das rechtliche Wesen der beiden Tätigkeiten fehlt, zu sehen (in demselben Sinne *Bernatzik*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, S. 39, 40).

Gebiet zuständigen Organe ist, ist als ein so klar aus dem allgemeinen Rechtsbewußtsein fließender Grundsatz anzusehen, daß man ihn, obwohl er in den meisten Fällen nicht ausdrücklich gesetztes Recht ist, für den Regelfall als Gewohnheitsrechtssatz bezeichnen kann [1]): Zwei Personen bewerben sich um ein Amt. Das Gesetz schreibt für die Erlangung desselben bestimmte Erfordernisse vor, die bei beiden erfüllt sind. Wird der zur Besetzung des Amtes zuständige Beamte seine Pflicht erfüllen, wenn er denjenigen, der auf Grund anderer außerhalb des Rahmens der gesetzlichen Erfordernisse fallender Eigenschaften als dem andern Bewerber gegenüber minderwertig zu erachten ist, zu dem Amte beruft, diesen aber zurückweist? Aehnliche Beispiele lassen sich für die meisten nach Zweckmäßigkeitsrücksichten vorzunehmenden Handlungen von Verwaltungsbeamten anführen.

Das Recht enthält übrigens überhaupt keine derartig genau bestimmten Anordnungen, daß dem Rechtspflichtsubjekt eine jede Wahlmöglichkeit genommen ist. Jede menschliche Handlung setzt sich aus so mannigfaltigen physischen und psychischen Momenten zusammen, daß es wegen der notwendigen Beschränktheit in der Erkenntnis dieser Momente und der Bedeutung ihrer Folgen unmöglich und, da eine jede rechtlich gebotene oder verbotene Handlung nur in einer bestimmten Hinsicht, mit Rücksicht auf einen bestimmten Erfolg, gewünscht wird, auch unzweckmäßig ist, alle oder möglichst viele Modalitäten derselben zu normieren [2]).

---

1) Vgl. *Bernatzik*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, S. 39: »Die Verwaltung ist, wie jede Verwaltungsfunktion, durch Rechtsnormen allerdings gebunden. Wer könnte das bezweifeln! Darf der Beamte auch so handeln, wie er glaubt, daß es nicht im öffentlichen Interesse liege? Die Verneinung dieser Frage mag vielleicht als so selbstverständlich gelten, daß es fast verwunderlich erscheint, dieselbe aufgeworfen zu sehen. Freiheit des Ermessens, so kann man sagen, heißt ja nicht subjektives Belieben, sondern: »nicht gebunden sein an präzise gesetzliche Normen.«

2) Dem Rechtspflichtsubjekt bleibt also stets in gewisser Hinsicht eine Wahlmöglichkeit bezüglich der Art und Weise der Rechtspflichterfüllung. Von ganz anderen Gesichtspunkten sind die durch das Recht erteilten Erlaubnisse zu bewerten. Bei der Wahl zum Zwecke der Erfüllung einer Rechtspflicht sind mehrere Leistungen, um einen privatrechtlichen Ausdruck anzuwenden, in obligatione, wenn auch nur eine eine in solutione ist; bei einer rechtlichen Erlaubnis ist keine Leistung in obligatione; sie hat vielmehr lediglich die Bedeutung der Negation eines Befehls (so *Austin*, Lectures on juris prudence or the philosophie of positiv law, 5. Aufl. I, S. 86 ff., *Lenel*, Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen, S. 34, *Thon*, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 8 ff., *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre,

Verbietet das Recht mit Rücksicht auf einen bestimmten Erfolg jemandem eine Handlung, so kann es im Regelfalle im Hinblick auf diesen Erfolg das sonstige Handeln des Betreffenden seinem Belieben überlassen, verpflichtet es dagegen jemanden zu positivem Handeln, z. B. dazu, auf eine Ladung an der Gerichtsstelle zu erscheinen, als Richter in einem Streitfalle zu entscheiden, Fabrikunternehmungen zu revidieren, öffentliche Versammlungen zu beaufsichtigen, Unterricht zu erteilen, so kann und wird es nebensächliche Modalitäten dieser Pflichterfüllungen unnormiert lassen, also die Art, wie der Zeuge zur Gerichtsstelle gelangt, in welche Fassung der Richter den Richterspruch bringt, welche Methode der Gewerberat bei seiner Revision, der Polizeibeamte bei der Beaufsichtigung, der Lehrer beim Unterricht beobachtet, im allgemeinen dem Belieben des Verpflichteten überlassen. Dies ist allgemein auch für wichtige Handlungen auf solchen Gebieten zweckmäßig, auf denen die Wissenschaft in der Zweckmäßigkeitsfrage keine Einheitlichkeit erzielt hat, z. B. auf dem Gebiete des Schulrechts, wo die Pädagogik neue Erziehungsmethoden ergründet, oder bezüglich der für Leiter von Regierungsbauten geltenden Amtsvorschriften, die die sich immer erneuernden technischen Erfindungen verwerten können müssen und daher nicht an bestimmte technische Vorschriften — wenigstens in der Hauptsache — gebunden sein dürfen. Ein wichtiges Anwendungsgebiet für die Zweckmäßigkeitsrechtssetzung wird auch durch das in jeder Rechtsgemeinschaft mehr oder weniger hervortretende Prinzip der Dezentralisation, das auf Grund der eine generelle Regelung sehr erschwerenden Verschiedenartigkeit der Verhältnisse die betreffenden Organe zu weitgehenden Zweckmäßigkeitserwägungen verpflichtet. Uebrigens gibt es auch Privatrechtspflichten, welche analog denjenigen Amtspflichten, die durch das allgemeine Gebot des Handelns nach Zweckmäßigkeitsrücksichten auf einem bestimmten Gebiete gekennzeichnet sind, durch ganz

S. 160, *v. Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit I, S. 128. Dagegen erkennt wahre und eigentliche Erlaubnisgesetze an Kant, Zum ewigen Frieden (Ende des 1. Abschnitts; Ausgabe *v. Schubert*, Leipzig 1838). Wenngleich es also zutrifft, daß der Staatswille, »auch Verheißung, und zwar teils Verheißung für den Fall ihm nicht gemäßen Verhältnis, teils Verheißung der Lebensförderung ist (*Hölder*, Das positive Recht als Staatswille im Archiv für öffentl. R. 23, S. 339), so tritt doch in der eventuellen Weisung an die Staatsorgane diese Verheißungen zu erfüllen, deren Normativcharakter hervor, der mit Recht von *Schuppe* (Der Begriff der subjektiven Rechte, S. 16) und *Bierling* (Juristische Prinzipienlehre, I, S. 29) betont wird.

allgemeine Gesichtspunkte bestimmt werden. Die Pflichten, welche die Ehe unter den Ehegatten, das Eltern- und Kindesverhältnis zwischen den Inhabern der elterlichen Gewalt und den dieser Gewalt Unterworfenen erzeugen, haben nicht durch Gebote und Verbote genau bestimmte Handlungen zum Gegenstande, sondern sind nur durch einen allgemeinen Zweck, das treue Zusammenhalten in allen Wechselfällen des Lebens, eine gründliche Kindererziehung, gekennzeichnet. Diesem Zwecke sollen die einzelnen Handlungen derjenigen, an die sich das Recht mit jenen allgemeinen Vorschriften wendet, entsprechen. Auch wenn das Recht die Erfüllung vertragsmäßig übernommener Pflichten gebietet, umgrenzt es diese nie ganz genau, wie die allgemeinen Grundsätze über Treu und Glauben ergeben.

Ihre selbstverständliche Grenze finden die den regierenden Staatsorganen zustehenden Zweckmäßigkeitserwägungen an den bestehenden genau fixierten Rechtsnormen, denen sie nicht zuwiderlaufen dürfen. Wenn das Recht in einem Falle ein genau bestimmtes, in einem anderen ein von einer Zweckmäßigkeitserwägung des Handelnden abhängiges Tun gebietet, schließt es implicite einen solchen Zweck der zweiten Rechtspflichthandlung, der der ersten widerspricht, aus. Daher sagt *Georg Meyer*[1]: »Die individuellen Freiheitsrechte sind Schranken für die verwaltende Tätigkeit des Staates und zwar speziell für die innere Verwaltung. Ihre Bedeutung liegt namentlich darin, daß überall, wo solche Rechte zugesichert sind, das den Verwaltungsorganen zustehende Verbietungsrecht[2]) nicht in Anwendung gebracht werden darf«. In allgemeiner Form, wenn auch nicht mit Beziehung auf die gesamte für den Staat geltende Rechtsordnung, spricht diesen Gedanken *Ulbrich*[3]) aus, indem er von der Verwaltung (d. h. Regierung in dem behandelten Sinne) die Achtung der wohlerworbenen Rechte der Staatsuntertanen und der im öffentlichen Rechte anerkannten allgemeinen Ansprüche derselben auf Staatsleistungen verlangt. Im einzelnen ist es jedoch häufig wegen der Schwierigkeit der Ermittelung des positiven Rechtszustandes zweifelhaft, wie weit ein Raum für Zweckmäßigkeitserwägungen einer verwaltenden Behörde gegeben ist[4]).

1) Lehrbuch, § 217.

2) Es sei denn, daß das Organ sich auf ein Gesetz berufen kann.

3) Der Rechtsbegriff der Verwaltung, in Grünhuts Zeitschrift IX, S. 10.

4) Vgl. z. B. über den Umfang der polizeilichen Kompetenz *Ulbrich* in Grün-

§ 12. Das ius eminens.

An dem objektiven Recht finden nicht nur die Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern auch die Handlungen der rechtsausführenden Organe überhaupt ihre Grenze [1]). Dieser Gesichtspunkt muß auch für die Beurteilung des ius eminens maßgebend sein.

Die Annahme einer sich nicht als Gesetzesvollziehung darstellenden, sondern sich frei, wenn auch innerhalb der Schranken der Gesetze vollziehenden Staatstätigkeit hat zur Konstruktion eines Staatsnotrechts geführt, kraft dessen die Staatsgewalt die rechtlichen Schranken durchbrechen kann, wenn die Existenz oder Sicherheit des Staates dies erfordert [2]). Die Anwendungsmöglichkeit des Staatsnotrechts soll sowohl auf dem Gebiete der Gesetzgebung bestehen, wo man sie in bezug auf die Entziehung wohlerworbener Rechte als Expropriationsrecht des Staates anerkennt, als auch auf dem Gebiete der Staatsregierung, die in der konstitutionellen Monarchie das Recht und die Verpflichtung haben soll, im Notfalle einseitig die dem ganzen gesetzgebenden Körper zustehenden Rechte auszuüben [3]).

Doch wird ein noch weitergehender, allgemeiner Gebrauch dieses Notrechts in nicht näher zu definierenden Fällen anerkannt, in denen eine staatsrettende Tat absolut erforderlich sei [4]).

Mit Recht wendet sich die neuere Theorie [5]) gegen die Da-

---

huts Zeitschrift IX, S. 6 und *Georg Meyer*, Lehrbuch § 178, *Rosin*, Polizeiverordnungsrecht, 2. Aufl., S. 98 ff.

1) Wo daher nur Verwaltungszweige sich bilden (vgl. ein Beispiel aus der neuesten Zeit von *Schmid*, .Neue Verwaltungszweige (Fremdenverkehr und Naturschutz) in der Zeitschrift für Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung, Bd. XIV, S. 272 ff.), muß eine Entstehung objektiven Rechts vorhergehen.

2) *Georg Meyer-Anschütz*, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 6. Aufl., S. 28, *Gareis*, Allgemeines Staatsrecht (bei *Marquardsen*), S. 55 ff.

3) *Bischof*, Das Notrecht der Staatsgewalt in Gesetzgebung und Regierung, im Archiv für das öffentliche Recht des Deutschen Bundes, Band III, S. 47, 48, 67 bis 83, L. *v. Stein*, Die Verwaltungslehre, Band VII, S. 342, unterscheidet von diesem jus eminens noch das dominium eminens, welches als ein wirklich bestehendes Obereigentum des Staates am Grund und Boden die Enteignung rechtfertige.

4) *Bluntschli*, Allgemeines Staatsrecht, 1.—4. Aufl. München, S. 237 ff., *Gareis*, Allgemeines Staatsrecht, in Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts, I. Bd., S. 57.

5) *Laband*, Staatsrecht W. I., S. 692, *Anschütz*, Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt im Verwaltungsarchiv, Band V, S. 22, 23, *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 327.

seinsberechtigung dieses im 17. Jahrhundert entstandenen Begriffs. Was seine Verwendung auf dem Gebiete der Gesetzgebung anlangt, so handelt es sich bei Expropriationen um Verwaltungsakte, die nur wegen ihrer Vornahme durch die in der Hauptsache zur Gesetzgebung berufenen Organe — z. B. in England und Frankreich — als Gesetzgebungsakte aufgefaßt werden[1]).

Das jus eminens ist ein Korrelat des Begriffs der wohlerworbenen Rechte[2]); wenn diese begrifflich jeden rechtlichen Eingriff ausschlossen, so mußte ein solcher, falls ein dringendes Staatsinteresse ihn erforderte, als gewissermaßen Rechtsgrundsätzen zuwiderlaufend angesehen werden. »Nach dem Dogma des jus eminens erscheint nahezu die gesamte hoheitliche Staatstätigkeit, soweit sie in Einzelwirtschaft und Privateigentum »eingreift«, als Notstandshandlung, — als eine Art fortgesetztes Verbrechen, welches nur durch dringende Zwangslagen entschuldigt werden kann«[3]). Diese mit dem Begriffe der Staatsfunktion unvereinbare Eigenschaft derjenigen Handlungen der Staatsorgane, die sie innerhalb ihrer Kompetenz vornehmen, ist das beste Argument gegen die Existenz eines solchen jus eminens, das in die neueste Doktrin auch kaum Eingang gefunden hat. Man bezeichnet hier nur noch außerordentliche Maßnahmen des Staates beim Vorliegen außergewöhnlicher Umstände, die aber in Kompetenzrechtsnormen ihre rechtliche Grundlage haben, als Aeußerungen einer »Notgewalt« des Staates[4]). Durch den Hinweis auf jene Kompetenzbestimmungen ist auch die Ausübung dieser Notgewalt in systematischen Gegensatz zur Legislative gesetzt. Jene Notlage ist nur eine tatbestandliche Voraussetzung für ein Handeln, welches Ausführung objektiven Rechtes ist.

---

1) *Bischoff* a. a. O., S. 48. Daher behandelt *Zöpfl*, Deutsches Staats- und Bundesrecht, 3. Aufl. S. 121 ff. das jus eminens als eine Beschränkung oder Aufhebung wohlerworbener Rechte durch Spezialverfügung.

2) *Otto Meyer*, Verwaltungsrecht I, S. 32 ff.

3) *Anschütz* a. a. O., S. 23.

4) Vgl. *Ulbrich*, Das österreichische Staatsrecht, Tübingen 1909 (Oeffentliches der Gegenwart, Band X) S. 336.

Kap. IV. Unterscheidungen innerhalb der rechtsausführenden Staatstätigkeit.

§ 13. Der Einteilungsgrund.

Der Einteilungsgrund für die die Rechtsnormen ausführende Staatstätigkeit[1]) ist, wie sich aus der Allgemeinheit der Rechtsnormen ergeben hat, nicht darin zu suchen, daß die Staatsgewalt sich teils mit Geboten und Verboten nicht allgemeiner Art an die ihr Unterworfenen wendet[2]), teils ohne solche Gebote oder Verbote wirksam wird. Schon vom rein logischen Standpunkte erscheint eine Einteilung von Dingen oder von Geschehnissen, die sich lediglich darauf stützt, daß der einen Gattung von Geschehnissen eine Eigenschaft innewohnt, die der anderen fehlt, unbefriedigend und das Wesen der Sache nicht erschöpfend. Denn bei Benutzung eines einzelnen Merkmals zur Abgrenzung der verschiedenen Arten einer Gattung entsteht nur dann ein befriedigendes System, wenn dieses Merkmal bei einer oder einzelnen Arten nicht einfach negiert wird, sondern in bestimmter Weise modifiziert auch bei diesen vorhanden ist. Für die Rechtswissenschaft als die Lehre von der das Menschenleben durch allgemeine, verbindliche Normen regelnden Ordnung kommt aber noch in Betracht, daß im Verhältnisse zu dieser Ordnung jeder konkrete, von einem Staatsorgan ausgehende Befehl selber Ausführung einer Norm jenes Normenkomplexes, nämlich Amtspflichterfüllung, ist, und daß die Pflichten, welche durch den konkreten Befehl für andere als Amts- oder private Pflichten entstehen, ihren Grund nicht in einer von der Rechtsordnung losgelösten Kraft des Befehlsgebers haben, sondern darin, daß die Rechtsordnung die auf diesen Befehl sich beziehende Norm derselben, den Gehorsam gegen die von den Staatsorganen innerhalb ihrer Zustän-

1) Das Recht wird allerdings auch durch die Gliederung des Staates im allgemeinen, nicht nur durch seine Organe, ausgeführt, wenn jene seinen Geboten und Verboten folgen (vgl. *Hänel*, Ges. im form. und mat. Sinne, S. 209); aber es handelt sich hierbei nicht um Staatsfunktionen.

2) Solche Gebote sind in Richtersprüchen enthalten, die sich auf die künftige Erfüllung der durch den Spruch festgestellten Pflichten beziehen, aber auch in solchen, die die in der Vergangenheit liegenden Pflichten feststellen, insofern sie die Weisung der Belohnung oder Bestrafung an die hierzu zuständigen Organe enthalten.

digkeit erlassenen Anordnungen, auch spezieller Natur, allgemein vorschreibt. In rechtlicher Hinsicht hat also ein konkreter Befehl oder ein konkretes Verbot der Staatsgewalt nur die Bedeutung einer mit anderen Tatumständen zu vergleichenden tatbestandlichen Voraussetzung für das Handeln desjenigen, an den die Anordnung sich richtet, soweit aber die Person des Anordnenden selbst in Frage kommt, ist er Amtspflichterfüllung. Der Einteilungsgrund für die rechtsausführende Staatsfunktion darf aber nicht den Voraussetzungen für ihr Eintreten, sondern er muß ihrem Erfolge bez. für die vorwärts schauende Betrachtung ihrem Zwecke entnommen werden. Dies hat allerdings zur Folge, daß der mittelbare Zweck der sich auf die Amtspflichten beziehenden Rechtssetzung — deren unmittelbarer Zweck ist, wie der einer jeden Rechtsnorm, die Befolgung der Rechtsvorschriften — mit den Verwaltungszwecken identisch ist, ein Umstand, der jedoch in keiner Weise wider die Verwendung dieses Einteilungsgrundsatzes auf dem Gebiete der Rechtsausführung spricht; vielmehr ist er aus dem Grunde, der seine Anwendung auf diesem Gebiete rechtfertigt, auch für die Materie der Rechtssetzung zu verwenden. Freilich wird diese Einteilung[1]) streng logische Vollendung bis in die differenziertesten Staatsaktionen nicht bieten können, »weil es sich um Begreifen des Lebens, nicht toten Stoffes, handelt«. Man wird etwa allgemein die Scheidung nach dem Gesichtspunkte vornehmen können, daß der Staat durch eine Art seiner Tätigkeit die Erhaltung vorhandener und den Erwerb neuer Güter für das geistige, durch die andere Art die Erhaltung und den Erwerb von Gütern für das leibliche Leben und Wirken seiner Glieder bezweckt. Nach den verschiedenen Kulturstufen, auf denen die Staaten stehen, läßt sich dann ein Vorwiegen dieser oder jener Funktionen feststellen, und auch für die Vergleichung spezifisch moralischer Rechtsgemeinschaften, wie der Kirchen, mit den Staaten gewährt diese Scheidung ein Merkmal. Aber es ist nicht zu verkennen, daß manche, vielleicht die meisten, Staatstätigkeiten entweder unmittelbar beiden Zwecken oder unmittelbar dem einen, mittelbar dem anderen dienen, und daß daher für eine

1) Wie *Jellinek*, Allgem. Staatslehre, S. 591, es von einer jeden Einteilung der Staatsfunktionen behauptet, während *Vierhaus*, Gerichtsbarkeit und Verwaltungshoheit, im Verwaltungsarchiv, Bd. XI, S. 224 eine begriffsmäßige Scheidung der Aufgaben der Gerichte und der Verwaltungsorgane für unmöglich hält.

Spezialisierung ihrer Zwecke auch andere Einteilungsgrundsätze maßgebend sein können[1]).

Da es über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen würde, die Staatszwecke, welche hiernach für die Klassifizierung seiner Tätigkeit als rechtsetzenden und rechtausführenden Faktors maßgebend sind, zu untersuchen, so sei nur auf den Zusammenhang derselben mit den Staatsfunktionen hingewiesen. Abzuweisen ist die Anschauung, nach welcher die Zwecke des Staats mit seinen Funktionen identisch seien[2]). Diese verhalten sich zu jenen vielmehr wie das Mittel zum Zweck.

§ 14. Verschiedenartigkeit der Systeme.

Man hat die gesamte verwaltende Staatstätigkeit eingeteilt in diejenige, die ihr nächstliegendes Anwendungsgebiet innerhalb des Organismus der Staatsverwaltung selbst findet, und diejenige, die zur Ausübung der obrigkeitlichen Befugnisse gegenüber den Untertanen dient[3]). Wie aber die allgemeinen Vorschriften für den inneren Gang der Verwaltung sich inhaltlich als Rechtsnormen darstellen, so hat diese Unterscheidung auf dem Gebiete der Rechtsausführung juristisch streng formalen Charakter, insofern sie das Unterscheidungsmerkmal nicht aus einer Verschiedenartigkeit der Handlungen in ihren Beziehungen zu der Rechtsordnung, sondern aus bestimmten Eigenschaften der Personen, denen gegenüber sie vorgenommen werden, entnimmt.

Eine weiterhin mitunter vollzogene Unterscheidung der Verwaltungsakte in Verfügungen, durch die die Untertanen zu eigenem Handeln angewiesen und ermächtigt werden, und Handlungen, bei denen die Organe selbsttätig gegenüber den Untertanen auftreten[4]), geht auf den Inhalt der Verwaltungsakte zurück. Die ersterwähnte Staatstätigkeit hebt sich in gleicher Weise wie die

---

1) *Trieps*, Das deutsche Reich und die deutschen Bundesstaaten, Berlin 1890, hält sogar eine erschöpfende Darstellung aller Staatsverwaltungsakte für ausgeschlossen. In der Gegenwart wird im allgemeinen die von *L. v. Stein* verwertete Einteilung in die Angelegenheiten des Aeußeren, des Heeres, der Finanzen, der Justiz und des Innern vollzogen. (*Schmid*, Ueber die Bedeutung der Verwaltungslehre als selbstständiger Wissenschaft, in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1909, S. 200.)

2) Vgl. *Lasson*, Rechtsphilosophie, S. 310 ff.; gegen ihn zutreffend *Jellinek*, Allg. Staatslehre, S. 234.

3) Vgl. z. B. *Kahl*, Lehrsystem des Kirchenrechts, S. 313.

4) Vgl. *Kahl*, Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik, S. 313.

richtende von der übrigen verwaltenden Staatstätigkeit ab. Wie die richtende ist aber auch sie nicht in systematischen Gegensatz zu derselben zu setzen. Denn auch bei ihr fehlt es an einer Gegensätzlichkeit in den Unterscheidungsmerkmalen, auch sie kann nur dadurch von der übrigen verwaltenden Staatstätigkeit getrennt werden, daß man zu den allgemeinen Merkmalen der Rechtsausführung bei ihr nur ein Moment hinzufügt, das dem Reste der Verwaltungsfunktionen fehlt, dessen Gegensatz bei ihnen nicht vorhanden ist.

Da ferner nach dieser Scheidung auch allgemeine Gebote und Verbote, also Rechtssetzungsakte der Verwaltungsorgane, zu der ersten Art der rechtsausführenden Tätigkeit gehören würden, so erscheint es für die Theorie, welche die Allgemeinheit des Rechtssatzes anerkennt, zweckmäßiger, zur grundlegenden Unterscheidung die in Rechtssetzung und Rechtsausführung zu machen und die gebietende oder verbietende Natur gewisser Verwaltungsakte im Gegensatze zu anderen hintanzusetzen, umsomehr, als man zu den Entscheidungen wiederum die Verfügungen im engeren Sinne [1]) in Gegensatz zu setzen pflegt, die die Verwaltung nach eigenem Ermessen unter Beobachtung der Gesetze normiert, und dabei den Umstand außer acht läßt, daß, wie die Untersuchung ergeben hat, auch manche Verfügungen den Charakter von Entscheidungen, und zwar richterlicher Entscheidungen, haben, nämlich [2]) die »deklarativen Anerkennungsverfügungen, wodurch ein subjektives Recht der Staatsangehörigen als bestehend erklärt wird«, und die »deklarativen Verwaltungsbefehle, die ein bereits bestehendes subjektives Recht des Staates als Anspruchsverfügungen einfach zur Geltung bringen wollen«, sowie, daß auch dieses Ermessen der Verwaltungsbehörden als Bestandteil eines Rechtsausführungsaktes anzusehen ist.

Wenngleich es ferner richtig ist, daß der Staat bei einem Teile seiner Tätigkeit anderen Rechtssubjekten nicht eigentlich als Herrscher gegenübertritt [3]) und zwar nicht nur gegenüber anderen Staaten im völkerrechtlichen Verkehr, sondern auch bei

1) Vgl. *Georg Meyer-Anschütz*, Lehrbuch, S. 649.

2) Im Sinne von *Ulbrich*, Oesterreichisches Staatsrecht, Tübingen 1909, S. 251.

3) Vgl. *Laband*, Staatsrecht des Deutschen Reichs, S. 59 ff., *Rosin*, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung, kritische Begriffsstudien, in den Annalen des Deutschen Reichs 1883, S. 265, *Georg Meyer-Anschütz*, Lehrbuch, § 4 und die daselbst Zitierten.

der Errichtung und Verwaltung gewisser Anstalten und bei der Beschaffung von Staatsbedürfnissen durch zivile Rechtsgeschäfte auch seinen eigenen Gliedern gegenüber, so dürfte doch die Charakterisierung dieser Staatstätigkeit als gewissermaßen privater und ihre Gegenüberstellung zu der übrigen Staatstätigkeit systematisch Bedenken unterliegen. Denn der Staat als solcher kann nie Privatperson sein, und auch bei den Handlungen der letzten Art tritt seine Autorität gegenüber seinen Gliedern darin hervor, daß diese sie auf Grund einer selbstverständlichen Rechtsnorm nicht hindern dürfen und bei Verletzungen der entsprechenden Amtspflichten nicht von den ihnen gegenüber privaten Verpflichteten zustehenden Rechtsmitteln, sondern von den gegen Amtspflichtverletzungen gegebenen Gebrauch machen können. In gewissem Sinne ist daher der Staat in all seinem Handeln gegenüber seinen Gliedern Autorität und nicht gleichberechtigtes Subjekt[1]).

§ 15. Staatsakte gegenüber Dritten.

Durch die Kriegführung, die Kolonisation, den Abschluß von Verträgen mit anderen Staaten oder privaten staatsfremden physischen oder juristischen Personen oder auch mit Kirchen, die der Staat als selbstständige, mit ihm paktierende Rechtssubjekte anerkennt, tritt der Staat nicht nur mit seinen eigenen Untertanen, sondern auch mit Staatsfremden in Beziehung. Als das Nächstliegende erscheint es, diese Staatsakte vom Gesichtspunkte der rechtlichen Beziehungen des Staates zu den Dritten, denen gegenüber sie vorgenommen werden, also nach der zwischen dem Staate und diesen Dritten etwa bestehenden Rechtsordnung, z. B. des Völkerrechts, zu beurteilen. Für ihre Behandlung als Staatsfunktionen, also als Handlungen des kriegführenden, den Vertrag oder das Konkordat abschließenden oder des kolonisierenden Staates, ist jedoch diese Betrachtungsweise nicht zulässig.

Die Rechtssetzungsakte erstrecken sich ihrer Natur nach nur auf die Glieder der Rechtsgemeinschaft, deren Organe sie erlassen haben. Nur an sie können die Rechtsnormen des Staates als solchen gerichtet werden, weil nur sie zu dem Organismus, der sich durch diese Normierungen ausgestaltet, gehören. Die

1) Aehnlich *v. Gerber*, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 3. Aufl. S. 3, und *Zorn*, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 2. Aufl., S. 287.

formale Bestimmung der Staatsangehörigkeit und der internationale Verkehr haben nun aber zur Folge, daß vielfach Personen, die in engen Beziehungen zu Staatsangehörigen stehen, als Staatsfremde den Rechtsnormen des Staates nach diesem Grundsatze nicht unterliegen. Die Staatsfremden sind nun ihrerseits gegen Schädigungen durch Staatsangehörige in der Regel dadurch geschützt, daß das innerstaatliche Recht den Staatsuntertanen in ihren Beziehungen zu den Staatsfremden in den wichtigsten Angelegenheiten dieselben Verpflichtungen auferlegt wie gegenüber anderen Staatsangehörigen, insbesondere Delikte, die an jenem begangen werden, in gleicher Weise straft wie strafbare Handlungen, durch die Staatsangehörige in ihren Gütern getroffen werden. Andererseits muß aber auch den Staatsgliedern Schutz gegen die Willkür der Staatsfremden gewährt und müssen die durch die Gemeinsamkeit kultureller und wirtschaftlicher Interessen hervorgerufenen Beziehungen des Staates oder seiner Angehörigen zu Dritten irgendwie rechtlich geregelt werden. Es muß daher den rechtsausführenden Organen des Staates die Kompetenz zu zweckentsprechendem Handeln, sei es zu Geboten oder Verboten, oder zu anderen Handlungen gegenüber den Staatsfremden gewährt werden. Insofern der Staat durch seine Organe gegenüber den sich in seinem Territorium aufhaltenden Ausländern seine Gebietshoheit geltend macht, handelt er rechtsausführend, da die Grundlage seiner Handlungen entsprechende Kompetenzrechtsnormen sind[1]). Dabei muß aber berücksichtigt werden, daß die Gebote und Verbote allgemeiner und spezieller Natur, die der Staat an die Staatsfremden richtet und deren Befolgung er belohnt oder bestraft, sowie die sonstigen ihnen gegenüber vorgenommenen Rechtsausführungsakte im Verhältnis zu den Staatsfremden nicht Ausführungsakte innerstaatlichen Rechts sind, da sich dieses ja auf diese Personen nicht erstrecken

1) *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Leipzig 1895, S. 10, begründet den Ausschluß der Tätigkeit des Staates gegenüber dritten Rechtssubjekten von der Verwaltung damit, daß er auf das Streben des neuzeitlichen Rechts- und Verfassungsstaates hinweist, sein Verhältnis zu den Untertanen möglichst einer Rechtsordnung, und zwar der von ihm selbst gesetzten Rechtsordnung, zu unterwerfen (ähnlich *Zorn* in Hirths Annalen 1882, S. 82, *Laband*, Staatsrecht II, S. 1 ff.); doch auch die erwähnten Kompetenzrechtsnormen sind Bestandteile der eigenen Rechtsordnung des Staates. Außerdem dürfte in der Lehre *Mayers* eine petitio principii liegen; wenn Verwaltung nur als Tätigkeit des Staates im Verhältnisse zu seinen Untertanen definiert wird, so ist eine Tätigkeit gegenüber Dritten allerdings nicht Verwaltung.

kann, sondern nur insoweit, als die Handlungen von Organen des Staates als Staatsfunktionen, die ihnen durch das Recht geboten sind, vorgenommen werden. Für die Staatsfremden liegen, da die rechtsausführenden Organe gegen sie bei Nichtbefolgung der an sie erlassenen Vorschriften im allgemeinen in der gleichen Weise tätig werden wie bei den entsprechenden rechtswidrigen Handlungen der Staatsuntertanen, die gleichen Motive wie für diese vor, sich gebots- und verbotswidriger Handlungen zu enthalten und den von den Staatsorganen an sie gerichteten Anordnungen, als berechtigten Forderungen einer übergeordneten Macht, zu gehorchen. Diese Handlungen nimmt der Staat aber nicht nur kraft seiner Gebietshoheit vor, sondern er schützt auch seine Glieder im Auslande gegen die Verletzungen von Staatsfremden und sorgt auch hier durch geeignete Gebote und Verbote, allgemeiner und besonderer Natur, sowie durch sonstige Handlungen für eine gedeihliche Entwickelung der Beziehungen der eigenen Untertanen mit anderen Personen. Er tritt aber auch mit Staatsfremden ohne Rücksicht auf deren Beziehungen zu seinen Gliedern in Verbindung, um sich Leistungen derselben zunutze zu machen, und nicht nur mit Einzelpersonen, sondern auch mit Rechtsgemeinschaften, insbesondere Staaten. In allen diesen Fällen finden die für die sich im Staatsgebiete aufhaltenden Staatsfremden geltenden Grundsätze entsprechende Anwendung, insbesondere handeln die Organe des Staates in Ausübung einer ihnen rechtlich übertragenen Zuständigkeit, also rechtsausführend. Diese Staatsakte sind daher der rechtsausführenden Staatstätigkeit ohne Schwierigkeit einzuverleiben. Im Hinblick auf die Personen, auf die sich jene Tätigkeit erstreckt, bilden sie im Gegensatze zu den gegenüber den eigenen Untertanen vorgenommenen Staatsakten einen besonderen Zweig der Exekutive. Allerdings tritt das unterscheidende Kriterium, die Untertanenqualität desjenigen, auf den sich die Tätigkeit des Staates erstreckt, bei den Staatsfremden nur negativ auf.

Wenn die erwähnten Handlungen des Staates gegenüber Staatsfremden (natürlichen oder juristischen Personen) durch eine über dem Staate und diesen stehende Rechtsordnung, z. B. bezüglich der Staaten der Völkerrechtsgemeinschaft durch das Völkerrecht, geregelt sind, so sind die Staatshandlungen außer als innerstaatliche Rechtsausführungsakte noch als z. B. völkerrechtsgemäße oder völkerrechtswidrige, d. h. also in einem ganz

besonderen, von dem innerstaatlichen streng zu sondernden Rechtskreise, zu beurteilen[1]). Beim Bestehen einer solchen Rechtsordnung ist, wenn nach derselben eine dazu berufene Instanz vorhanden ist, auch eine eigentlich richterliche Tätigkeit über die Handlungen der Staatsfremden, aber auch des Staates selbst, möglich.

1) *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, S. 341, 342, weist die völkerrechtlichen Verträge mit der Begründung in die materielle Kategorie der Verwaltungstätigkeit, weil der Staat »die objektiven Normen des Völkerrechts zu Sätzen seiner staatlichen Rechtsordnung« mache. Auch er hält also an der Sonderung der Rechtskreise fest.

(Schluß folgt.)