

Werk

Titel: Einige Worte über die Trennung der Gerichte in Civil- und Administrativ-Gerichte

Autor: Nidler

Ort: Heidelberg

Jahr: 1820

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1820_0003 | log30

Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

✉ info@digizeitschriften.de

Curator der F^{***}, auch die untergerichtliche und obergerichtliche Behörde mittreffen.

Daran erkenne man wenigstens, daß das praktische Rechtsleben oft mehr Umsicht erfordert, als eine hochweise Predigt vom Lehrstuhle.

XXIII.

Einige Worte über die Trennung der Gerichte in Civil- und Administrativ-Gerichte.

Von

Dr. Nibler, Königl. Baier. Advocaten zu Straubing.

§. 1.

Es ist jetzt auch die Frage leberdig: „ob die administrativen Sachen eigenen Gerichten zugetheilt seyn sollen“?

Würden für dergleichen Rechtsstreitigkeiten besondere, wie die regulirten Civilgerichte unabhängige, Gerichte angeordnet, besetzt mit juridisch gebildeten Richtern und Sachkundigen, wie z. B. bei einem Handelsgericht es der Fall seyn kann, so wäre dagegen wohl in finanzieller Hinsicht viel, in andern Rücksichten aber weniger einzuwenden¹⁾. Dortbin geht aber auch nicht überall das Streben, sondern man will vielmehr nur den administrativen Behörden einen richterlichen Charakter beilegen²⁾.

Die Entscheidung der Frage: ob dieses gerecht und zwecklich sey? wird zunächst dadurch erschwert, daß der Begriff

1) Gespräche über die Verfassungsurkunde des Königreichs Baiern, München 1818.

2) v. Gönner Entwurf eines Gesetzbuches 2c. I. Vor S. XVI. ff. II. S. 56. Dagegen Rudhart, über die Verwaltung der Justiz durch die administrativen Behörden. Würzb. 1817. Diese Schrift ist zum Theil Quelle und Leitfaden obiger, hie und da mehr in das Specielle eingehenden, Abhandlung. Sum cuique!

von ³⁾ administrativ-contentiösen Sachen bis jetzt nicht im Reinen ist, und wenigstens zu sehr erweitert wird. Man verwechselt nämlich mit ihnen, oder ziehet verwirrend in ihren Kreis, auch solche reine Regierungssachen, wo zwar allerdings auch Privatpersonen betheiltigt sind, worüber es aber solche bestimmte positive Civilgesetze weder giebt, noch füglich geben kann, aus welchen der Unterthan sich ein Recht für seinen Privatrechtskreis dergestalt aneignen könnte, daß dieses einen bleibenden Theil seines Eigenthums im allgemeinen Sinn bildet, m. a. W. ein erworbenes Recht, und in welchen bloßen Regierungssachen folglich das Meiste doch den Einsichten einer prüfenden und regulierenden Staatsgewalt überlassen werden muß. Hat man nun einmal in diesem gleichsam geflochtenen Gebiet vernünftiger und zwecklicher Regierungswillführ, welche nur durch, aus der Natur der Sache entnommen, dem Staats- und Gemeinwohl, den Verhältnissen in concreto, den Zeitbedürfnissen u. i. w., entsprechenden staatsrechtlichen Principien sich regeln und beschränken läßt, Fuß gefaßt, hat man diese wahren Regierungssachen hervorgehoben, so werden andere Verhältnisse, die dem Gebiete wohl erworbenener Privatrechte angehören, und welche das positive Civilrecht allerdings im Auge und zum Gegenstand hat, ganz

3) Es sey der Redaction dieser Zeitschrift erlaubt, diesen Orts einige Stellen aus dem Ueberreichungs-Bericht des „Entwurfs einer Processform für Administrativ-Streitigkeiten, Bern 1818.“ beizufügen. M. s. dieses Archiv Bd. 3. Heft 2. S. 242. §. 5.

Der §. 23. des Entwurfes selbst lautet: „Wenn eine persönliche Pflicht oder ein Gegenstand des Privat-Interesse streitig wird, die mit einer allgemeinen Staatseinrichtung oder einem Zweige der Staatsverwaltung in solcher Verbindung stehen, daß sie nicht der willkührlichen Verfügung der Parthei ausschliessend überlassen werden können, sondern die Möglichkeit der Einwirkung der Staatsgewalt offen bleiben muß; so gehört ein solcher Streit für den Administrativ-Gerichtsstand“.

In dem Ueberreichungs-Bericht lautet es nun S. 11. ff. so: „Folgender Ideen-Gang führte auf die Definition, welche der §. 23. enthält; Der Charakter der richterlichen Behörden soll strenge rücksichtlose Gerechtigkeit seyn; der Hauptzweck der Regierungsbehörden hingegen,

leise in den Hintergrund geschoben, um nun folgendes zu dociren; weil

a) die Richter der Rechtspflege den ihnen vorgelegten Fall bloß unter das positive Gesetz zu subsumiren, keineswegs aber nach ihren Einsichten zu entscheiden hätten; weil

b) dieselben, wenn es auf andere, als juridische Kenntnisse ankomme, die Entscheidung doch den zuzuziehenden Sachverständigen überlassen müßten, und weil

c) die Regierung in solchen, das Gemeinwohl betreffenden, oder mitbetreffenden, Staatsangelegenheiten nicht wohl andere Sachverständige zulassen könne als ihre, jener Gegenstände wegen öffentlich angestellte, Administrativebeamten; weil ferner

d) die administrativen Stellen aus einer Art von Machtvollkommenheit nachhelfen und den anhängigen Rechtsstreit vergeblich machen dürften, z. B. in Sachen freitiger Gewerbsberechtigung durch eine neue Concession; so sey es entschieden besser, alle administrativ, contentiösen Sachen bei den administrativen Behörden zu belassen, oder diesen zu übertragen.

Diese Gründe unter a. b. c. und d. lassen sich aber nur dann hören, wenn man diejenigen Sachen ausscheidet

umsichtige Sorgfalt für die Erhaltung und die Wohlfarth des Staates im Ganzen, welchem sehr oft Privatverhältnisse untergeordnet werden müssen. Darum ist in wohlgeordneten Staaten die richterliche Gewalt von der Regierungsgewalt getrennt. Es giebt aber solche Privatrechte und Verhältnisse des Staatsbürgers, die mit der allgemeinen Staatsorganisation, oder mit der Staatsverwaltung überhaupt, oder einzelnen Zweigen derselben, in so unmittelbarer Verbindung stehen, daß sie ohne den größten Nachtheil für den Staat unmöglich, aufser aller Beziehung auf die allgemeinen Verhältnisse, bloß nach den Regeln des strengen Privatrechtes, entschieden werden können. Darum aber, weil der ordentliche Richter ausschließend nur auf diese letztern Rücksicht zu nehmen hat, und ihm jeder andere Gesichtspunkt fremd bleiben soll, als derjenige des strengsten Rechts, — darum muß diese Classe von Verhältnissen, wenn sie streitig werden, seinem Geschäftskreise nothwendig entzogen, und ihr Entscheid einer solchen Behörde übertragen werden,

In welchen die Staatsverwaltung mit einem solchen Subject gar nicht in Collision kommt, welches, einem bestimmten adversarius gegenüber, sey dieses auch die Staatsadministration selbst, ein erworbenes Recht aus bestehenden Gesetzen behauptet, dieses *jus quaesitum* verteidigen, und nach den Normen jenes publicirten Gesetzes entschieden wissen will. Wo diese Merkmale und dieses Streben sich nicht vorfinden, oder auch wo der sich zeigende Contradictor, z. B. die Zunft gegen eine ihr nicht vortheilhafte Concession, sich nur auf Billigkeitsgründe, blos auf das eigene Interesse des Staates, oder nur auf das des Gemein- oder Ortswohls, sich beziehen kann, nicht auf ein erworbenes ausschließliches Privilegium u. d. gl., da hat die heilige Justiz auch nichts zu schaffen, sondern überläßt willig die Sache einsichtigen und gnädigen Hütern des Staats, und Gemeinwohls — ja schreiend protestirt sie gegen die Belastung mit jenen reinen Administrations-Sachen, durch welche die Rechtspflege gemeinschädlich gehemmt und verunstaltet wird.

Aber wenn der Untertban bescheiden auf die *lex lata* hinzeigt, und behauptet: „aus dieser hab ich ein Recht erworben, das ich dem Staat, oder einem Mitbürger, so geradezu nicht opfern will“, sey es auch, daß mit diesem strei-

welche dabei auch die Harmonie des Ganzen und den ungestörten Gang der Staatsverwaltung überhaupt, berücksichtigen kann. Diese Gegenstände nun gehören unter die Rechtspflege der Regierungsgewalt, welche das Recht der streitenden Parteien nicht absolut entscheidet, sondern zugleich auch mit den Forderungen der Zeitumstände und des allgemeinen Bedürfnisses in Uebereinstimmung setzen muß, — es sind dieses Administrativ-Streitigkeiten. Wo also ein Recht oder Verhältniß streitig wird, über welches der Staatsbürger durchaus frei verfügen kann, ohne daß diese Verfügung auf den Organismus des Staates oder auf den Gang seiner Verwaltung einwirkt — da ist ein Civilfall vorhanden, — ein Administrativfall hingegen, wo das streitige Verhältniß oder Recht mit einer allgemeinen Staatseinrichtung oder mit einem Zweige der Staatsverwaltung in unmittelbarer Verbindung steht. Aus dieser Definition ergeben sich nun schon wesentliche Verschiedenheiten, die bei dem Gange der Untersuchung der einen und der andern Art von

tigen Rechtsverhältniß ein specielles Interesse des Staates sich verflechtet, so tritt diese nunmehr streitige Rechtsache aus dem Gebiet obiger Staatswillkühr — sie wird eine administrativ-contentioſe Rechtsache.

Es ſind alſo nur ſolche das Gemeinwohl berührende Privatrechts-Angelegenheiten für administrativ-contentioſe Sachen zu erklären, worüber in dem Staate ſolche Rechtsgeſetze exiſtiren, daß jeder einzelne Fall durch Subſumtion unter das Rechtsgeſetz nach deſſen vorſorglichem Willen entſchieden werden kann.

So läßt ſich z. B. wohl kein beſtimmtes Geſetz darüber geben, „wo die von der Administration beſchloſſene, Einzelnen ſchädliche, vielen nützliche, Kunſtſtrafe angelegt oder nicht angelegt werden ſolle, ob, unter den vorliegenden Zeitumſtänden, Ausfuhrverbote zu erlaſſen, Zölle zu erhöhen oder zu vermindern ſind“, geſetzt auch die Folge ſolcher Adminiſtrativ-Handlungen ſollten des einen Untertans Vermögen mindern, des andern aber mehren. Auch darf man an der Möglichkeit zweifeln, daß ſich für Gewerbsverhältniſſe, das Nahrungswefen u. d. gl., ſolche Geſetze ertheilen laſſen, welche, wie die Civilgeſetze, den einen Fall wie den andern beherrſchen und bis dahin zur Entſcheidungsnorm dienen, wo die geſetzgebende Gewalt etwas an-

Geschäften ſtatt finden müſſen, wenn derſelbe folgerichtig ſeyn ſoll. Da die Civilfälle ſich auf ſolche Gegenstände erſtrecken, welche der freien Verfügung der Parteien unterliegen, ſo kann für dieſelben auch der reine Verhandlungsprocess ſtatt haben, wo die Parteien die Prozedur nach eigenem Gutfinden, ohne thätige Einwirkung der öffentlichen Gewalt, inſtruiren; wo eine Partei ihr ganzes Recht durch eine Nachläſſigkeit verlieren kann, auf welche das Geſetz dieſe Folge verhängt; wo endlich der Richter lediglich das Begehren der nachſuchenden Partei ohne einige Modification geſtattet, wenn er es recht, — und abweiſet, wenn er es unrecht findet. Dieſes ſind unbedingt die Grundlagen der Civil-Rechtsform des alten Cantons Bern; und auch mit einiger Beſchränkung diejenigen der franzöſiſchen, welche einſtweilen noch in den Aemtern des Leberbergs herrſcht. Anders verhält es ſich aber mit den Gegenständen, welche der Adminiſtrativ-Gerichtsbarkeit unterworfen ſind. Bei dieſen waltet nämlich, der aufgeſtellten Definition zufolge,

deres als Norm gebietet. Dergleichen Gegenstände sind mit dem Staats- und Gemeinwohl so unzertrennlich verknüpft, daß Collisionsfälle, wo jenes vorgeben muß, häufig und vielfach eintreten, daher auch über solche Verhältnisse nicht wohl solche Verträge geschlossen werden können, zu deren Execution der Staat pflichtig, oder der Richter berechtigt wäre. Es muß dieses selbst von denjenigen Zunft- und Gewerbsgesetzen gelten, welche die Regierung, für das Land oder einen einzelnen Ort, als Gesetze der bürgerlichen Ordnung publicirt, ohne daß man die Befugniß aus ihnen erworbene Privilegien nennen kann. So lange diese Ordnungsgesetze nicht zurückgezogen werden, handelt jeder unter ihrem Schutze, unternimmt, was sie erlauben, hat auch das Recht, über den Mißbürger sich zu beschweren, welcher jenen Vorschriften entgegen handelt, und kann darauf antragen, jene Verletzung des Gewerbsgesetzes zu beseitigen, den Contravenienten zur Ordnung zu weisen.

Und in diesem Gebiete mag nun die Administrationsbehörde, als Wächterin über eine dem Staatswohl angemessene Beobachtung jener nicht privatrechtlichen, sondern vielmehr staats- oder ortsbürgerlichen, Gesetze, die competente und zweckliche Behörde seyn, welche um Beleuchtung der Falles

immerhin, mit und nebst dem streitigen Privatinteresse, auch ein Interesse des Staates für die ungestörte Erhaltung seiner innern Organisation und Verwaltung; nebst den unmittelbar streitenden Parteien ist noch eine *dritte*, nämlich der Staat, dabei interessirt, daß die Verhandlungen der erstern, und der Entscheid des Streites, von keiner schädlichen Wirkung für das Gemeinwesen seyen. Wäre das Interesse des Staates in der Regel hiebei vorherrschend und überwiegend, so würde dieses auch erheischen, daß die Einwirkung der Staatsgewalt auf den Gang der Untersuchung vorherrschen müsse; es würde für Administrativ-Streitigkeiten auf die unbedingte Untersuchungsmaxime, oder auf den Informativ-Proceß führen, — wo der Richter nach seinem Gutfinden und ohne Einwirkung der Parteien den Proceß instruiert. — Aber dieses ist in der Regel nicht der Fall bei dieser Art von Streitigkeiten, sondern das Staats-Interesse bei denselben ist meistens entfernt, wesswegen denn auch eine gemischte Rechtsform die einzig passende scheint; bei welcher zwar die Parteien

und dessen Regulirung nach dem Ordnungsgesetz angerufen wird. Nur ist zu wünschen, daß hier nicht bloße Ansichten, sondern auch wirkliche, mit Rechtskenntnissen bewaffnete, Einsichten die Sache leiten und entscheiden, und daß insonderheit die Oberverwaltungsbehörden Regierungs- und Justizkenntnisse in sich vereinigen mögen, weil auch jede Administrationssache mit Rechtsbegriffen, vorzüglich mit staatsrechtlichen Principien, sich verknüpft, keinesweges aber eine regellose, subjectiv-ideale, Willkür ihre Seele seyn darf.

Ganz anders verhält es sich hingegen, wenn einzelnen Subjecten, oder einer moralischen Person, z. B. einer Kunst, gewisse Gewerbsvorrechte u. d. gl. als fortdauernde Privilegien erteilt worden sind. Diese geben als erworbene Rechte über in das Gebiet der Privatrechte jener physischen oder moralischen Person; und diese privatrechtliche Seite ist dann die vorherrschende. Diese läßt sich dann, entsetzt ein Kampf zwischen jenen Privilegirten und einem Dritten, immer unter die Privatrechtsgesetze mit richterlicher Thätigkeit subsumiren, und das Privilegium der gesetzgebenden Gewalt ist das nächste Gesetz, welches zu ändern eine administrative Behörde so wenig vermag, als der Richter. — Ja nicht einmal rechtsdoctrinell erklären darf die Administration jene pri-

ihr Recht selbst vertheidigen können, aber die öffentliche Gewalt insofern mitwirkt, als es nöthig ist, um auch die Interessen des Gemeinwesens zu schirmen, und die Mittel dazu in das gehörige Licht zu stellen. Hiebei darf keine Partei durch ihre Handlungen oder Versäumnisse den Ausgang überhaupt entscheiden; keine Termine im Lauf der Untersuchung dürfen statt finden, welche die Hauptsache, den Streitpunkt selbst perimiren, weil auch der Staat bei diesem Ausgange interessirt ist, und also keine Partei denselben durch ihre Nachlässigkeit bestimmen kann. Endlich muß der Richter bei derlei Streitigkeiten nicht nur die unbedingte Rechtsbegründniß der Klagforderungen oder des Schlusses der Partei beurtheilen, sondern auch ihr Verhältniß zu den Forderungen des Staates, um sie auch mit diesen in Einklang zu bringen. Er kann also nicht gebunden werden, bloß der fordernden Partei ihren Schluss zuzusprechen, oder denselben zu verwerfen, sondern er muß das eingeklagte Privatinteresse so entscheiden, daß auch dasjenige des Gemein-

vilegia und jure singularia, wohl aber gebührt dem Richteramt jene Art der Interpretation, als dazu fähig, und durch das gemeine Gesetz dazu autorisirt.

Concurrirt nun bei jenem Rechtskampf auch ein unmittelbares Interesse des Staates als solchen, und wird die Sache dadurch erst administrativ-contentiös, so wird sie doch deshalb nicht auch ein Gegenstand der administrativen Gewalt des Staates, sondern dieses Interesse einer administrativen Behörde legitimirt diese nur ad causam, um die Rolle einer Partei vor der Rechtsverwaltung des nämlichen Staates, der nämlichen Regierungsgewalt, sich beizulegen.

In diesem Gebiet und Fall muß auch das Interesse der Administration dem bestehenden Gesetz, dem mit dem Gemeinwohl verträglichen Rechtspruch des Richters, sich unterordnen. Denn Gesetz und Recht, dessen Aufrechterhaltung und gleiche gerechte Anwendung, ist das allerhöchste Interesse des Staates mit allen dessen Regierungsgewaltszweigen. Eine höchste Regierungsgewalt, welche dieses nicht selbst anerkennen wollte, würde sich selbst verkennen. Nur eine wahre Collision des Staatswohls mit dem erworbenen Privatrecht kann letztes vertilgen — der Staat muß zeigen können: „ich selbst kann meinen höchsten Zweck des Gemeinwohls gar nicht

wesens nicht darunter leide. Aus dem Begriff der Administrations Streitigkeiten selbst fließen also die Grundsätze als natürliche Folgerungen:

1) daß der Administrativ-Proceß im wesentlichen nach den Regeln des Civil-Rechtsganges geführt werden solle, welchem die Verhandlungsmaxime zum Grund liegt, weil dabei gewöhnlich das Privatinteresse vorherrscht, und die Parteien als in der Befugniß stehen sollen, dasselbe nach ihrer Ansicht und ihrer Ueberzeugung vertheidigen zu können.

2) daß der Civil-Rechtsgang insofern modificirt und durch Beisätze nach der Untersuchungsmaxime gemischt werden müsse, als es nöthig ist, auch das Gemeininteresse zu handhaben.“

So weit die Worte jenes Berichts, bei welchem wohl der würdige Professor *Schnell* die Feder führte. Die Klarheit ergreift, die Wahrheit in ihr ist aber dennoch *nur relativ* — nur Wahrheit in Hinsicht auf die republikanische Regierungs- und Justiz-Verfassung des Cantons

erreichen, wird jenes erworbene Privatrecht einzelner Bürger jetzt so angewendet und dauert es so fort, wie das bestehende Gesetz es will“. Und auch in diesem Nothfall bleibt die Pflicht möglicher Entschädigung dessen, welchen das Gemeinwohl aus seinem Privatrechtskreis selbstg enöthiget verdrängt⁴⁾.

§. 2.

Davon ausgegangen darf man den Satz behaupten: „es sey rechtlicher, und schon daher für den Staatszweck selbst erspriesslicher, die wahren administrativ-contentiösen Sachen — als Rechtsstreitigkeiten — den ordentlichen resp. Civil- resp. Straf-Gerichten zu überlassen“.

Bern. Da sind die Mitglieder derjenigen Behörden, welche in administrativ-streitigen Sachen *Recht* sprechen sollen, und insonderheit die des kleinen Rathes, eben so unbefangen und eben so fähig, *Recht* zu sprechen, als die Beisitzer der Civilgerichte. Abgesehen von dem gelehrten Oberamtmann, dem republikanischen Comes, finden wir hier noch die alten teutschen Schöppen, aus dem Volk, welche nicht bloß über die Wahrheit einer Thatsache urtheilen, sondern *das Recht selbst*, welches aus dem facto folgt, *vo tirend mitfinden*. Die Zahl der bei der Administration thätigen Bürger enthält leichtmöglich noch mehr studirte Rechtskenner, als die Zahl der Civilgerichts-Männer, und insonderheit ist dieses bei dem kleinen Rath der Fall, als Oberinstanz in Administrativ-Streitigkeiten. Auch ist der Proceß in diesen so geregelt, wenigstens nach dem Entwurf, daß der Staat, oder dessen Administrations-Beamten, nur wie eine Partei angesehen werden, welche sich, wie jeder einzelne Bürger, das gefallen lassen muß, was das Gesetz ausspricht. Jedem Mitbürger ist volle Rechtsvertheidigung gegen den Staat selbst gegeben. Zwar dieses Princip erkennen auch die teutschen monarchischen Regierungen gerecht wider sich selbst an; allein daraus folgt nicht, daß es auch einer monarchischen Verfassung angemessen sey, die Administrations-Institute mit einer Richtergewalt auszurüsten. *Gensler.*

4) Ueber den Begriff erworbener, und daher fortdauernder Rechte, s. m. a. dieses Archiv für die Civilist. Praxis. B. 3. Hft. 2. Abb. XII. S. 153 ff.

Denn

A.) es ist ja eine schon vorhandene, ewige und nothwendige, Forderung an die Civil- und Straf-Richter, daß sie wissen müssen, was ein unmittelbares Interesse des Staates sey, und daß sie z. B. auch Cultur- und Gewerbs-Ordnungen ic. des Staates kennen sollen, welchem sie als Richter angehören.

Diese Verordnungen selbst und ihr Gegenstand sind auch dem Justiz-Official, und selbst den Civilgesetzen, so wenig fremd, als die Gesetze wegen der bürgerlichen Verhältnisse, oder wegen Verhältniß der Kirche, der Pressfreiheit, der Staatsdiener u. s. w. Alle diese Verhältnisse berühren auch das Privatrecht, und müssen mehr als häufig in dieses und in das Civilrecht im weiten Sinne herüber gezogen werden, oder sind vielmehr auch schon an sich dessen Gegenstände¹⁾. Selbst in Culturfachen sind häufig civilrechtliche Vor- und Nebenfragen zu entscheiden, wobei die administrative Behörde sich ganz aus der Sphäre ihrer Amtsthätigkeit geworfen und wohl genöthiget findet, die Civilgerichte zu Hülfe zu nehmen, glaubt sie sich nicht für alles klug und zu allem berechtiget. Wenn man insbesondere auf Streitigkeiten zwischen dem Meister und Gesellen oder Lehrburschen, zwischen dem Dienstherrn und dem Gesinde, zwischen dem Hauseigentümer und den Mietheuten, ferner auf Streitigkeiten über Concurrenzen zu Gemeindeanstalten, Kirchen-, Pfarr- und Schulgebäuden u. d. gl. hinsehet, welche Sachen man alle zur Administration oder Polizei verweisen will, so haben dieselbe eine ganz privatrechtliche Natur. In Rechtsstreitigkeiten dieser Art müssen freilich auch die Civilgerichte schnell verfahren; — aber eben deshalb sind ja alle Sachen, wobei Gefahr im Verzug ist ic., schon gesetzlich Gegenstände der summarischen oder schleunigen Proceßarten, unbedingte und bedingte Mandate, provisorische Verfügungen, eine Interims-Execution nach kurzem oder suspendirtem Gehör, haben ja in jenem Gebiet ihre gesetzliche Thätigkeit. Auch mag es möglich seyn, daß bisweilen, z. B. in Bau Streitigkeiten u. d. gl., dem Gericht fast nichts mehr zu thun bleibt, als die Proceßdirection; es muß wohl die Entscheidung den Bauverständigen, oder resp. andern Kunst- und Sachverständigen überlassen; allein wie oft ist dieses auch in reinen Privat-Rechtsstreitigkeiten der Fall! Und es bleibt

1) So ist wohl auch Justinian in der Definition zu verstehen: *jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justis atque injustis scientia*, §. 1. Inst. de justitia et jure. 1. 1.

ja auch der Administrations-Behörde oft nichts anders übrig, selbst wenn z. B. es sich von der Feuergefährlichkeit handelt. General-Sachverständige sind doch auch die Administrativ-Beamten nicht; auch ihr Wissen ist Stück- und Flickwerk. Schiene es auch in Sachen der letzten Beschaffenheit so ziemlich einerlei, zu welcher Stelle sie gemiefen würden, so entscheidet für die ordentlichen Gerichte dennoch der Umstand, daß das hier vorausgesetzte streitige Rechtsverhältniß, sey auch das Gemeinwohl Mitinteressent, zwecklicher nach den allgemeinen Regeln ausgemittelt und festgestellt wird, welche die Gesetzgebung für die Erörterung und Entscheidung streitiger Rechtsverhältnisse überhaupt für zwecklich achtet, damit auch hier die Gleichförmigkeit und Einheit mehr gesichert bleibe, als es der Fall bei Behörden ist, welche, ein *procedere* nach den einzeln Umständen selbst zu schaffen, gewöhnlich sich veranlaßt findet. Warum eine Ausnahme von der allgemeinen Regel deshalb, weil die moralische Person des Staates bei dem Rechtsstreit concurrirt? Auch der Staat kann seinen Vertreter vor dem Gericht haben, welches er selbst, vermöge seines eigenen Grundgesetzes der Gerechtigkeit, anordnete und organisirte. Läßt er sich doch auch in den, das Gemeinwohl so unmittelbar berührenden, Criminalsachen die Untersuchung und Entscheidung seines selbst angeordneten Gerichts gefallen; denn was ist z. B. der öffentliche Ankläger, der Fiskal u. d. gl., anders, als ein Procurator des klagenden Staates und der Regierung?

Auch hat das Princip keinen besondern Werth: „über Sachen, welche zugleich das öffentliche Beste, Staatswohl, Gemeinwohl, betrafen, könnten sich die Privatparteien nicht vergleichen, und sie gehörten also auch nicht für die Civilgerichte, z. B. Streit über die Feuergefährlichkeit eines Gebäudes u. d. gl. Eines Theils ist es überhaupt nicht wesentlich, daß der Gegenstand des Civil-Streits ein veräußerliches Recht betreffe, indem es wohl mehrere unveräußerliche Rechte giebt, wie z. B. das Recht auf Alimentation, die nach ungetheilter Meinung nur von den Civilgerichten verfolgt, verhandelt, und entschieden werden können — andern Theils aber wird ja *Concurrenz* derjenigen administrativen Behörde vorausgesetzt, welcher die Sorge für jenes öffentliche Interesse obliegt, und welcher die Gelegenheit gegeben ist, mit höchster Kraft und Bündigkeit die nöthige Einwirkung des Staatswohls dem Richter bemerklich zu machen. Auch diesem ruft ja das Gesetz zu: *salus-publica-suprema lex esto*.

Siehet man aber insonderheit hin

B.) auf solche streitige Rechtsverhältnisse, in welchen der Staat vermöge eines pecuniären Interesse direct und al-

Sein als Gegner eines Gesetzuntergebenen auftritt, ohne daß dieser letztere zugleich mit einem Mitunterthan der nämlichen Sache wegen über Recht oder Unrecht zu kämpfen hat, (z. B. jemand behauptet, es fordere die Administrativbehörde gegen die Steuer-gesetze, oder durch diese nicht autorisirt, ein zu hohes Quan-tum von ihm,) so mögte der Staat das Vertrauen zu ihm selbst untergraben, wenn er, ist die Sache nach vorhandenen Gesetzen zu entscheiden, das Richteramt selbst in Händen behält, oder seine beauftragte Verwaltungsbehörde autorisirt, mit der Eigenschaft eines Klägers und resp. Beklagten auch die des Richters in eigener Sache zu verbinden. Es widerstrebt gewiß dem Naturgefühl für Gerechtigkeit, wenn z. B. die percipirenden Aemter, welche gewöhnlich selbst die Defraudationen: oft auch durch ihr Unterpersonal, entdecken, Ankläger und Richter zugleich seyn sollen; und sehr hart wäre es, wenn die Casse-beamten, z. B. bei der Brandversicherungsgesellschaft, über die Größe des aus der Casse zu leistenden Erlasses, oder wenn das Straßenbauamt, oder diejenige Verwaltungsbehörde, welche mit der Vollziehung des angeordneten Straßensplanen beauftragt ist, über die Größe der für das zum Straßenbau bergewonnene Grundstück zu machenden Vergütung, oder wenn die Finanz-kammer über die von ihnen bemängelten Rechnungen, oder über Klagen der Staatsdiener wegen Verkürzung ihrer Gehalte, Pensionen u. richterlich erkennen, und wenn also der rich-terliche Entscheidung verlangende Beteiligte nicht einmal von den Verfügungen der Administrativstellen, wenn deren Oberbehörde nicht abhilft²⁾, an den ordentlichen Richter recurriren dürften. Denn nicht nur, daß solche Richter, oder vielmehr Nichtrichter, die erforderliche staatsgrundgesetzliche Unabhängigkeit nicht haben, daß es den Einnahmsbeamten in der Regel an juridischer Bildung fehlt: und daß selbst die Räte in den höheren Administrativ-Collegien gewöhnlich schon von dem Anfang ihrer Bildung an das Rechtsstudium (male quidem!) als das Allerletzte behandelt, und sich allen-falls zum Erwerb der äußersten Rechtsbegriffe bequemt, etwan die Institutionen des röm. Rechts so beiläufig, ohne sie zu ver- stehen, mitgehört haben, dennoch aber die in ihrer Mitte viel-leicht befähigten Juristen übereinstimmen können u. — erfor-dert es ja schon der öffentliche Anstand, daß auch der Schein vermieden werde, als wolle man in eigener Sache entscheiden.

2) Man vereinige hiermit, was §. 5. wegen des Instanzen-Verhältnisses gesagt werden wird.

Uebrigens gehört es der Natur der Sache nach zur zweck-
 notwendigen Ordnung, daß vorerst der Wille der Administra-
 tionsgewalt ausgesprochen und das Geschäft, welches die Quelle
 eines Rechtsstreits werden kann, von ihr bis dahin beendigt
 seyn muß, ehe der Betheiligte seine Zustucht zu der Rechtspflege
 nehmen darf³⁾. Was z. B. die Staatsrechnungen be-
 trifft, so darf das Oberrechnungsamt über Bemänglung und
 wegen der Verantwortung einen Beschluß fassen, worauf dann
 der damit nicht zufriedene Beamte den Recurs an den ordent-
 lichen Richter nehmen mag. Dies ist aber nichts anßerordent-
 liches⁴⁾, was nur den Staatsrechnungen eigen wäre, sondern
 geschieht auch oft unter Privatpersonen, bald förmlich, bald
 formlos. Auch ein Privatmann, z. B. ein Gutsherr, hat das
 Recht, die Rechnungen seines Beamten durch einen Rechnungs-
 verständigen prüfen und die Mängel mit deren Resultat bemer-
 ken zu lassen, die Verantwortung seines Beamten zu veranstal-
 ten, und darüber selbst einen Beschluß zu fassen, der den Be-
 amten zur Ueberzeugung, oder zum Rechtsstreit vor dem ordent-
 lichen Richter, veranlassen kann. Jener Beschluß ist nur dem
 Nützen eines Anspruches an den Rechner gleich. Vor dem
 angerufenen competenten Richter wird dann die administrative
 Behörde der Beklagte oder klagende Theil, die bemängelten,
 den Rechtsstreit veranlassenden, Bestandtheile der Rechnung sind
 von unparteiischen Sachkundigen gerichtlich zu prüfen, und
 der Befund dieser Gehülften des Richters, oder vielmehr ihr
 Ausspruch, wird für den Richter Beweisgrund⁵⁾, aus
 welchem er für oder gegen die administrative Behörde entschei-
 det.

C.) Wenn die administrativ-streitigen Rechts-sachen nach
 obigem wahren Begriff den Verwaltungs-Behörden über-
 tragen werden, so ist auch insonderheit der alte Streit über die
 Gränze zwischen Justiz- und Polizei-Sachen nicht nur
 nicht geschlichtet, sondern er wird ebendadurch erst mehr erregt,
 und es treten alle die unseligen Folgen jenes alten Streites ein,

3) Auch hiermit verbinde man den Inhalt des §. 5.

4) Eine Rechnung ist weder eine Klage, noch eine Antwort auf
 eine Klage, sondern mit der Ablegung der Rechnung erfüllt nur
 der Geschäftsträger eine Verbindlichkeit. Der Geschäftsherr ist
 berechtigt, seine Bedenken zu äußern, und der Geschäftsführer
 muß ihm darüber Aufschluß erteilen. Führt dieses außergericht-
 liche Benehmen nicht zum Ziele, so kann die Rechnung ganz
 oder zum Theil „Gegenstand eines Rechtsstreits“ wer-
 den. Vgl. v. Gönner, Entwurf B. III. Cap. VII. §. 3.

5) Archiv B. 1. Abb. 3. S. 40, u. 41.

z. B. Conflictc der Gerichte und der Verwaltungs-Aemter, kostspielige Verzögerungen der Rechtsfachen u. s. w. Es zeigt sich dieses vorzüglich in Cultur- und Bausachen, welches unten §. 7. mit einigen Rechtsfällen belegt werden soll, die sich unlängst im Königreich Baiern ereigneten. Voran wird jedoch auf einige dortzu bedürftige positive Gesetzworschriften hinzuweisen, und damit noch manches Allgemeine ⁶⁾ zu verbinden seyn, was das obige §. 1. und 2. noch näher bestimmt und ergänzt. Aus dem Inhalt des nächstfolgenden §. 3. mag man ein Beispiel nehmen, wie schwierig es für eine Gesetzgebung ist, die administrativ- contentlichen Sachen ohne Verwirrung den ordentl. Gerichten zu entziehen.

§. 3.

Zu der Zeit, als die in Baiern noch geltenden (Kreismäuerischen) Gesetzbücher verfaßt wurden, machte man wohl einen Unterschied zwischen Justiz- und Polizeisachen; allein die letztern waren durch alle Instanzen den ordentlichen Gerichten zugetheilt. Daber nimmt die Gerichtsordnung ¹⁾ auch Polizeisachen in ihren Kreis auf, und das Civilgesetzbuch ²⁾ handelt auch z. B. von dem Halten gefährlicher Thiere u. dgl. Dasselbst heißt es: „Sofern an offenen Orten gefährlicher Weise etwas aufgehängt wird, braucht es der bloßen Anzeige, damit die Obrigkeit hierin falls ihr Amt vorkebre“. Eben dort wird verordnet, „daß die Anzeige über einen neuen Bau bei ordentlicher Obrigkeit geschehen müsse“. Nach §. 10., welcher die Rubrik führt: *de damno infecto*, darf ein Hausseigentümer verlangen, daß der Nachbar sein hausfälliges Haus reparire, und dabei wird gesagt: „wenn der obrigkeitliche Auftrag hierzu nicht befolgt wird, läßt die Obrigkeit den Bauschaden *ex officio* wenden“. Und diese Verordnung hat auch in andern dergleichen besorglichen Schäden statt, dergestalt, „daß, wenn die Gefahr sehr groß und der Schade fast unvermeidlich ist, man dem Befunde nach alsogleich völlige Abstellung vorkebre, z. E. da an des Nachbars Wand ein Privet, Backofen, oder eine Feuerstätte, so nahe angelegt wird, daß man dadurch in Feuersgefahr oder andere widerrechtliche Ungelegenheit kommt u. s. w.“ —

Ungefähr ein Jahrzehnd nach der Promulgation der Ge-

6) M. f. §. 5. nr. 3.

1) Cap. 3. §. 3. nr. 4. Cap. 10. §. 3. nr. 10. Cap. 15. §. 3. nr. 5.

2) P. IV. Cap. 16. §. 7. seq.

sehbücher schien eine Trennung der Justiz- und Polizeisachen nöthig, und man ließ es zwar in Ansehung der Unterämter bei dem Alten, doch wurde ein eigener Polizeirath errichtet³⁾.

Weil aber über die Competenz in Polizeisachen mancherlei Competenz-Conflicte entstanden, ward am 11. Jänner 1768⁴⁾ verordnet: „daß in Zukunft wieder alle Polizeisachen, wo ein legitimus contradictor aufträte, den casibus juris perpetui et realis gleichgeachtet, und von den Justizdicassterien unterschieden werden sollten“. Und diese Verordnung wurde noch 1796 erneuert⁵⁾.

Aber seit 1799 gieng man von diesen Anordnungen wieder ab. Es sollten in Zukunft die in Polizeisachen entscheidenden Streitigkeiten zwischen den Handwerkern, und sonst über einen das Publikum vorzüglich interessirenden Gegenstand, niemals mehr ad forum civile contentiosum gezogen werden⁶⁾, und keine Justizstelle sollte in Polizeisachen Einsicht nehmen, sondern die Beschwerden an die Polizeistellen verweisen⁷⁾.

Bei der Aufhebung des Bauamtes zu München, wurde am 27. Mai 1803 bestimmt⁸⁾: „daß dem neuerrichteten Stadtgerichte und den obern Justizstellen die Bausachen nur insofern zustehen sollten, insofern sie wahre Justizgegenstände beträfen“.

Nach der am 9. März 1805. für München erlassenen und in der Folge auf alle Polizeidistricte ausgedehnten Instruction für die Baucommission, welche immer mit dem Polizeiamte verbunden ist⁹⁾, gehört die Anordnung und Abstellung neuer Bauten und der Hauptreparationen, die Aufsicht auf ruinöse Gebäude und die Abiragung oder Reparatur derselben u. s. w., vor die Baucommission, welche jedoch, wenn die Nachbarn gegen einen Bau sich beschweren, dergleichen Beschwerden an das Civilgericht alsdann zu verweisen hat, wann dieselben sich auf Besitz, Servitut und Eigenthumsrecht stützen.

3) M. G. S. II. 775.

4) M. G. S. II. 810.

5) M. G. S. V. 345.

6) M. G. S. VI. 121.

7) Novellen zur G. D. I. 90.

8) Nov. I. 289. Rg. Bl. 1803. S. 354.

9) Polizei-Instruction v. J. 1808. S. 69.

Ohne Vorwissen der Baucommission darf keine Veränderung mit Schwindgruben vorgenommen werden, und dieselbe hat zu prüfen, ob dem Eindringen fremden Wassers und fremder Schwindgruben vorgebeugt sey¹⁰⁾. Mit Hülfe der Baucommission hat das Polizeiamt jeden Orts Sorge zu tragen, daß die Wasserleitungen und Brunnen in gutem Stande erhalten werden u. s. w.¹¹⁾.

Weise und gerecht wurde im Jahr 1818 verordnet: „daß die Civilgerichte Bausachen, welche wirklich zur gerichtlichen Verhandlung geeignet, doch nicht eher annehmen sollen, als bis die Vermittelung der Baucommission eingetreten und fruchtlos geblieben sey“¹²⁾. Gewiß verdient es Nachahmung, daß man in bestimmten Fällen der Polizei die Rolle eines Friedensrichters übertrage, von dessen Anordnung aus der Unzufriedene auf den Rechtsweg überschreiten möge.

§. 4.

Nach diesen gesetzlichen Bestimmungen ist es unverkennbar, nicht nur, daß insonderheit die Bausreitigkeiten theils zu der Polizeistelle, theils zu dem Civilgerichte gehören, sondern auch, daß die nämliche Bausreitigkeit sowohl Justiz- als Polizeisache, mithin sowohl von der Justizstelle, als von dem Polizeiamte, (nach verschiedenen Rücksichten) entschieden werden könne¹⁾. Nur ist die Frage: an welchen Merkmalen man erkenne, welche Bausachen, oder inwieferne eine bestimmte Bausache, nur dem Polizeiamte, oder auch dem Civilgerichte, angehörig sey? nicht die leichteste²⁾.

Mit der Bestimmung, daß die Bausache dann zum Civilgerichte gezogen werden müsse, wenn sich die Beschwerde (Klage) auf Besitz, Servitut, oder Eigenthum stützt, ist nicht auszulangen; wiewohl die Klage der Regel nach darauf gerichtet seyn wird, daß das Gebäude des Nachbarn früher gar nicht, oder nicht so, wie es jetzt hergestellt werden solle,

10) Instr. der Baucommission §. 6. §. II. lit. f. u. g.

11) Polizei-Instr. v. J. 1808. §. 70.

12) Verord. betr. „das Verhältniß zwischen der Polizei-Direction und dem Magistrat zu München“. v. 15ten Sept. 1818. S. 67. u. 68.

1) Martin in dem Lehrb. des deutsch. gem. bürgerl. Processus §. 19. daselbst Günner.

2) Was hier von Bausachen speciell gesagt wird, läßt sich auf alle ähnliche Gegenstände resp. der Policei resp. der Justiz anwenden. Auch gehet die Abhandlung §. 5. in das Allgemeine wieder über.

vorhanden gewesen, dessen Errichtung also dem Besigkand entgegen sey, oder daß dasselbe in den fundus des Klägers eingreife, oder dessen Gebäuden u. s. w. Schaden drohe, die Ausübung eines erworbenen Dienstrechts verhindere, oder erschwere u. d. gl.; so wie denn auch der Beklagte gewöhnlich auf die gesetzliche Freiheit seines Eigenthums, und das Recht freier Disposition auf solchen v. s. w., sich beziehet. Allein nicht immer bewegen sich die Bauerechtigkeiten in dem Gebiete des Besigzustandes, oder jener dinglichen Rechte, sondern auch mancherlei Verträge u. d. gl. können zur nächsten Entscheidungsquelle dienen; ja es kann seyn, daß Besig, Eigenthum und Dienstrecht, für ausgeschlossen zu erachten ist. Es ist z. B. noch eine Frage: inwieferne es in Hausachen Servituten geben, und ob der Besiger eines Hauses in einer Stadt den Grund, worauf das Haus steht, als sein wahres Eigenthum ansehen kann? Wird eine Stadt neu angelegt, oder nach Verbeerungen wieder aufgebaut, so weist die Obrigkeit die Baustellen an, und entwirft den allgemeinen Bauplan. Der Eigenthümer des Hauses ist also, wie manche wollen, nicht zugleich Eigenthümer seiner Baustelle³⁾, und statt daß sonst der Eigenthümer des Grundes ober und unter dem letzteren thun kann, was ihm frommt, darf der Eigenthümer des Hauses die Stelle, worauf das Haus steht, und die Luftsäule über demselben, nur soweit benutzen, als es der allgemeine Bauplan, oder, wo noch keiner vorhanden ist, das Wohl der übrigen Einwohner zuläßt⁴⁾.

Ferner werden gute Polizei-Gesetze⁵⁾ in vielen Fällen gar keine Servituten zugeben können, z. B. keine Servitut

3) Schmalz; teutscher Privatr. S. 92. Freilich sonderbar!

4) L. 11. pr. D. de serv. praed. urb. (8. 2.).

5) Der Schwaben- und Sachsen-Spiegel enthalten deßhalb besondere Vorschriften. Die Worte des letztern sind: Ofen, Genae, daß seynd Wafregerinn und Schweinsfälle, die sollen drey Füße von eines andern Mannes Zaun stehn. B. 2. Art. 51. Das röm. Civilrecht giebt die Negatorienklage im privatrechtlichen Gebiet. L. 17. § 2. Dig. si serv. vind. 8. 5. Die ästern Rechtslehrer verwechseln Justiz- und Polizei-Sache. Es hatte Zoesius in den Pandecten Commentar lib. 8. T. 2. nr. 26. gesagt: „man könne gegen den Nachbar, der sein sterculium an unsre Wand anlegt, actione negotiorum aufreten, und der Nachbar müsse die Servitut beweisen“; dagegen spricht Oldendorp, de actione I. Class. 3. Art. 4. „talis servitus prorsus constitui non potest, publica utilitate reclamante“, und Manz de serv. T. 2. qu. 58. nr. 177. fest hinzu: „Quae meo iudicio in civitatibus praecipuis, non tamen in parvis municipiis, pagis et villis, obtinent, ubi tales servitutes utique frequentes sunt“.

darauf, daß der eine Hausbesitzer seinen Abtritt, seine Schwindgrube, seinen Schweinstall zc. hart an des Nachbarn Hauswand oder Brunnen so anlegen dürfe, daß hierdurch dieses Besitztum Schaden leide; indem bei zusammengebauten Häusern (contiguus), abgesehen von ungesunden Schmutz und Gestank, der durch den Abtritt zc. herbeigeführte Ruin eines Hauses immer auch die andern angränzenden Häuser gefährdet, und weil die Hauseigentümer ihre durch Abtritte vergiftete oder unbrauchbar werdende Brunnen eingeben lassen, während doch auch die Privatbrunnen zum allgemeinen Dienste im Nothfalle, z. B. bei einem Brande, bestimmt sind u. s. w.

Auch wird

2) das unterscheidende Merkmal nicht darin gefunden werden können: „ob die gesetzlichen Bestimmungen des Baurechts u. d. gl. im Civil-Gesetzbuche, oder in besondern Verordnungen, sich befinden“.

Denn nicht das Blatt, auf welchem das Gesetz gedruckt oder geschrieben steht, auch nicht sein Name, kann bestimmen, ob es in das Privatrecht, oder wohin es gehöre, sondern der Gegenstand, von welchem es spricht, und die Richtung, unter welcher es die Rechtsverhältnisse jenes Gegenstandes bestimmt, muß entscheiden, zu welcher Classe das Gesetz zu zählen sey. Die Gesetze sind ein solches Ganze, daß jemehr man sie scheiden will, desto mehr ihr Zusammenhang und ihr Eingreifen in einander merklich und fühlbar wird.

§. 5.

Es ist endlich auch

3), um in das Allgemeine zurückzugeben, der gute Rath, oder das Prinzip, eine schlechte Hülfe in der Noth: „man müsse darauf sehen, ob eine causa publica im Mittel liege, oder nicht“.

Abgesehen davon, daß der Ausdruck: „causa publica“ äußerst vieldeutig ist, giebt es unendlich viel streitige Rechtsfachen, welchen auch eine causa publica zum Grunde liegt, ohne daß es jemandem einfallen könnte, sie in das Gebiet der Administration zu verweisen. In allen Rechtsfachen lebt und weht schon die causa publica, vermöge welcher alle Rechtsstreitigkeiten zwischen Untertanen an ordentliche Gerichte verwiesen werden müssen, damit nicht der Staat selbst als Richter in eigener Sache gegen den unter dem Schutze des Gesetzes lebenden Untertan sich constituire, auf diese Weise aber noch mehr, als eine, von den teutschen Regenten selbst verbannte, Cabinetsjustiz entstehe, d. h. eine Willkühr solcher Administrations-Beamten, welche schon der Natur der Sache nach

auf dem kalten unparteiischen Standpunkt eines Beamten der Rechtspflege nicht stehen und dorthin nie treten können.

Aber auch eine Menge Einzelarbeiten des Civilgesetzbuches nehmen, mittelst einer Beschränkung natürlicher Privatrechte, Rücksicht auf das Gemeinwohl, z. B. die Gesetze wegen des Wärbtheils, über verbotene Schenkungen gegen Verschwender, so wie die Vorschriften des Hypothekenwesens, die Edictalladungen u. s. f. Wollte man daher consequent seyn, so müßte man, wo nicht alle, doch sehr viele streitige Rechtsachen, von denen jetzt Niemand zweifelt, daß sie zu den Civilgerichten gehören, in Baiern z. B. die Bausachen insgesamt¹⁾, ohne allen Unterschied an die Polizeiamter verweisen. Am Ende wäre die Civil- und Strafrechtspflege auf nichts reducirt. — Wir behielten nur Polizeiamter, Rentämter u. d. gl.; denn alles wär *causa publica*. —

Und so kommt man endlich auf das Resultat: es ist vergeblich, eine lange Specification derjenigen Sachen anzuschlagen, welche resp. für die Administrations-Behörden und resp. vor das Gericht gehören sollten, sondern man muß, um eine allgemeine durchgreifende Regel zu haben, als *sacra constitutio*, als Staatsgrundgesetz, aufstellen:

Keine Administrativ-Behörde kann entscheiden über *streitige Privatrechte*, mögen diese streitig seyn, a) zwischen mehreren Gesetzenuntergebenen, oder b) zwischen ihr selbst und einem Unterthan, obgleich im Falle a) ein unmittelbares Staatsinteresse, eine *causa publica*, mit jenem streitigen Privatrecht sich verflechtet, und also die Staatsgewalt, des Zweckes des Staats wegen, sich befugt und pflichtig findet, das für das Beste des Staates Erforderliche, dessen Recht, jenem Privatrecht an die Seite, oder gegenüber zu stellen, auf daß auch das Recht des Staates unverletzt bleibe, realisiert, und in wahrer Collision vorgezogen werde.

Hat also eine Administrationsstelle Hand an eine Sache gelegt, die an sich und zunächst ihr Gegenstand ist, so muß sie die angelegte Hand sobald zurückziehen, oder ruhen lassen, als das Subject, welches bei der Sache theilhaftig ist, darauf hinweist, „die Sache sey, oder werde von jetzt an, eine Rechtsache“, und sobald jenes Subject auf rechtliches Gehör anträgt.

Daß die Administrativ-Behörde jetzt über ihre Competenz reflectire, und also urtheilend prüfe: „ob die Sache, jenes Widerspruchs ungeachtet, nicht eine *reine* Administrationsache sey“? ist ihr so wenig abzusprechen, als dem Richter die Be-

1) Novellen zur Gerichtsordnung I. §. 93.

fugniß, über die Competenz seines Gerichts — seines öffentlichen Amtes — eine Erkenntniß zu fällen.

Auch führt es zu weit, jener Verwaltungs-Behörde die Befugniß zu solchen provisorischen Verfügungen abzuschneiden, ohne welche ein gerechtes Staatsinteresse, oder das Gemeinwohl, unterdessen, bis jener Zweifel gehoben sey, in Gefahr schweben würde. Und wenn sie sich nun für competent erklärt, weil die Sache keine Rechtsache, sondern ein reiner Administrations-Gegenstand sey, so hat der Beteiligte kein Recht, sie, jene Administrations-Behörde, als solche, (von einer analogen Syndicats-Klage oder actio in factum gegen die Person des Administrationsbeamten abzuleiten,) sofort bei den Civilgerichten zu belangen, oder an diese zu appelliren; sondern auch hier ist eine Instanzen-Stufen-Folge zu beobachten.

Von der Staatsgewalt oder Regierungsgewalt im allgemeinsten Sinne gehen einzelne Gewaltstrahlen aus, z. B. die Gewalt der Rechtspflege, Polizeigewalt, Finanzgewalt u. s. w., welche letztern man wohl der Justiz- oder Rechtspflege-Gewalt gegenüber stellt, und Regierungs- oder Administrativ-Gewalt in specie benennt. Jede dieser Gewalten hat immer ihr eigenes Gebiet, ihre Gegenstände, und in diesem Gebiet ist sie unabhängig von dem andern Strahl oder Zweig der Regierungsgewalt im allgemeinsten Sinne; m. a. W. diese Unter-Neben-Gewalten sind sich coordinirt, nicht subordinirt. Man kann also die Polizei, oder die Finanzbehörde, als Gewalt, sowentg bei der Justiz verklagen, als die Polizeigewalt die Rechtspflege beherrscht. Staatsgesetze müssen erst bestimmen, wann, wie und wie weit, die eine der neben einander bestehenden Untergewalten auf die andere einwirken darf²).

Wenn also ein Untertan bei dem Beschluß einer Administrativ-Behörde sich nicht beruhigen, insonderheit auf gerichtliches Gehör dringen will, so muß der Beschwerde mit seiner Beschwerde vorerst an die Administrations-Oberbehörde, wohl an den Regenten selbst, oder an das Consistorium Principis sich wenden, welches, mit dem Regenten an der Spitze, alle Gewaltstrahlen dirigirt. Hier hört (laßt uns dieses Vertrauen haben!) die Vorliebe für einen Zweig der Regierungsgewalt im allgemeinsten Sinne auf; hier kann, muß

2) Fehlen solche Gesetze, so können zwischen den Behörden verschiedener Untergewalten eben solche Conflictte entstehen, wie zwischen coordinirten Gerichten, z. B. Protestationen, Beschwerden bei der gemeinschaftlichen Obergewalt u. d. gl.

und wird, nach einer ernsten und weisen Prüfung ausgesprochen werden: ob die Sache vor die Civilgerichte zu verweisen, oder ein reiner Gegenstand reiner Administration sey *).

Alein es giebt auch eine nicht dorthin gehörige Seite, von welcher aus der Staat selbst, oder der Inhaber der Regierungsgewalten, mit einem solchen Rechtskreis umgeben ist, welcher die nämlichen Verhältnisse darbietet, wie der Privatrechtskreis eines Untergebenen der Regierungsgewalt. Man sehe hin auf die Administration der Domainen **) , auf Erhebung der Zehnden, Zinsen, und anderer ähnlicher Einkünfte des landesherrlichen Fiscus. Wann solche Rechte mit den Privatrechts-Verhältnissen eines Untertans in Collision und Widerstreit gerathen, so kann man die Sache, genau betrachtet, eine Regierungs-Administrations-Sache gar nicht nennen, sondern die Gerechtigkeit verpflichtet den Inhaber der Staatsregierung, daß er in jenem Gebiete sich selbst der eigenen rechtsgesetzgebenden Gewalt untergebe, und die Sache als Gegenstand der angeordneten Gerichte anerkenne. Und so finden wir es auch wohl überall in Teutschland. Der Fiscus, die Finanzkammer, oder wie die Verwaltungsbehörde heißen mag, wird in Klage genommen, sey es auch vor einem dazu bestimmten privilegirten Gerichtsstand. Eben so ist dieses der Fall in Hinsicht auf eigentliche Privatrechts-Verhältnisse des Regenten, z. B. wegen dessen Chatouille-Gütern, Privatverträgen u. d. gl. Auch kann eine Regierungs-Administrations-Behörde Privatverträge schließen, z. B. wegen Getraide-Lieferungen u. s. w., und untergiebt sich dann durch diese Handlung selbst, durch das Rechtsgeschäft, dem Gericht — jene Behörde wird Subject des Civilprocesses vor dem Civilrichter.

§. 6.

Man wird also immer darauf zurückkommen: eine administrative Behörde soll keine entscheidende, keine Gerichtsbehörde seyn. Denn sobald a) eine solche streitige Rechtsfache vorliegt, in welcher zwei Untertanen als Parteien einander gegenüber treten, so kommen auch, wie die Gerechtigkeit es unnachlässig fordert, die Civilgesetze zur Anwendung; und hiebei ist eine Administration, als solche, gar nicht fähig, die auf das streitige Rechtsverhältnis anwendbaren Gesetze aufzufinden und den Willen des Gesetzes auszusprechen. Die administrative Stelle mit Richter zu besetzen, ist eine unnötige

*) Verantwortlichkeit der Minister.

**) Wohl auch Kammergüter genannt.

kostspielige und deshalb mit der *causa publica* nicht vereinbare Verdoppelung der Rechtspflege-Ämter. Tritt aber b) die Administrationsbehörde selbst und allein mit einem Unterthan in einen Rechtskampf, so ist es noch mehr ungerecht und läuft noch stärker gegen die *causa publica*, daß sie Richter in eigener Sache sey.

Man scheide also die Sachen, bei welchen keines jener Partei-Verhältnisse eintritt, und betreibe von diesen die Gerichte gänzlich und für immer; jede Sache aber, bei welcher ein streitiges Rechtsverhältnis eintritt, sey es das unter a. oder b., gleich anfänglich oder nachfolgend, überlasse man den ordentlichen Gerichten, wo dann die interessirte administrative Behörde, nach vorgängigem Versuch, die Parteien unter einander und sich selbst mit jenen und mit ihrem alleinigen Gegner zu vereinbaren, resp. gleichsam als *Intervenient*, resp. als *pars litigans* mit einer Hauptrolle, erscheinen und das Staatsinteresse wahren kann. Das hieße die wahre und heilsame Trennung der Justizpflege von der Administration! Wäre es weisen erfahrenen Männern wohl unmöglich, jene Trennung in bestimmten Gesetzen auszusprechen und vorzuzeichnen? O dann laßt uns lieber eher als später verzweifeln an der Möglichkeit, die Justiz und die Administration auf einen reinen Standpunkt zu erheben! —

Wenn selbst das Recht dem in Gefahr schwebenden Staatswohl geopfert werden müßte, mit möglicher oder nicht möglicher Entschädigung des vom Genuß des Gesetzes und seines erworbenen Rechtes verdrängten Subjects, §. 1. a. E., so kann keine Administrationsstelle, sondern nur die höchste Machtvollkommenheit des Regenten, jene harte Nothwendigkeit aussprechen und realisiren. Dieses Nothrecht der Mächtsprüche ist untrennbar von der höchsten Regierungsgewalt — ist nie Gegenstand einer verwaltenden Stelle. Doch gehört hierzu nicht der Fall, wann die dem Unterthan publicirten, verfassungsmäßig ertheilten, Gesetze diejenigen Verhältnisse zum Voraus bestimmen, in welchen der Staatsbürger und Gesehuntergebene verpflichtet seyn solle, ein erworbenes Recht dem Staat abzurufen, oder, eines Bedarfes des Staates wegen, auf jenes *jus quaesitum* zu verzichten*). Weigert sich hier der Unterthan, weil die Bedingungen des Gesetzes nicht vorhanden seyen, so wird die Sache administrativ-

*) §. B. L. 11. §. 1. Dig. quemad. serv. amitt. 8. 6. Verslangt ein Unterthan vom Unterthan das Opfer eines erworbenen Rechtes, so ist dieser ein reiner Gegenstand der Civilgerichte; N. §. 4. Inst. de donat. 2. 7. L. 12. pr. Dig. de relig. 11. 7.

contentlös, und gehört alsdann zur Entscheidung der ordentlichen Gerichte.

§. 7.

Einige Rechtsfälle sollen zum Beweis dienen, daß eine andere Sonderung als die, welche §. 6. angedeutet wurde, in Labyrinth führt, und sowohl die Justizpflege als die Administration sehr nachtheilig behelligt.

A.

In der Hauptstadt ereignete sich, daß in einem Privatbrunnen, der im Hofraum nahe an der Scheidewand angebracht ist, das Wasser immer bräuner und übelriechender wurde. Der Eigenthümer ließe den Brunnen öffnen, die Leichen herausnehmen, und es fand sich, daß durch die Brunnenmauer, auf der Seite gegen die Scheidewand, an mehreren Stellen eine Materie durchfloß, und sich in dunkeln Streifen in den tiefen Brunnen ergoß. Es bliebe daher kein Zweifel darüber zurück, daß im benachbarten Hause an der Scheidewand ein Privet mit Schwindgrube angebracht seyn müsse. So befand es sich auch wirklich. Der Eigenthümer des beschädigten Brunnen stellte, hinfehend auf die Landesgesetze §. 3., bei dem Polizeiamte Klage an, und verlangte, „daß ein Augenschein vorgenommen, und nach Befund und Urtheil der Werkverständigen eingeschritten werde“. Er erhielt folgenden Bescheid:

„Da die Polizeistelle über Untersuchung und Entscheidung der Beschwerden wegen Beschädigung und Unbrauchbarmachung eines Brunnen, als einer privatrechtlichen Streitfache, nicht kompetenter Richter ist, und hier auch keine causa publica im Mittel liegt, so wird Kläger mit dieser Sache von hier an das Civilgericht abgewiesen“.

Der Kläger besorgte, daß das Civilgericht diese Sache nach den bestehenden Gesetzen nicht annehmen werde. Er wendete sich deswegen, und weil er freilich auch eine langsame Thätigkeit des Civilgerichts befürchtete, an die Oberpolizeistelle, vor welcher er den Umstand, daß hier causa publica obwalte, daraus zu deduciren suchte, weil es zunächst einem Grundfaze der Gesetzgebung gelte, dieser Grundfaze aber im vorliegenden Fall die Frage betreffe: „ob nicht die Polizei im allgemeinen für Brunnen zu sorgen habe, und ob nicht die Existenz und der gute oder schlechte Zustand der Privatbrunnen das Publikum vorzüglich interessire? indem die öffentlichen Brunnen nicht für alles ausreichen, und daher auch die Privatbrunnen zum Besten des Gemeinwohls zu unterhalten wären, u. d. gl.“. Es erfolgte aber der Beschluß:

„daß die Verweisung der Klage an das Civilgericht lediglich zu bejätigen sey“.

Nunmehr stellte der Kläger sein Gesuch an das Civilgericht, und aus Besorgniß, von Pilatus an Pontius zurückgeschickt zu werden, sahe er sich genöthiget, die Competenz des Civilrichters zu deduciren. Der Kläger stützte sich darauf: „daß das Civilgericht von den Polizeiamttern selbst als competent bezeichnet worden wäre, mithin jenes keinen Competenz-Conflict mehr zu befürchten habe, er, Kläger, auch nicht recht- und hülflos gelassen werden könne“. Zum Glücke nahm das Civilgericht die Klage an, und zwar als eine actio de damno infecto, weil das Civilgesetzbuch die Verordnung, „Niemand solle an des Nachbarns Wand ein Privat anlegen dürfen,“ unter der Rubrik de damno infecto enthalte.

Es soll dieser, von der Polizeibehörde gewiß vorsichtig und gerecht behandelte, Rechtsfall nur so viel beweisen, daß die Gesetzgebung, indem sie den ordentlichen Richter der administrativ-contentiosen Sachen entheben will, sich und die Officialen selbst verwirrt. diese nöthiget, schwankende Gründe, der Competenz aus den Gesetzen zu erpressen, noch mehr aber Veranlassung giebt, daß der Untertban die Gränzen der verschiedenen Competenzen gar nicht mehr zu finden vermag, und daher hie und dort erst anklopfen muß, ob man ihm wohl Gehör geben wolle. In leicht möglich ist es, daß die verschiedenen Behörden in einen, vielfach nachtheiligen, selbst öffentlich ärgerlichen, Streit über ihre Competenz unter sich selbst gerathen, und daß der Untertban entweder abwarten muß, wie man sich dort oben verstärkigen werde, oder gar in Gefahr tritt, daß die eine Stelle das vernichte, oder unwirksam mache, was die andere verfügt oder ausgesprochen hat.

Dieses mag

B.

ein zweiter Rechtsfall belegen; es mag durch solchen sich versinnlichen, daß, wenn Civil- und sogenannte Administrativ-Justiz getrennt sind, die beiderseitigen Richter, bei dem besten Willen und warmen Gefühl für Gerechtigkeit, in Gefahr stehen, die Gränzen ihrer eigenen Befugnisse und der Oberinstanzen zu verlernen, und so, gegen eigenen Willen, alles unter und über sich zu fehren.

Mehrere Jahre hindurch war bei den Civilgerichten ein Streit über den Genuß von Quellen anhängig, welche in den Gründen des A*, entspringen, die jedoch B*, deswegen anspricht, weil sie ihm zur Wässerung seiner Wiese notwendig, dem A*, aber entbehrlich seien. Nach einem Augenschein und nach Zeugenverhören wies das Gericht den B*.

mit seinem Ansprüche ab *). Dieser B. appellirte, und das Gericht zweiter Instanz erließ (vor der Entscheidung in der Sache selbst) folgendes Decret:

„dass, weil zwar jedem Gute ein bedeutender, dem Gute Gute des B., aber noch ein größerer Schade zugehe, wenn die Quellen einem Theile ausschließend zuerkannt würden, noch ein Vergleich versucht werden sollte, wozu die Theile durch die Vorstellung bewogen werden mögten, dass bei dem beiderseits hergestellten Bedürfnisse der Quellen selbst in dem Falle, wenn diese sämmtlich in foro justitiae einem Theile zuerkannt werden müssten, von Polizei wegen eine Theilung des Wassers bevorzuehe“.

Gewiss sonderbar! Aengstlich besorgt das wohlwollende Civil-Obergericht, der Polizeistab möge die res judicata zertrümmern! Nun, wenn ein Privatinteresse obiger Art auch noch von den Civilgerichten den *causis publicis* beigezählt werden müsste, so wäre keine Gerechtsame mehr sicher gegen die Allmacht der Administrativ-Gerichte! Der Huthberechtigte z. B. incommodirt den Feldbau in einer Gemeindefur; gleich nennt man das Gemeinwohl; oder vielmehr man nennt den gleichmächtigen Privatvortheil einer Anzahl einzelner Privatsubjecte sogar ein Gemeinwohl, eine *causa publica*, und wirft die ganze Schäferei von Staatsadministrations- oder Polizeidirections wegen flugs über Bord u. d. gl. Das führt mit den besten Absichten zu einer gutmüthigen Despotie; die aber, sammt dieser menschlichen Qualität, den ersten und höchsten Staatszweck untergräbt — Sicherheit des Eigenthums, und aller unter dem Schutze der Gesetze erworbenen Rechte. Sie wird vermieden, lässt man den ordentlichen Gerichten, was des Richters ist, und führt man die Administrations-Officielen durch Rechtskenntnisse und bündige Dienstinstructions zu einem lebendigen Ergreifen des Begriffs des Gemeinwohls und zur klaren Kenntniss der Gränzen zwischen Recht und idealer Willfähr, welche in zehn verschiedenen, noch so gerechtmüthigen, Subjecten oft zehn verschiedene Resultate hervorbringt, und den öffentlichen Instituten der Regierung das Zutrauen entziehen kann.

*) Theils, weil jene Nothwendigkeit und Entbehrlichkeit nicht erwiesen war, theils wohl in Hinsicht auf das Civilgesetz, welches dem Grundbesitzer erlaubt, das auf seinem Eigenthum entspringende Wasser so lange willkürlich zu verwenden, als nicht eine von einem Nachbar zc. erworbene Servitut in jener Benutzung ihn beschränkt. Archiv für die civil. Praxis Bd. 3. Heft. 1. nr. V. pag. 63 ff.