

## Werk

**Titel:** Beiträge zur Lehre von den Gegenständen des bürgerlichen Processes

**Autor:** Mittermaier

**Ort:** Heidelberg

**Jahr:** 1821

**PURL:** [https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613\\_1821\\_0004|log31](https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1821_0004|log31)

## Kontakt/Contact

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

✉ [info@digizeitschriften.de](mailto:info@digizeitschriften.de)

A r c h i v  
für die  
civilistische Praxis.

---

Vierter Band. Drittes Heft.

---

XXIV.

Beiträge zur Lehre von den Gegenständen des  
bürgerlichen Processes.

Von Rittermaler.

---

§. 1.

Die richtige Bestimmung der Gegenstände des Processes hat schon seit einer Reihe von Jahren die rechtsprechenden und verwaltenden Behörden eben so, wie die Rechtsgelehrten, beschäftigt. In der Ausübung hat man sich zwar, wenn im einzelnen Fall die Frage sich ergab, die Antwort um so leichter gemacht, je mehr die Behörden, welche sich die Entscheidung oft anmaßten, mit einer Gewalt versehen waren, welche jeder Einwirkung der Justizbehörden spottete. Die Frage ist in neuerer Zeit besonders dadurch schwierig geworden, daß durch die allmählig zur Mode gewordene fabrikmäßige Betreibung der Staatsgeschäfte immer mehr Verwaltungsbehörden für jeden möglichen Geschäftszweig oft mit dem ausgedehntesten Ansehen gegründet wurden, von welchen jede ihre Gewalt geltend machen, und immer weiter sich ausbreiten wollte. Nicht selten wurde dies Umsichgreifen verwaltender Behörden in einzelnen Staaten von oben herab um so lieber begünstigt, je mehr die Juristen in den Ruf ängstlicher Ver-

Dankerei kamen, die nur am starren Gesetze klebe, und in die höheren Principien der Staatsregierung nicht eindringen könne, je mehr es selbst zur Mode gehörte, über die Langsamkeit und Trägheit des streng juristischen Geschäftsganges zu klagen. Unbeugsam und fest wie das Gesetz, ohne menschlich gefällige Rücksichten, nicht hörend auf die Wünsche der Machthaber, in einem bestimmten Falle gerade auf die Art zu entscheiden, nicht bewegt durch die oft launenhaften Ansichten von Staatswohl, von Zweckmäßigkeit, von höherer Politik, entschied der Richter den ihm vorgelegten Fall nach den bestehenden Gesetzen gründlich, aber eben darum freilich nicht mit der oft gerühmten leichten Schnelligkeit. Gefälliger dagegen, nachgiebiger einzelnen Einflüsterungen, konnten freilich die verwaltenden Behörden seyn; hier ließ sich das, was seiner Natur nach ewig unbestimmt ist, die sogenannte Natur der Sache, oder das Staatswohl u. a., wohl so drehen, wie man es im einzelnen Falle gerade brauchte und wünschte, und die gepriesene Schnelligkeit ließ sich hier auch leichter erreichen. So haben freilich manche menschliche Rücksichten auf die Gränzbestimmer und oft auch auf die Gelehrten gewirkt, und doch ist die Gränzbestimmung von höchster Wichtigkeit für die Sicherheit und die Festigkeit des Rechts im Staate, da für den Privatmann, der sein Recht verfolgen will, nicht selten aus der Collision der Behörden eine wahre Rechtslosigkeit, auf jeden Fall doch eine höchst nachtheilige Proceßverzögerung, entsteht. Vergebens sucht der Kläger ein Gericht, das auf seine Klage verfügt, die Justizbehörden erhalten Befehle, die Klage nicht anzunehmen, und bei den Verwaltungsstellen, die ohnehin häufig in eigener Sache urtheilen, fehlt es an Mitteln nicht, dem Kläger die Lust zur Klage zu benehmen. Wohl dürfte daher eine neue Prüfung dieser Lehre, mit einem Versuch der Gränzberichtigung, nicht ohne Werth seyn.

## §. 2.

So lauge in früherer Zeit die einzelnen Gewalten nicht strenge, doktrinell und praktisch, gesondert waren, so lauge

wenige Behörden im Staate bestanden, bekam die Frage über die Gegenstände weniger Bedeutung, und nur bei den Verfügungen der obersten Landesstellen, besonders im Verhältniß deutscher Landesfürsten zu ihren Landständen, wurde der Streit wichtig. Hier aber bot die Ansicht des Verhältnisses der Territorialgewalt zum Kaiser und Reiche ein einfaches Auskunftsmittel dar. Die Landeshoheit der deutschen Regenten war keine unabhängige, sondern eine der höhern Gewalt des Kaisers und Reichs unterworfen, damit, wie Pütter sagt, jeder Reichsstand in seinem Lande zwar Gutes zu thun freie Hände hat, aber, böses zu thun, durch eine höhere Gewalt abgehalten werden kann. Hier war es ein unbezweifeltes Grundsatz, daß jeder Reichsstand, wenn ihn nicht besondere Privilegien schützten, von seinen Untertanen wegen der durch Ausübung der Territorialgewalt verletzten Privatrechte, oder auch nur dann, wenn landesherrliche Beamten eine Verletzung unternahmen, vor den höchsten Reichsgerichten belangt werden konnte <sup>1)</sup>. Hier gab die Unterwürfigkeit des Landesherrn unter Kaiser und Reich, und die angebliche Ueberschreitung der Territorialgewalt, den Gesichtspunkt und das Fundament zur Klage. Es kann zwar nicht geläugnet werden, daß auch diese Verpflichtung der Reichsstände, Recht zu nehmen vor den Reichsgerichten, mehr auf dem Papiere, als nach der vollen Strenge im Leben und der Ausübung bestand, die mächtigen Reichsstände wußten allmählig durch verschiedene Wege ihre Unabhängigkeit zu erringen, Oesterreich übte sie rechtlich aus <sup>2)</sup>, und genoß eben so, wie Preußen, lange schon vor Auflösung des Reichs der oft beneideten Souverä-

1) Pütter, in seinen Beiträgen. 1 Thl. S. 304. Häberlin Handb. des deutschen Staatsr. II. Bd. S. 204. u. 351.

2) Fahrenberg, über die völlige Exemption des Hauses Oesterreich von der Gerichtsbarkeit des kais. Reichskammergerichts: Wien 1796.

metät; selbst in den Wahlkapitulationen <sup>3)</sup> mußte der Kaiser versprechen, nicht zu gestatten, daß den Ständen in ihren Landeshoheits- und Regierungsrechten, besonders in Polzeisachen, von den Reichsgerichten eingegriffen werde; kam es nun zum Streite, so beriefen sich die beklagten Reichsstände auf ihre Regierungsrechte, setzten der Klage die Einrede entgegen, daß die angeblich beschwerende Verfügung um des öffentlichen Wohls wegen nöthig sey, und wußten so klug einer Entscheidung, und noch sicherer einer ohnehin höchst mißlichen Execution <sup>4)</sup>, zu entgehen, daß in der Ausführung das weise berechnete Unterwürfigkeitsverhältniß und die Gewalt der Reichsgerichte vernichtet war, und nur zuweilen einem kleinen Reichsstande sich fühlbar machte. Ein anderes Verhältniß ergab sich aber noch dann, wenn von dem Rechte der Territorialgerichte, über Regierungsakte des Regenten zu entscheiden, die Rede war. Wenn noch die Unterwürfigkeit unter Kaiser und Reich den Reichsstand unter die Gewalt der Reichsgerichte stellte, so verschwand dieser Gesichtspunkt in Ansehung der Landesgerichte, welche man vielmehr, als vom Regenten eingerichtet und angestellt, auch ihm unterworfen betrachtete, und es wurde so Grundsatz: daß bei den Landesgerichten keine Klage über Rechtsverletzungen, welche jemanden durch Akte der Territorialregierung zugefügt wurden, gegen den Regenten, oder die in seinem Namen handelnden Beamten, angebracht werden könnte <sup>5)</sup>, wobei auch die in der Wahlkapitulation von 1790. Art. 19. §. 6. eingerückte Stelle, daß die Landesgerichte in Sachen der fürstlichen Kam:

3) Wahlkapitulation Art. 1. §. 8., s. auch über die Wahlkapitulation §. 15. Struben, gründlicher Unterricht in Regierungs- und Justizsachen. (Hinter dem rechtl. Bedenken, 5r Thl. S. 46.)

4) H ä b e r l i n, Handb. des deutschen Staatsrechts §. 306.

5) S. Struben, Nebenstunden, 3. Thl. S. 63. Berg, Handbuch des Polizeirechts, 4. B. S. 377. Eigenbrod, Handbuch der großherz. hessischen Verordnungen, 1. Bd. S. 356.

mern über streitige Gegenstände allein kompetente Richter seyn sollten, offenbar nur zum Vortheil der Reichsstände gegeben war, und aus diesem Gesichtspunkte allein ausgelegt werden muß <sup>6)</sup>. Vergebens würde man schon damals ein festes, in ganz Deutschland begründetes, System über die Trennung der Justizsachen von den Regierungsgegenständen suchen; eine flüchtige Durchsicht der Verordnungen und Verhandlungen in den deutschen Staaten, und das bloße Daseyn mehrerer Schriften über die Frage, kann belehren, wie streitig die Lehre war, und wie wenig Gleichförmigkeit darin herrschte.

Noch schlimmer wurde der Zustand, als nach der Auflösung des deutschen Reichs der Mangel eines festen Rechtszustandes in den staatsrechtlichen Verhältnissen, und das Wegfallen vieler Einrichtungen und Vorschriften, eine verderbliche Unbestimmtheit und ein Schwanken aller Gewalten und Rechtsverhältnisse erzeugte, und daher anmaßliche Versuche und Eingriffe begünstigte. Nicht geläugnet darf aber werden, daß die Gerichtshöfe dafür von ihrer Seite nicht weniger ihr Gebiet verteidigten, und oft, im Eifer für die Ausdehnung der Gränzen der Justiz, Fälle zur Entscheidung sich zueigneten, bei welchen offenbar nur ein Verwaltungsgeschichtspunkt vorhanden war. Man darf es auch, wenn die Civilgerichte mit Entscheidung der reinen Verwaltungssachen sich beladen, denjenigen, welche Gelegenheit hatten, das Benehmen der Gerichte in solchen Fällen zu beobachten, nicht übel nehmen, wenn sie kräftig gegen die Juristen sich erklären, und auf die häufig hervorkommenden unpassenden Entscheidungen der Gerichte über administrative Angelegenheiten, und selbst auf den für die Justiz entstehenden Nachtheil, sich berufen. So mag es sich erklären, wenn ein selbst ausgezeichnete Jurist <sup>7)</sup> über

6) Häberlin, pragmat. Geschichte der neuesten Wahlkapitulation, S. 277.

7) v. Gönner in den Motiven zu dem Entwurf eines Proceßgesetzes, S. 57.

die Juristen andruct: „wahrhaft die Juristen von Profession sind doch ein eigenes Völklein, angestekt vom Geiste, eine besondere Rasse zu bilden, und das Monopol über alles, was auf Rechte sich bezieht, an sich zu reißen.“ — Wer hat, wenn die Juristen wirklich so ängstlich über ihre Gränzen wachen, sie dazu gebracht, wer anders wohl als die administrativen Stellen, welche immer nur in die Kreise des Rechts einzugreifen wagen, und zum Mißtrauen gegen ihre Eingriffe reizen?

Vor allem aber sey es erlaubt, darauf aufmerksam zu machen, daß über die ganze Frage über die Gegenstände des Prozeßes, zum Heile von Deutschland, eine andere, von der der frühern Zeit der gebundenen Rede abweichende, Sprache in allen Ländern geführt werden kann, welchen das Glück einer landständischen Verfassung geworden ist, und daß die Frage eine viel höhere Bedeutung erhält, als man häufig glaubt. Da, wo ein edler Regent in einer Verfassung keine Schwälerung seiner Souveränität, wo er vielmehr die Nothwendigkeit eines Schutzes der Rechte des Volks auf Antheil an der Verwaltung erkennt, wo durch verfassungsmäßige Anstalten die Volksrechte geschützt sind, wo die Minister verantwortlich sind, wo die Eigenmacht der Verwaltungsbehörden an der immer regen Wachsamkeit der Volksvertreter sich bricht, wo der oft zur Verhüllung des Beamtenbespotismus taugliche Nimbus wegfällt, wo Niemand im Staate ist, der nicht wegen seiner Handlungen Rechenschaft geben muß, wo jede Willkühr verfassungsmäßig zerstört wird — da muß auch das Privatrecht des einzelnen Bürgers gegen jeden Eingriff, er mag von irgend einer Seite kommen, geschützt seyn, und die Frage über das Verhältniß der Justiz- und Verwaltungsbehörden hängt mit den wichtigsten Verfassungsangelegenheiten selbst zusammen. — Es kann auch nicht verkannt werden, daß die Frage über Trennung der Justiz- und Verwaltungssachen noch in einer Verbindung mit dem ganzen Gange der Civilgesetzgebung, und mit dem Begriff des Eigenthums selbst steht.

In einer Zeit, in welcher alle Bestrebungen der Gesetzgebung dahin gehen, die höchste Freiheit des Privateigenthums zu sichern, dasselbe von allen Rücksichten der Verwaltung, der Steuereinrichtung, von allen Beschränkungen loszumachen, wird es vorzüglich auffallend, wenn man nicht diese Freiheit des Verkehrs, in welchem nur der Begriff eines reinen Eigenthums, und bloß die consequente Rechtsansicht den Richter bei allen Entscheidungen darüber leiten dürfen, nicht auch durch die höchste Unabhängigkeit der Gerichte anerkennen will, während freilich früher, wo das Privateigenthum häufig nur als ein aus dem landesherrlichen Obereigenthum abgeleiteter Besitz erschien, alle privatrechtlichen Verhandlungen mit Zwecken und Ansichten der Staatsverwaltung und der Staatshaushaltung in steter Berührung standen <sup>8)</sup>.

Endlich befremdet es, wenn man gerade in neuester Zeit, in welcher man so laut die Forderung der Oeffentlichkeit der Gerichte hört, noch von einer den Verwaltungsstellen beizulegenden Gerichtsbarkeit spricht. Es ist anerkannter Satz, daß der Geschäftsgang in Verwaltungssachen nicht öffentlich seyn kann; will man nun Verwaltungsbehörden zu Gerichten erheben, so muß man ihnen entweder eine ihrer Behandlungsart der Geschäfte fremde Form dann beilegen, wenn sie in richterlicher Qualität handeln, was nicht leicht ohne viele Nachtheile geschehen kann, oder man muß ohne Noth von der allgemeinen öffentlichen Form gerichtlicher Verhandlungen eine Ausnahme machen.

### §. 3.

Soll die Gränze zwischen den Justizsachen, als den Gegenständen der richterlichen Gewalt, und zwischen reinen Verwaltungssachen gezogen werden, so dürfte ein leitender Punkt

---

8) E. die Schrift: Ueber die Cassationsinstanz und das Rechtsmittel der Cassation in der Gesetzgebung d. Rheinlande, S. 14. und 103.



vorzüglich in der Auffuchung der Befugnisse und der Natur der Wirksamkeit der richterlichen Gewalt überhaupt gefunden werden. Jeder, welcher eine Klage über eine erlittene Verletzung vor das Forum der Justizgewalt bringt, und von ihr Schutz verlangt, setzt voraus, daß der aufgeforderte Richter darüber, ob wirklich eine Verletzung im Rechtsinn vorhanden sey, entscheiden könne, und daß er dem Kläger, wenn er als Sieger anerkannt wird, sein Recht gegen den weigernden Gegner selbst mit Zwang unter hoheitlichem Ansehen zuerkennen könne. So oft nun der Richter vermöge der ihm zustehenden Gewalt keine Normen hat, nach welchen er juristisch entscheiden kann, ob der Kläger Recht habe, oder so oft er wegen der Beschaffenheit des Gegenstandes dem Sieger mit dem richterlichen Zwange doch nicht zum Rechte verhelfen kann, war die Verhandlung bei dem Richter überflüssig, und die Klage war mit Unrecht angebracht; es war im juristischen Sinne nicht einmal eine wahre actio gegründet. Wenn z. B. jemand, der in einer Stadt, wo Zunftverfassung besteht, in die Schneiderzunft aufgenommen werden wollte, aber die Erlaubniß zur Gewerbeausübung nicht erhielt, an den Civilrichter sich wendet, oder wenn ein anderer, der durch den eingeführten modus der Steuererhebung beschwert zu seyn glaubt, Civilklage stellt, so fehlt es beiden schon an einer actio, da sie auf kein Gesetz sich berufen können, woraus ein jus quaesitum abgeleitet werden könnte, es fehlt dem Richter an einer Norm, unter welcher er den Fall subsumiren kann, und der Ausspruch zu Gunsten des Klägers könnte sich nur auf seine Meinung stützen, daß die Aufnahme in die Zunft billig, oder der geforderte modus der Steuererhebung un Zweckmäßig sey. Die Meinung des Richters aber in solchen Fällen wird um so weniger Gewicht haben, je weniger dem Richter die genaue Kenntniß aller localen Rücksichten, aller bei Beurtheilung der Zweckmäßigkeit einwirkenden Verhältnisse, und selbst gewisse notwendige technische Einsichten zugetraut werden können, daher auch der Staat um den richterlichen Aus-

spruch in solchen Fällen, wegen der vielfachen Nachtheile, die leicht aus einer solchen einseitigen und unbegründeten Meinung entstehen könnten, sich nicht kümmert. Nur dann, wenn die richterliche Meinung alle Merkmale eines wahren Urtheils an sich trägt, wenn sie bei der Entscheidung eines vorgelegten Falles sich auf eine Norm gründet, die der Staat selbst als eine allgemein geltende, Rechte gewährende, ausgesprochen hat, welcher er sich selbst bei allen Entscheidungen zu unterwerfen erklärt hat, welche er daher auch im einzelnen Fall als für sich verbindlich anerkennen muß, kann derjenige, zu dessen Gunsten das Urtheil entscheidet, erwarten, daß selbst mit Zwang sein Recht werde geschützt werden, und nur in Fällen, wo diese Bedingungen vorhanden, und solche Urtheile zu erwarten sind, kann derjenige, welcher sich verletzt glaubt, an das Gericht sich wenden, und von der richterlichen Gewalt Schutz hoffen.

Gegenstand der Justizgewalt kann darnach nur derjenige seyn, bei welchem die der Natur dieser Gewalt entsprechende Befugnisse zur Anwendung kommen können, wo daher 1) die zum Schutz aufgerufene Gewalt, welche nur nach bestehenden Gesetzen urtheilen kann, auch Normen findet, nach welchen sich der vorgelegte Fall entscheiden läßt, und wo 2) derjenige, welcher den Schutz der Gerichte anruft, sich auf ein bereits für ihn begründetes, und zwar nach den Normen, welche der Staat als Privatrechte begründend anerkannt hat, gehörig entstandenes Recht sich berufen kann, wo daher der richterliche Auspruch nur auf die Prüfung des Daseyns der behaupteten Thatsachen, und auf die Subsumtion derselben unter die bestehenden Gesetze, sich gründen kann.

Mag der dem Gerichte vorgelegte Fall mit noch so vielen Verwaltungsrücksichten zusammenhangen, noch so großen Einfluß auf das Wohl des Staats haben, und selbst noch so viele technische Kenntnisse oder administrative Instruktionen nöthig machen, so findet doch der Richter, so bald nur die obigen Merkmale vorhanden sind, leicht die juristische Entscheidung,

da sie sich nicht auf das Wohl des Staats oder auf Prüfung der Zweckmäßigkeit einläßt, sondern bloß darin besteht, daß nach den bestehenden Gesetzen der Kläger in seinen erworbenen Rechten verletzt sey. Es ist dies gerade die Natur der Justiz, daß sie ohne eine Nebenrücksicht, ohne den einzelnen Fall im Zusammenhange mit dem Wohl des Ganzen zu würdigen, nur den einzelnen Fall für sich betrachtet, und, indem sie bloß das, was schon Gesetz ist, berücksichtigt, das Gesetz selbst handhabt. Darum mischt sich aber auch die Justiz, so bald die Normen der Subsumtion fehlen, so bald nicht mehr von dem strengen Rechte die Rede ist, nicht in einen Fall, und es würde selbst nachtheilig für die Rechtspflege werden, wenn eine solche Einmischung erfolgte, da sonst zu leicht die Gerichte an dies Erwägen politischer und administrativer Gründe sich gewöhnten, und auch in den rein juristischen Fällen leicht das Recht durch solche Rücksichten zu drehen und zu beugen lernten.

So wenig sie sich aber in Fälle, für die sie keine Rechtsnormen hat, einmischt, eben so wenig darf sie sich ihre Wirksamkeit in Fällen, bei welchen der richterliche Schutz möglich ist, beschränken lassen.

Bei der nähern Beurtheilung kann es:

1) nicht darauf ankommen, daß etwa die bestehenden Rechtsnormen, worauf sich der Kläger berufen kann, von der administrativen Gewalt als nicht mehr anwendbar erklärt worden sind. Sind diese Normen gehörig nach den im Staate zur Sanction eines Gesetzes allgemein als nothwendig erklärten Formen, sie mögen, was die Regel seyn sollte, in dem Beirathe der Landstände, oder in dem Vorschlage des Staatsraths bestehen, entstanden, so können sie von der administrativen Gewalt, der keine gesetzgebende Gewalt zukömmt, einseitig nicht aufgehoben werden, da sie nur auf dem allgemeinen verfassungsmäßigen Wege abgeändert werden können; eben so wenig entscheidet die Erklärung der Administration darüber, ob die Normen in concreto anwendbar

seyen, da das Recht, über die Anwendbarkeit bestehender Gesetze auf einzelne Fälle zu entscheiden, überhaupt nur der richterlichen Gewalt zusteht.

2) Auch der Ausspruch des Staatsrathes, daß in einem Falle die Justizgewalt nicht einzuschreiten habe, daß der Fiscus nicht litem contestiren dürfe, oder daß die bestehenden Gesetze in dem Falle nicht anwendbar seyen, raubt der Justiz in Fällen, wo von der Subsumtion behaupteter Rechte unter bestehende Gesetze die Rede ist, nicht ihre Wirksamkeit; denn abgesehen davon, daß sehr häufig ein solcher Ausspruch des Staatsrathes die Ausübung einer Kabinettsjustiz enthalten würde, ist nach den Einrichtungen der meisten Länder der Staatsrath theils das gesetzgebende CorpS, theils die oberste administrative Behörde; in der ersten Eigenschaft kann der Staatsrath wohl die Aufhebung eines Gesetzes dem Regenten vorschlagen, wo aber dann nur alle künftigen Fälle nicht mehr nach den alten Gesetzen beurtheilt werden dürfen, während für alle vor der Aufhebung des Gesetzes vorgekommenen Fälle das alte Gesetz die Norm bleibt; in der zweiten Eigenschaft aber hat der Staatsrath keine ausgedehntere Befugniß, die Wirksamkeit der Gesetze zu beschränken, als jeder andern administrativen Behörde zusteht.

3) Selbst die Verträge eines Staates mit einem andern Staate, Friedensschlüsse u. a., können, so bald von dem Ausspruch über erworbene Rechte die Rede ist, einer wahren Justizsache nicht ihren Charakter und dem Verletzten das Recht, an den Civilrichter sich zu wenden, rauben, z. B. wenn der Staat die Forderungen seiner Untertanen aus Lieferungsverträgen zum besten einer Provinz durch Staatsverträge bei der Abtretung der Provinz an den neuen Staat überweist. Dies rein privatrechtlich zu beurtheilende Vertragsverhältniß gibt den Untertanen immer das Recht, sich an ihren ursprünglichen Contrahenten zu wenden, welcher nach bekannten Rechtsätzen seinem Gläubiger ohne dessen Einwilligung keinen neuen Schuldner aufdringen kann.

Dagegen ist

4) ein anderer oft aufgestellter Satz: „daß alle Sachen, wobei es auf Anwendung ergangener Verordnungen ankomme, vor die Civilgerichte gehörten“, in seiner Allgemeinheit nicht gegründet; es wird hier vielmehr auf die verschiedene Natur der Gesetze, von deren Anwendung die Rede ist, ankommen. a) Bei Gesetzen, welche den Zweck haben, die Privatrechtsverhältnisse der Bürger unter sich zu reguliren, ist es keinem Zweifel unterworfen, daß jede Frage über die Anwendung dieser Gesetze eine Justizsache ist; eben so b) dann, wenn auch bei Gelegenheit allgemeiner Anordnungen gewissen Ständeclassen oder einzelnen Corporationen Privilegien ertheilt werden. c) Bei Gesetzen, welche sich auf das Verhältniß des Staates und der Untertanen beziehen, und zwar auf Ausübung von nutzbaren Hoheitsrechten, welche vom Regenten an Privatpersonen als Privatrechte überlassen sind, z. B. Bergordnungen u. a., müssen die Rechtsstreitigkeiten der mit dem Genuß der Rechte beliebigen Personen sowohl mit dem Staate, als mit anderen Privatpersonen, von den Civilgerichten entschieden werden. d) Allgemeine Anordnungen in Bezug auf die Einrichtung von wohlthätigen oder nützlichen Anstalten, welche an sich nur als Privatvereine zu betrachten sind, aber vom Staate zuweilen unter höhere Garantie gestellt, und auf das ganze Land ausgedehnt werden, z. B. Brandasscuranzordnungen, gehören zu den Gesetzen, bei welchen die Frage über ihre Anwendung von der Justizbehörde zu entscheiden sind. e) Wenn Gesetze allgemein über die von den Untertanen dem Staate zu leistenden Verpflichtungen, mit bestimmter Angabe der einzelnen Leistungen, Vorschriften geben, z. B. bei Steuern, so enthalten diese Anordnungen zugleich die Norm der Beurtheilung des Verhältnisses zwischen Staat und Untertanen; der erste leitet in jedem einzelnen Fall, wo das Gesetz vollzogen wird, daraus sein Recht ab, die zweiten erhalten dagegen daraus das Recht, zu nicht

mehr als im Gesetze angegeben ist; angehalten werden zu können, und in so fern würde bei einer höhern Forderung von Seiten der vollziehenden Behörden eine Klage bei den Civilgerichten angebracht werden können; allein es wird noch eine andere Rücksicht eintreten. — Bei der Anwendung z. B. der Steuergesetze kommt es gewöhnlich nicht bloß auf die einfache Bestimmung eines Steuerquantums an, sondern es fragt sich, um das Quantum finden zu können, um die Ausmittelung der Verhältnisse, nach welchen die Berechnung gesetzlich geschehen soll, z. B. über die Bestimmung des jährlichen Einkommens, über die Beurtheilung der Cassionen, über die Verfertigung der Guts- oder Rentenanschläge; dergleichen Berechnungen aber fordern besondere administrative Kenntnisse, und machen unumstößliche, für alle Fälle voraus entscheidende, Regeln unmöglich. Wenn daher allerdings aus dem Steuergesetz der Untertan das Recht, nur ein bestimmtes Quantum zu bezahlen, erwirbt, so wird doch in den meisten Fällen sich dies Recht nicht juristisch darthun lassen, da zur Beurtheilung der Verletzung im einzelnen Falle dem Richter alle diese administrativen Kenntnisse nothwendig wären. Ob darnach Steuerreclamationen wegen zu hoher Ansätze vor die Civilgerichte kommen können, wird sehr von der Steuerrichtung des Landes abhängen; wo sehr einfache Normen gegeben sind, wo gehörige Kataster, zuverlässige mit Zuziehung aller Interessenten voraus entworfene Rentencassionen, und Güterbonitätsbestimmungen existiren, könnte wohl der Streit an die Civilgerichte gewiesen werden, während in vielen Fällen das Civilgericht wegen Mangels fester Normen als incompetent sich erklären müßte. f) Bei Gesetzen, welche mit Bestimmungen anderer Untertanenpflichten die Bedingungen festsetzen, unter welchen die Untertanen zu solchen Leistungen verpflichtet sind, z. B. Militärconscriptionsgesetze, entscheiden ähnliche Rücksichten. Wenn z. B. das Gesetz entscheidet, daß die einzigen Söhne der Eltern von dem Militärdienste befreit seyn sollen, so ist nicht abzusehen, warum der höchst einfache

Fall, wenn ein Beamter doch einen einzigen Sohn zum Militärdienste zwingen will, nicht von der Civiljustizbehörde entschieden werden soll; oder wenn das Gesetz bestimmt, daß die Söhne, welchen ihre Eltern das Gut übergeben haben, vom Militärdienste befreit seyn sollen, und wenn der Beamte, gegen welchen sich ein Sohn auf den Grund der geschehenen Gutsübergabe beruft, behauptet, daß die Uebergabe nur simuliv geschehen sey, so ist auch kein Grund einzusehen, warum über den Beweis der angeblichen Simulation, der dem Beamten obliegt, nicht das Civilgericht entscheiden kann. Wenn dagegen die Regierung des Kreises die Aushebung von 400 Mann befohlen hat, und nun ein Militärpflichtiger behauptet, daß zu viele Soldaten aus diesem Kreise ausgehoben würden, daß er als der dem Loose nach 400te nicht gezogen werden könne, so wird freilich der Civilrichter keine Norm haben, da ihm die Entscheidung, wie viele Soldaten zum Kriegsdienst nothwendig seyen, nicht zusteht. g) Viele andere Gesetze sind nur Instructionen für die Landesbehörden in Gegenständen, die ihrer Natur nach nicht durch Gesetze für jeden einzelnen Fall bestimmt werden können, wo das Gesetz daher nur die Hauptrücksichten andeutet, Vorsichtsmaßregeln vorschreibt, oder die Gränzen der Befugnisse angibt, bis wie weit die Behörden gehen dürfen, z. B. Anstalten zur Verhütung einer Viehseuche, in Einquartirungsgegenständen u. a. Hier behält es die Regierung sich und ihren Verwaltungsbeamten vor, nach gewissen Grundsätzen der Zweckmäßigkeit und der Billigkeit, nach Rücksichten des öffentlichen Wohls, zu verfügen; sie betrachtet den einzelnen Fall nicht für sich, sondern im Zusammenhange mit allen übrigen umgebenden Verhältnissen, und modificirt die Normen nach den Bedürfnissen der Localität, und des Augenblicks. Hier hat kein einzelner ein im ganzen Lande auszuübendes bestimmes Recht aus dem Gesetze abzuleiten, es kann hier wohl jemand factisch verletzt seyn, im juristischen Sinne aber, in einem bestimmten Rechte, ist er nicht verletzt, und die

Justizbehörde, wenn man sie auffordert, hat keine feste Norm, unter die sie den Fall subsumiren kann, indem das Gesetz, worauf sich der angeblich Verletzte beziehe, nicht eine unabänderliche Bestimmung der Rechte und Pflichten der Untertanen, sondern den Vorbehalt des Anpassens und Abänderns nach Befinden der Umstände enthält. So hat daher völlig richtig die hannöversische Landesregierung in einem Schreiben vom 14. März 1785. und 1790. an das Oberappellationsgericht <sup>9)</sup> vor der unbedingten Anwendung des Gesetzes gewarnt, nach welchem alle Sachen vor die Civilgerichte gehören sollten, wenn es auf Anwendung ergangener Verordnungen ankäme. h) Daraus erklärt es sich auch, aus welchem Grunde so selten bei Verletzungen in Polizeigegegenständen von einer wahren Civilklage gesprochen werden kann, auch wenn von Anwendung bestehender Polizeigesetze die Rede ist. α) Es ist nicht zu bezweifeln, daß da, wo ein bestimmtes Polizeistrafgesetz, das ein absolutes Gebot oder Verbot enthält, übertreten ist, die gerichtliche Behörde allein das Recht der Untersuchung und Bestrafung haben könne, und haben sollte, da es nur darauf ankömmt, herzustellen: ob die Gesetzesübertretung existirt; daher auch Frankreichs Gesetzgebung kein Strafrecht administrativer Polizeibehörden anerkennen <sup>10)</sup>, und neuere Schriftsteller mit Recht <sup>11)</sup> die Verweisung des Strafrechts auch in Fällen der Polizeiübertretungen an die gerichtlichen Behörden verlangen. β) Eben so unbestritten ist es, daß in vielen Verhältnissen, bei welchen mehrere polizeiliche Gesichtspunkte entscheiden, ungeachtet das Verhältniß als ein

9) Bülow und Hagemann, praktische Erörterungen, 1. Th. Nr. 46., und Desterlei, Handbuch des hannöv. Prozeßes, 1. Th. 2. Abth. S. 98.

10) Niederrheinisches Archiv für Gesetzgebung, Rechtswissenschaft, 3. Bd. 2. H. Nr. 75.

11) S. vorzüglich Log im neuen Archiv des Criminalrechts 3. B. Nr. 26.



privatrechtliches in Ansehung derjenigen, welche es eingehen, zu betrachten ist, z. B. bei der Lotterie, eine Civilklage, z. B. gegen den Lotterieunternehmer, denkbar ist, wobei die polizeiliche Einrichtung der Anstalt gleichsam als die lex des eingegangenen Vertrags entscheidet; ein ähnliches Verhältniß findet auch bei Leihhäusern statt. 7) Eben so ist das Recht desjenigen, der von der Polizeibehörde eine Befugniß erhalten hat, z. B. Recht, ein Gewerbe auszuüben, wenn nicht ausdrücklich die polizeiliche Erlaubniß eine widerrufliche Concession enthielt, als Privatrecht anzusehen, woraus der von Privatpersonen Verletzte eine Civilklage erwirbt, und wo der Richter bei der Beurtheilung allerdings die polizeilichen Vorschriften anwendet. 8) Dagegen ist die Mehrzahl sogenannter Polizeiverordnungen, welche von den obern Landesbehörden erlassen werden, nicht geeignet, eine Klage über Verletzung, bei welcher man auf bestehende Gesetze sich beruft, zur Civilklage zu machen. Diese Polizeiordnungen sind entweder reine Instructionen für die Beamte, um sie auf ihre vorzüglichsten Pflichten aufmerksam zu machen, oder sie schreiben Rücksichten vor, welche, in sehr allgemeinen Umrissen angegeben, bei gewissen Verhältnissen entscheiden sollen, z. B. über Aufnahme in ein Gewerbe; alle diese Gesetze aber können ihrer Natur nach nicht absolut bestimmt und unabänderlich seyn, sondern müssen nach den Rücksichten auf Localität und Zeitumstände angewendet werden; das Detail wird immer erst durch Localpolizeivorschriften bestimmt. Wer daher von der Polizeibehörde mit Berufung auf allgemeine Gesetze eine Erlaubniß erhalten, z. B. in eine Zunft aufgenommen zu werden, die Befugniß, wilde Thiere vorzuzeigen u. a. gewinnen will, kann, wenn ihm die Erlaubniß verweigert wird, sich nicht an die Civilgerichte wenden, weil das Polizeigesetz nicht von der Art war, daß daraus ein Recht erworben werden konnte.

#### §. 5.

Mit Unrecht hält man sich bei der Trennung der Justizsachen und Verwaltungsgegenstände an einige bloß zufällige

Merkmale, deren Prüfung nicht überflüssig seyn mag. Ein Unterscheidungsmerkmal hat man nicht selten in der Person des Gegners, gegen welchen die Klage gerichtet wird, gefunden, und darnach behauptet, daß die durch Beamte bei Ausübung ihres Amtes zugefügten Verletzungen keine Civilklage begründen könnten. So ungerecht es seyn würde, wenn jeder Beamte wegen jeder seiner Amtshandlungen zur Strafe seines Gehorsams von irgend einem Unzufriedenen vor Gericht gezogen werden könnte, so unzweckmäßig selbst eine solche gerichtliche Verantwortlichkeit der Beamten wäre, da der aufgeforderter Richter gar keine Norm für die Beurtheilung administrativer Handlungen hätte, so wenig darf man doch in der Ausdehnung alle Beamten von der Verpflichtung, Rechenschaft wegen ihrer Amtshandlungen zu geben, lossprechen, und dadurch den gefährlichsten Beamtendespotismus begünstigen. Die Mittel des Schutzes gegen Beamtenwillkühr können nicht bloß in den Civilklagen, sondern müssen vielmehr in der Verfassung des Staats gesucht werden, wovon unten in §. 9. gesprochen werden soll. Es kommt nur immer darauf an, ob der Beamte in der Eigenschaft als solcher gehandelt, und bloß durch die Erfüllung seiner Amtspflicht verletzt hat, in welchem Fall jede privatrechtliche Qualität wegfällt, und die Klage nur gegen den Staat, oder die vorgesetzte Stelle des Beamten, in deren Namen und Auftrag gehandelt worden ist, gerichtet werden kann. Jeder Civilklage gegen den Beamten steht die Einrede von Seiten des letztern entgegen, daß er innerhalb der Grenzen seines Amtes und Auftrags gehandelt habe, und der Beamte kann nicht weiter als der rechte Beklagte zur Einlassung in den Streit angehalten werden, so bald er darthut, entweder a) daß er zu der einzelnen vorliegenden Handlung speziellen Auftrag von der höhern Stelle gehabt habe, oder b) so bald die vorgesetzte administrative Stelle die Zweckmäßigkeit der einzelnen Amtshandlung, wenn auch kein spezieller Auftrag existirte, anerkennt, weil der Beamte durch die allgemein erteilte Auftrags-

tion geschützt ist. Dagegen kann der Beamte der Vertretung seiner Handlungen vor Gericht sich nicht länger entziehen, sobald der Auftrag ihn nicht mehr sicher stellt, sobald daher a) der Beamte ohne Auftrag handelte, und dadurch Rechte verletzte, sobald b) bei allgemeinen Amtshandlungen die vorgesetzte administrative Stelle die Handlung als eine unnötige und unzweckmäßige anerkennt, sobald c) auch bei vorhandenem Auftrage die Ueberschreitung desselben in der Art bewiesen werden kann, daß der Beamte entweder zu Privat Zwecken handelte, oder aus Leidenschaft oder aus Nachlässigkeit schadete. In solchen Fällen ist kein Grund einzusehen, warum die Klage der Entscheidung der gewöhnlichen Gerichte entzogen werden soll, da der Staat kein Interesse haben kann, nachlässige oder leidenschaftliche Beamte in Schutz zu nehmen, da vielmehr die Amtsverwaltung um so treuer und gewissenhafter erfolgt, je mehr der Beamte weiß, daß er für seine Handlungen verantwortlich ist, und da selbst in solchen Fällen der Beamte nicht mehr als solcher, sondern als Privatmann verletzte, und so nur ein Rechtsstreit zwischen zwei Personen in Frage steht.

Im Zusammenhange damit steht die in mehreren deutschen Staaten gesetzlich bestehende Einrichtung, daß keine Klage gegen den Fiskus von den Gerichtshöfen angenommen werden solle, wenn nicht zuvor der Kläger darthun kann, daß er sich an die Oberadministrativstelle gewendet, dort aber keine Abhülfe seiner Beschwerde erhalten habe. Es ist dieser Gegenstand in neuester Zeit in der bayerischen Ständeversammlung <sup>12)</sup> in ernste Erwägung gezogen worden, und die Landstände selbst haben eine ähnliche Verfügung, die zum Gesetz dann erhoben worden ist <sup>13)</sup>, in Antrag gebracht. Gewiß ist auch, wenn weise Beschränkungen den Mißbräuchen vorbeugen, gegen diese Einrichtung nichts einzuwenden. So wie

12) Bayerische Landtagsverhandlungen der zweiten Kammer. 4. B.  
.. 96.

13) Bayerisches Gesetz vom 22. July 1819. §. 6.

schon bei Streitigkeiten unter Privatpersonen es Sitte, Billigkeit und Klugheit fordern, zuerst die gütliche Beilegung des Streits außergerichtlich zu versuchen, so ist wohl auch eine solche Forderung bei Klagen gegen den Staat nicht unbillig. In vielen Fällen wird es der obern Behörde leicht seyn, kleine Verletzungen, die übelverständener Amtseifer, unrichtige Auslegung der Instructionen, von Seite der Unterbeamten zugefügt haben, zu heilen, und dem Verletzten zu helfen. Es kann der Staat auch billigerweise das Vertrauen fordern, daß seine Unterthanen, in Fällen, wo sie verletzt zu seyn glauben, nicht sogleich an die Gerichte, sondern an diejenigen sich wenden, welche dem verletzenden Beamten vorgesetzt sind, und welchen der Wille, zu helfen, so wie die Fähigkeit, den gemachten Fehler einzusehen, zugetraut werden muß. In vielen Fällen wird es selbst nothwendig, sich an die Oberadministrativstellen zu wenden, um durch sie die Vorfrage entscheiden zu lassen, ob sie die vom Unterbeamten getroffene, die angebliche Verletzung enthaltende, Verfügung als eine den Amtsbefugnissen und Aufträgen gemäße anerkenne, oder den Beamten selbst als schuldig betrachte; erst nach dieser Erklärung der Oberadministrativstelle erfährt der Kläger, an wem er sich zu halten, und wie er sich zu benehmen habe. Es ist nur bei dieser Einrichtung dafür zu sorgen, daß nicht durch Verweigerung einer Antwort von Seite der Oberadministrativbehörde der Kläger rechtlos gemacht werde.

#### §. 6.

Zu unbestimmt, und in der Allgemeinheit unwahr, ist auch der Satz, daß überall, wo der Staat ein Hoheitsrecht ausgeübt habe, und wo der Streit des Privatmannes durch eine solche Ausübung veranlaßt sey, eine Verwaltungssache existire.

Von der Unbestimmtheit dieser Behauptung wird man sich überzeugen, wenn man 1) erwägt, daß zwar häufig das Recht, worüber gestritten wird, ursprünglich, auf den Staat bezogen, ein Hoheitsrecht seyn kann, daß es aber einem Pri-

vatmann verliehen ist, und daß bei der Ausübung desselben durch den Berechtigten ein Streit entsteht, entweder durch Schmälerung des Rechts von Seite des Staats, oder durch eine Privatverletzung. Niemand kann läugnen, daß es hier auf die Entscheidung eines privatrechtlichen Streites ankommt, worauf der Gesichtspunkt des Hoheitsrechts nicht einwirkt. 2) In andern Fällen übt der Staat unmittelbar ein Hoheitsrecht aus, und verletzt durch die Ausübung ein Privatrecht, z. B. wenn zu nothwendigen öffentlichen Zwecken das Privateigenthum eines Bürgers weggenommen wird. Offenbar entscheiden hier zwei Fragen: a) Hatte der Staat überhaupt das Recht, das Privateigenthum einseitig wegzunehmen? b) unter welchen Bedingungen kann er es, und welche Wirkungen erzeugt die Wegnahme für den Eigenthümer? Die erste Frage ist staatsrechtlich, und die bejahende Beantwortung leitet sich aus den Hoheitsrechten des Staats ab, deren Ausübung in constitutionellen Staaten durch die Verfassung regulirt wird. Bei der Beantwortung der zweiten Frage dagegen entscheidet nur der privatrechtliche Gesichtspunkt; der Staat verpflichtet sich, den Eigenthümer zu entschädigen, und das ganze Verhältniß wird nach den Grundsätzen des Kaufs beurtheilt. Streitigkeiten über das Recht des Staats überhaupt gehören darnach nicht vor die Civilgerichte, wohl aber als Streitigkeiten über die rechtlichen Wirkungen <sup>14)</sup>. 3) Auf ähnliche Art kommen Fälle vor, in welchen der Regent vermöge seiner höchsten Gewalt allgemeine Maßregeln trifft, wodurch ein großer Theil der Untertanen, wenn man bloß auf den bisherigen faktischen oder gesetzlich bestehenden Zustand Rücksicht nimmt, verletzt wird, ohne daß die Verletzten

14) Code Napoleon art. 545. Baiersche Verfassungsurkunde, Tit. 4. S. 8. Baiersches Gesetz vom 14. Aug. 1815. Badische Verfassungsurkunde, Tit. 2. S. 14. Württemberg. Verfassungsurkunde, Kap. 3. S. 30. Hessische Verfassungsurkunde, S. 27.

eine Civilklage anstellen könnten, während für einige Wenige ein solches Klagerecht daraus erwächst, indem bei ihnen besondere wohl erworbene Rechte vorhanden sind, die durch die allgemeine administrative Maßregel nicht vernichtet werden können, z. B. bei Aufhebung der Steuerfreiheit in einem Lande, z. B. für den Adel, wenn auf einigen Gütern vermöge speziellen titulo oneroso erworbenen Privilegiums die Steuerfreiheit ruht, in welchem Falle die Klage auf Entschädigung unfehlbar vor die Civilgerichte gehört. 4) Ein privatrechtlicher Gesichtspunct kann auch in Fällen vorhanden seyn, wo das ganze zum Grunde liegende Verhältniß in das öffentliche Recht gehört, und wo die Klage durch Ausübung des Hoheitsrechts veranlaßt wird, z. B. bei Quiescirungen der Staatsbeamten, und Entziehung der Pension. Allerdings mag der Regent aus höheren administrativen Rücksichten einen Staatsbeamten in den Ruhestand versetzen, kein Gericht wird die Klage des Beamten wegen Verletzung seiner Rechte, wenn dem Beamten sein Gehalt belassen wird, annehmen können, dagegen wird die Klage, wenn dem Beamten sein Gehalt entzogen, und verfassungswidrig geschmälert ist, sicher vor die gewöhnlichen Civilgerichte gehören<sup>15)</sup>, da es nur auf den zum Grunde liegenden, und in dieser Rücksicht völlig privatrechtlichen Gesichtspunct des Vertrags zwischen dem Beamten und dem Staate ankommt. — Nicht genügend ist auch der Streit durch den von Eigenbrod<sup>16)</sup> aufgestellten Satz entschieden, wenn er in allen Fällen eine Verwaltungsache annimmt, so oft die Rede von Behauptungen oder Verfügungen ist, wozu die Administrativbehörden nur befugt seyn könnten als Verwalter solcher Befugnisse, die bloß aus der Staatsgewalt können abgeleitet werden; denn nach dem bisher Aus-

15) Dies ist auch ausgesprochen in dem bairischen Edict vom 26. May 1818 über die Verhältnisse der Staatsdiener, S. 29.

16) Handbuch der großherzogl. hessischen Verordnungen, 1. Thl. S. 307.

geführten kann die Aufhebung der Steuerfreiheit nur aus der Staatsgewalt abgeleitet werden, und doch ist der Entschädigungsproceß wegen entzogenen Privilegiums ein Civilrechtsstreit; eben so kann kein Privatmann das Eigenthum eines andern wegnehmen, oder das Haus seines Nachbarn zu öffentlichen Zwecken niederreißen lassen; der Administrativbeamte übt die Befugniß im Namen des Staats aus, und doch zweifelt man nicht, daß ein Civilrechtsstreit entstehe.

§. 7.

Ein Unterscheidungsmerkmal nimmt man zuweilen nach der Beschaffenheit der anzuwendenden Gesetze an. Man unterscheidet daher häufig <sup>17)</sup>, ob die Streitfrage in einem Fall nach den Civilgesetzen, oder nach den ergangenen einzelnen Verordnungen, z. B. in Culturgegenständen zu entscheiden wäre. Im ersten Fall soll der Streit vor die Civilgerichte, im zweiten vor die Verwaltungsbehörden gehören. Schwierlich wird man aber ein mehr zufälliges Merkmal finden, das weniger entchiede, als das angegebene. Darnach würde es in jedem Lande nur davon abhängen, ob ein dickleibiges, alle Verhältnisse umfassendes, Gesetzbuch existirt. In Preußen würden darnach die meisten Streitigkeiten, weil dafür eine Norm in dem Gesetzbuche anzutreffen ist, von den Civilgerichten zu entscheiden seyn, während sie in Ländern, in welchen gemeines Recht gilt, wo gar keine, oder nur eine sehr magere Landesordnung existirt, an die Administrativstellen zu weisen wären. Vergebens sucht man ein Prinzip, nach welchem zu entscheiden wäre, über welche Verhältnisse das Civilgesetzbuch, und über welche eine einzelne Verordnung verfügen soll. Nicht dies Zusammenfassen von gesetzlichen Anordnungen in einem gewissen Bande, und die Eintheilung in Titel und Kapitel, kann entscheiden, sondern alle einzelnen Gesetze, sie mögen von der obersten Gewalt unmittelbar ausgegangen seyn, oder auf

<sup>17)</sup> v. G ö n n e r, Entwurf eines Gesetzbuchs. Motive. S. 61.

Autonomie einer Corporation beruhen, sie mögen den Namen Civilgesetze oder Polizeiordnungen oder Culturmandate haben, machen die Civilgesetzgebung des Landes aus, sobald sie Rechte und Verbindlichkeiten unter Privatpersonen, oder einzelner Privatpersonen gegen den Staat reguliren.

Allerdings wird zwar ein Theil von gewissen Anordnungen, z. B. Culturverordnungen, mit dem Privatrechte der Bürger sich gar nicht beschäftigen, sondern bloß administrative Rücksichten, oder Instruktionen, z. B. über Vermessung enthalten, während der größte Theil wahre privatrechtliche Streitfragen entscheidet, z. B. über den Maßstab der Theilung, über die Bedingungen derselben. Unbezweifelt erwirbt aus den letztern Bestimmungen der Privatmann ein Recht, worüber den Civilgerichten eine Entscheidung zusteht. — Unnötig ist es hier auch, einen Unterschied zwischen *Privatrecht* und *Civilrecht* festzusetzen<sup>18)</sup>. v. G ö n n e r rechnet zu dem ersten die Normen, welche die Regierung z. B. wegen des Einflusses gewisser Verhältnisse auf den Nationalwohlstand, oder auf die öffentliche Ordnung festgesetzt, und wo diese Normen wieder Quellen von Rechten und Verbindlichkeiten werden, z. B. Brandversicherungsanstalten, Vorschriften über Beitragspflichtigkeit der Zehentberechtigten zum Kirchenbau u. a. »Hier sagt G ö n n e r: daraus entstehen zugleich Rechte und Verbindlichkeiten näher bestimmter Individuen, ungeachtet Niemand mißkennen wird, daß diese Normen einem Civilgesetzbuche fremd sind.«

Allein es ist kein Grund zur Trennung des Privatrechts und Civilrechts einzusehen, wenn man nur nicht starr an dem von den Römern uns hinterlassenen Begriff und Umfang des Privatrechts klebt, und bloß die auf die Grundformen, Personen, Sachen und Obligationenrecht, reduzirbaren Rechtsverhältnisse Civilrecht nennen will. Es kann nicht genug ge-

---

18) G ö n n e r, in den Motiven a. D. S. 51.



sagt werden, daß sich das deutsche Recht unter andern Elementen, als das römische Recht, ausgebildet hat, daß fast bei jedem deutschen Privatrechtsverhältniß sich ein Zusammenhang mit einem staatsrechtlichen Verhältniß nachweisen, und daß namentlich bei allen auf Sachen bezogenen Rechten ebensowohl ein administrativer, als rein juristischer Gesichtspunct sich auffinden läßt. Das Daseyn solcher staatsrechtlichen Elemente, oder Veranlassungen, oder das Einwirken von Verwaltungsrücksichten, ändert aber nicht die Natur des Privatrechts, und das Gewerbe einer Person, das Forstrecht, die Theilnahme an der Brandassicuranz, ist ebensowohl ein Privatrecht, als das Eigenthum, oder Pfandrecht, und der Gewerbs, oder Forstberechtigte muß ebensowohl, als bei andern Rechten, sein Recht durch Klage vor den Civilgerichten verfolgen können. — Nicht befriedigend ist endlich auch die Behauptung Behr's<sup>19)</sup>, daß Privatrechte alle solche seyen, deren Bestimmungsquelle die Civilgesetzgebung ausmache. Schon Eigenbrod<sup>20)</sup> hat dagegen richtige Bemerkungen gemacht.

#### §. 8.

Faßt man die bisherigen Betrachtungen zusammen, so kann es bei der Gränzbestimmung nur darauf ankommen: ob ein Bürger bei einer Klage, welche er bei den Civilgerichten anstellen will, auf ein gehörig entstandenes, definitiv ihm zustehendes, bestimmtes, von den bestehenden Gesetzen geschütztes, Recht sich berufen kann, welches entweder durch eine Handlung eines Privatmannes oder des Staats verletzt wird, ohne Rücksicht darauf, aus welchen Gesetzen das Recht entstanden ist, in welchem Zusammenhange es mit administrativen Anstalten steht, und ob die die Klage veranlassende Handlung an und für sich rechtswidrig, oder im allgemeinen rechts

19) Behr, die Verfassung und Verwaltung des Staats, S. 56.

20) Sammlung der heff. Verordnungen, 1. Thl. S. 367.

mäßig war, jedoch für den einzelnen Berechtigten neue Rechte begründete.

Mit Unrecht erhebt man aus der Annahme des Satzes, daß auch der Staat für seine Regierungshandlungen verantwortlich sey vor den Civilgerichten, die Besorgniß, daß dadurch theils die Souvränität des Regenten aufgehoben, oder beschränkt, oder jede Verwaltungsbehörde den Gerichtshöfen unterworfen, oder der Staat dadurch leiden würde, daß er in der Ausübung seiner Hoheitsrechte, in den weisesten, für das Ganze noch so wohlthätigen, Anstalten durch den Widerspruch des Einzelnen gehindert werden könnte.

Es ist zu beklagen, daß man so gerne mit dem so oft mißverstandenen Worte: „Souvränität“ schrecken, damit, als mit einem Machtworte, jede wissenschaftliche Untersuchung vernichten, und die Regenten gegen die Juristen, als angebliche Feinde der Souvränität, mißtrauisch machen will. Es hat schon Spau n <sup>21)</sup> mit Recht bemerkt, daß man hier die Souvränität mit der Administration verwechselt. Auch wir behaupten, daß der Regent nicht für die Gesetze verantwortlich seyn kann, welche er vermöge seiner höchsten Gewalt gegeben hat; allein die gesetzgebende Gewalt ist wohl von derjenigen zu unterscheiden, welche ihre Verfügungen in Ausführung bringt. Die Verwaltungsbeamten sind Diener des Gesetzes, ihnen steht nur das Recht der Anwendung der Gesetze zu, und die Administration selbst, sie mag vom niedersten Localbeamten, oder von der obersten Centralstelle, ausgeübt werden, ist nicht Souverän, sie ist für ihre Gesetzesanwendung verantwortlich, und kann, wenn sie wahre Rechte verletzt hat, wie jeder Privatmann vor Gericht gezogen werden; von dieser Verpflichtung, Rede vor Gericht zu stehen, aber kann sie nicht befreit werden, da überhaupt im Staate

---

21) Im niederrheinischen Archiv für Gesetzgebung und Rechtspflege.  
3. B. S. 248.

den Gerichtshöfen Verpflichtung und Befugniß gegeben ist, Recht zu sprechen, Streit zu entscheiden, so bald über wahre Rechtsverletzung geklagt werden kann.

Es fällt der Justiz nicht ein, sich zum Souverän zu machen, oder den Regenten einzuschränken; es ergibt sich dies noch mehr, wenn man erwägt, daß 1) die Justiz nie die auf das Allgemeine sich beziehende Verwaltungsmaßregel nach ihrer Zweckmäßigkeit beurtheilt, sondern nur in Bezug auf den einzelnen Verletzten entscheidet, und die aus seinem Rechte abzuleitenden Folgen beurtheilt; z. B. wenn das Eigenthum zu öffentlichen Zwecken weggenommen ist, und der Eigentümer klagt, so kann es dem Gerichtshofe nicht einfallen, darüber entscheiden zu wollen, ob der Veranlassungsgrund zur Wegnahme des Eigenthums ein gerechter und nothwendiger war, sondern bloß darüber entscheidet sie, ob und wie viel Entschädigung der Staat dem Verletzten schuldig sey. 2) Eben so wenig schränkt das Daseyn eines begründeten Rechts, und der im Hintergrunde drohende gerichtliche Schutz desselben, den Regenten in der Anordnung einer als nothwendig erkannten allgemeinen Regierungsmaßregel ein; z. B. die Justiz wehrt dem Regenten nicht, Zwangs- und Bannrechte, oder Steuerfreiheit des Adels, oder die Patrimonialgerichtsbarkeit aufzuheben; allein die Justiz darf voraussetzen, daß der Regent diese Privilegien Einzelner nicht aufheben werde, ohne diejenigen, welche auf ein *titulo oneroso* erworbenes Privilegium sich berufen können, zu entschädigen, und die Justiz, ohne die Maßregel im Allgemeinen anzutafeln, spricht nur auf Anrufen die Entschädigungspflicht aus. 3) Auf ähnliche Art hemmt die Justiz nie die Ausführung allgemeiner Maßregeln, welche ihrer Natur nach schnell und unaufhaltfam vollzogen werden müssen, wenn sie wirken sollen; z. B. Fluß- und Dammbauconcurrentzanstalten; die Justiz erkennt es an, daß in solchen Fällen, wenn auch ein Einzelner in einem Kreise sich widersetzen, und auf Rechte, z. B. auf spezielle Verträge mit seinem Obereigenthümer u. a., sich be-

rufen wollte, die Verwaltungsbehörde unaufhaltsam fortschreite, den Einzelnen zwingen, ihm aber die Verfolgung seines Rechtsanspruchs in separato überlasse. 4) Nicht einmal die Verträge einzelner Verwaltungsbehörden, z. B. Lieferungsverträge, sind in Gefahr, daß die Justiz ihre Zweckmäßigkeit beurtheile, und dadurch ein Obergaufsichtsrecht über administrative Handlungen ausübe; kommt es zur Klage, so fragt die Justiz nur: welche rechtliche Wirkungen ergeben sich aus diesem Vertrag, so wie er liegt: wie muß der Vertrag ausgelegt werden? 5) Es bescheidet sich auch die Justiz gerne, daß sie durch ihr, vielleicht auf unbegründetes Anrufen erfolgtes Einschreiten nicht die Ausübung der Verwaltungsanordnungen hindere, und muthwillige Klagen begünstige; es läßt sich daher ganz rechtfertigen, daß z. B. bei Zollverordnungen die Zollbehörde von demjenigen, der sich weigert, die verlangte Summe zu bezahlen, oder der über unrichtige Anwendung des Gesetzes sich beschwert (z. B. behauptet, daß seine Waare nicht zollbar sey), die Bezahlung der Summe verlange, und mit Zwang eintreibe, dagegen demjenigen, der sich verlegt glaubt, es überlasse, sich an die gerichtlichen Behörden zu wenden, wenn in solchen Fällen überhaupt das Gericht die Klage wird annehmen können.

Nicht unbemerkt darf es bleiben, daß die bisher deduzirte Befugniß der Gerichtshöfe, auch Recht zu sprechen, wenn wegen Regierungshandlungen Klage gestellt wird, nicht den nämlichen Zustand herbeiführt, wie er bei der frühern deutschen Reichsverfassung bestand. Bei der letztern entschieden die Reichsgerichte über die Zweckmäßigkeit und Nothwendigkeit der Regierungshandlungen der deutschen Landesherren selbst, wie noch 1771., z. B. wegen einer Verfügung, eine gewisse Zahl Sperlingsköpfe einzuliefern, von den Untertanen eines Landes bei dem Kammergerichte Klage gestellt wurde, während unsere Gerichtshöfe das Innere eines Gesetzes oder einer Verwaltungsmaßregel gar nicht beurtheilen, sondern nur das Daseyn der Verordnung voraussetzend, erkennen,

welche rechtliche Wirkungen daraus in Bezug auf ein vorhandenes individuelles Recht hervorgehen.

Darnach paßt es auch nicht mehr, wenn man sich, um die Unzulässigkeit der Competenz der Civilgerichte wegen Regierungshandlungen zu beweisen, auf Strubens<sup>22)</sup> Aeußerung beruft, welcher besorgt, daß dadurch die höchste Gewalt in die Hände der Richter komme; denn Struben redet ausdrücklich nur davon, was daraus entsände, wenn die Landesgerichte darüber erkennen dürften, ob der Fürst die ihm anvertrauten Hoheitsrechte wohl gebrauche; seine Aeußerung bezieht sich daher nur auf den frühern Zustand; unrichtig ist aber auf jeden Fall der Zusatz: Strubens, wenn er behauptet: „Die Landesgerichte haben ihre Gerichtsbarkeit nur von dem Landesherren empfangen, und üben sie in dessen Namen aus; wer kann aber glauben, daß dieser sich seinem Unterthanen unterworfen haben wolle“?

#### §. 9.

In ihrem eigenen abgesonderten Kreise bewegt sich selbstständig die verwaltende Gewalt. Mit unmittelbarer Beziehung auf den Staatszweck und das Wohl des ganzen Staats sowohl, als der Gesamtmasse der Bürger, erstreckt sich ihre Thätigkeit auf alle Verhältnisse, die mit der Erreichung des Staatszwecks zusammenhängen. Sie bezieht sich 1) auf alles, was die Sicherung der Existenz des Staats, seine Vertheidigung und Verfassung, im Verhältniß zu anderen Staaten, bezweckt. 2) Auf alles, was das Verhältniß der Gewalt zwischen dem Regenten und dem Volk betrifft, so wie 3) ihre Thätigkeit, die Befreiung der Staatsbedürfnisse, und 4) die Anordnung und die Wachsamkeit über alle Anstalten umfaßt, welche darauf berechnet sind, den Hindernissen der gemeinsamen Entfaltung der Bürger entgegen zu wirken, oder die erlaubten Privatwünsche der Bürger zu erleichtern.

22) Strubens Nebenstunden 3r Th. S. 63.

Die Schranken ihrer Wirksamkeit werden der administrativen Gewalt durch das Verfassungsrecht des Staats vorgezeichnet, die gesetzgebende Gewalt weist ihr die Richtungen ihrer Thätigkeit an, und gibt durch die einzelnen Gesetze die Instructionen, nach welchen sich die verwaltenden Behörden zu richten haben.

So lange die verfassungsmäßigen Schranken nicht übertreten, und die Instructionen nicht überschritten werden, äußert sich die Thätigkeit der Verwaltungsstellen unbeschränkt und frei. Es wäre selbst vergeblich, den Verwaltungsbeamten vollständige Gesetze geben zu wollen, da die Fälle zu sehr wechseln, und jede auch oft scheinbar unbedeutende Veränderung oder Nebenrückficht die Entscheidung, welche zweckmäßig seyn soll, modifizirt; nur Instructionen können es seyn, welche den Verwaltungsbeamten erteilt werden.

Der verwaltenden Gewalt steht nur die Befugniß zu, in ihrem angewiesenen Kreise 1) allgemeine Verfügungen zur Regulirung der ihr untergeordneten Verhältnisse zu erlassen; 2) die vorhandenen Gesetze, in so fern sie die Verwaltung betreffen, anzuwenden, und im Falle des Streits (wenn nicht von begründeten Rechten die Rede ist,) zu entscheiden; 3) die Bedingungen festzusetzen, unter welchen eine mit dem öffentlichen Wohl zusammenhängende Anstalt gegründet, oder eine gewisse Handlung des Privatmannes vorgenommen werden darf; 4) über die Streitigkeiten der Bürger unter sich, welche auf eine unter dem Schutze der Verwaltung stehende Anstalt sich beziehen, aus dem Gesichtspunkt der Verwaltung zu entscheiden, und 5) ihre Beschlüsse und Verfügungen mit Zwang geltend zu machen, und zu vollziehen.

Bei der Ausübung dieser Befugnisse kann es nicht fehlen, daß sich nicht selten Streitigkeiten ergeben, und zwar 1) entweder der Bürger mit der Verwaltungsbehörde, in wie fern eine gewisse Maßregel zweckmäßig, nothwendig oder gerecht ist, oder 2) einzelner Bürger unter sich in Ansehung einer Verwaltungsanstalt.

Bei solchen Klagen über Verletzungen muß man aber wohl unterscheiden, ob die Klage 1) nur das ergangene allgemeine Gesetz betrifft, welches von der Verwaltungsbehörde nur vollzogen wird, aber die Rechte Einzelner beeinträchtigt, oder 2) ob sie gegen eine einzelne Verfügung einer administrativen Stelle gerichtet ist. Beispiele der ersten Art sind, wenn jemand wegen der ihm entzogenen Patrimonialgerichtsbarkeit, wegen Aufhebung der Bannrechte, wegen eines neuen Zollgesetzes, Klage gestellt hat, wogegen die Klage wegen Nichtertheilung der Erlaubniß, ein Gewerbe ausüben zu dürfen, wegen Verziehung zur Theilnahme an öffentlichen Anstalten, zu Beispielen der zweiten Art gehören. Zwar wird auch bei Klagen der ersten Art häufig die Klage zunächst gegen die Verwaltungsstelle, welche das Gesetz vollzog, gerichtet werden, allein diese Stelle würde hier wohl die unrechte beklagte seyn, da sie nur zu gehorchen hatte, und sie nicht verpflichtet werden kann, bestehende Gesetze zu verantworten. Die Klage ist also hier nur gegen die gesetzgebende Gewalt des Staats selbst gerichtet, und hier entscheidet nun die Verfassung des Staates über die Frage, ob den Unterthanen eine Beschwerde zustehet, und in welcher Art sie ausgeübt werden könne.

1) Ueber die Frage: ob der Regent zu einem gewissen Gesetz befugt war, ob dasselbe nothwendig oder zweckmäßig war, steht den Gerichten des Landes keine Entscheidung zu; es fehlt an einer rechtlichen Norm, unter welcher das Gericht die Maßregel subsumiren könnte, da nur nach den Grundsätzen des Staatswohls und der höhern Politik, worüber dem Juristen als solchen kein Urtheil zustehet, die Zweckmäßigkeit zu prüfen wäre; es fehlt an einem begründeten Rechte der Unterthanen, daß nur das Alte bleibe, und keine Abänderung getroffen werden könne. Hier ist zugleich ein Unterschied zwischen der ehemaligen Reichsverfassung, und der jetzigen sichtbar, da ehemals die Reichsgerichte bei Streitigkeiten der Unterthanen und des Fürsten auch über die Frage entschieden: ob ein gewisses Landesgesetz gegeben werden könnte, während

eine solche gerichtliche Entscheidung nach der heutigen Verfassung der Souveränität der Fürsten widersprechen würde.

2) Wenn in einem Bundesstaate der Fall einer Justizverweigerung eintritt, so steht dem Untertanen das Recht der Beschwerdeführung bei der Bundesversammlung zu, welche die gerichtliche Hülfe bei der Bundesregierung, die zur Beschwerde Anlaß gegeben, zu bewirken hat <sup>23)</sup>.

3) Ein ähnliches Recht, selbst mit der Befugniß eine Aufrägalinstanz zu veranlassen, steht der Bundesversammlung zu, wenn Forderungen von Privatpersonen deshalb nicht befriedigt werden konnten, weil die Verpflichtung, denselben Genüge zu leisten, zwischen mehreren Bundesgliedern zweifelhaft oder bestritten ist <sup>24)</sup>.

4) Findet sich ein Untertan in seinen Rechten durch Acte der gesetzgebenden Gewalt verletzt, so bietet ihm in constitutionellen Staaten die Verfassung gesetzliche Mittel der Abhülfe dar. a) Durch die Erklärung der Verfassungsurkunden <sup>25)</sup>, daß ohne Zustimmung der Stände kein Gesetz gegeben, aufgehoben, abgeändert, oder authentisch erläutert werden könne, hat ohnehin jeder Staatsbürger die sicherste Bürgschaft, daß kein Gesetz einseitig und willkürlich werde gegeben werden; entgeht ihm auch durch ein einzelnes Gesetz ein bisheriger Gewinn, (wenn er in seinem Recht gekränkt ist, findet er ohnehin bei den Justizstellen Schutz,) so bringt er freudig dem Vaterland das Opfer, und tröstet sich damit, daß das Gesetz zum Heil des Vaterlandes gereichen müsse, da Regent und Volk vereinigt dasselbe als nothwendig ers

---

23) Schlußacte der über Ausbildung und Befestigung des deutschen Bundes gehaltenen Ministerialconferenzen vom 15. May 1820. S. 19.

24) Schlußacte l. c. S. 30.

25) P. B. bayerische Verfassungsurkunde, Tit. 7. Württembergische Verfassungsurkunde, Kap. 7. S. 88. Badische Verfassungsurkunde, Tit. 4. S. 65. Hessische Verfassungsurkunde, S. 72.



kannt haben. b) Glaubt der Untertban, daß durch ein Gesetz, oder einen Act der Staatsgewalt, die Verfassung verletzt sey, so geben die Verfassungsurkunden <sup>26)</sup> ihm das Recht, wegen Verletzung der constitutionellen Rechte sich an die Ständeversammlung zu wenden. c) Noch mehr ist der Untertban geschützt, da jeder Minister für dasjenige verantwortlich ist, was er für sich verfügt, oder was ihm vermöge des ihm zugewiesenen Geschäftskreises zu thun oder zu verfügen obliegt <sup>27)</sup>. d) Durch diese Bestimmungen, nach welchen zwar die Gerichtshöfe nicht entscheiden, wird auch selbst den erworbenen Rechten nichts präjudicirt, da die Verfassungsurkunden <sup>28)</sup> ausdrücklich erkennen, daß keinem Bürger, welcher sich durch einen Act der Staatsgewalt in seinem auf einem besondern Titel beruhenden Privatrecht verletzt glaubt, der Weg zum Richter verschlossen werden könne.

Betrachtet man dagegen die Schuzmittel der Untertbanen gegen Verletzungen, die durch einzelne administrative Stellen zugefügt wurden, so liegt auch bei diesen der Schuz, wenn die übrigen Wege nicht hinreichen, in der Verfassung, und zwar 1) in dem Rechte der Untertbanen, ihre Beschwerden, wenn nicht durch die obern Stellen abgeholfen wird, an die Stände zu bringen; 2) in der ausdrücklich erklärten Verantwortlichkeit der Minister, und aller übrigen Behörden und Staatsdiener in ihrem Geschäftskreis <sup>29)</sup>.

Als der gewöhnliche Weg aber, um Schuz gegen die Willkühr eines Verwaltungsbeamten zu suchen, muß der Weg der Berufung an die höhere, dem Beamten vorgesetzte, Stelle angesehen werden; besonders a) da es auf ein Urtheil

26) Baiersche Verfassungsurkunde, Tit. 7. §. 21. Würtembergische, Kap. 3. §. 38. Badische Verfassung, Kap. 4. §. 67. Hessische Verfassung, Art. 81.

27) Würtemb. Verfassung, Kap. 4. §. 52. Baiersche Verfassung, Tit. 10. §. 4—7. Hessische Verfassungsurk. §. 109.

28) Würtemb. Verfassung, Kap. 7. §. 95.

29) Würtemb. Verf. Kap. 4. §. 53.

über die Zweckmäßigkeit und Nothwendigkeit einer Maßregel ankömmt, worüber die Entscheidung nur den mit allen Rücksichten der Verwaltung vertrauten Administrativstellen um so mehr zukömmt, als b) diese Stellen häufig allgemeine Verfügungen und Instruktionen erlassen haben, über deren Anwendung Streit entsteht, und wo daher von den vorgesetzten Stellen auch am ersten ein sicherer Ausspruch über die Auslegung der Instruktion erwartet werden darf; selbst c) der Umstand, daß die Oberadministrativstelle am ersten in einzelnen Fällen nachhelfen, und Hindernisse beseitigen kann, so wie d) der den Civilstreitigkeiten analoge Instanzenzug, nach welchem man sich bey der Beschwerde gegen den Beamten an die Stelle wendet, welche demselben zu befehlen hat, dortfür spricht.

So oft nun ein Privatmann durch Acte der gesetzgebenden Gewalt, oder durch eine Verfügung der Administrativbehörden, verletzt zu seyn behauptet, oder so oft mehrere Privatpersonen über eine sie betreffende administrative Verfügung streiten, und auf Entscheidung ihres Streits über Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit antragen, ohne daß der angeblich Verletzte auf ein bestimmtes begründetes Recht sich berufen kann, entsteht eine Verwaltungssache; worüber a) nur die Verwaltungsstellen zu erkennen haben, wo b) ein dem civilrechtlichen ähnliches Verfahren in so ferne eintritt, als jede Partei über die Anträge und Behauptungen des Gegners gehört werden muß, und wo c) nur nach bestehenden Instruktionen, nach Rücksichten des öffentlichen Wohls und den Beziehungen der einzelnen Sache auf das Ganze, entschieden werden muß. Bei der näheren Betrachtung aller einzelnen Arten der Verwaltungssachen zeigt sich jedoch, daß die meisten Arten, welche an sich Verwaltungssachen begründen, eben sowohl auch unter gewissen Beziehungen Justiz- und Civilproceßsachen werden können.

Zu diesen Verwaltungssachen gehören

1) insbesondere Regierungssachen. Man bezeichnet

in der Geschäftssprache damit entweder alle Verhältnisse, welche Gegenstände der gesetzgebenden und der aufsehenden Gewalt sind <sup>29)</sup>, oder alle Angelegenheiten, welche die Ausübung der verschiedenen in der Staatsgewalt begriffenen Regierungsbrechte betreffen, ohne daß es dabei auf Verfolgung des Rechts vor den ordentlichen Gerichtshöfen ankömmt <sup>30)</sup>, oder in einem weitern Sinne alle Sachen, welche die Anwendung eines andern Regierungsbrechts, als der Justizgewalt von einem Souverän, enthalten <sup>31)</sup>; im engern Sinne aber sind Regierungssachen alle durch die von der gesetzgebenden und anordnenden Gewalt erlassenen Verfügungen, oder durch die Ausübung staatsrechtlicher Befugnisse von Seite der obern Verwaltungsstellen veranlaßten Beschwerden. Dahin gehören a) Conscriptiionsangelegenheiten; b) Klagen der Beamten wegen Versetzung in den Ruhestand, oder Zurücksetzung; c) Entscheidungen über Gemeindeverwaltung und Verfassungsrecht der Gemeinde; d) Beschwerden über Auswanderung, oder über Schmälerung der Staatsbürgerrechte; e) Streitigkeiten über Ausübung von nutzbaren Hoheitsrechten, die einer Privatperson verliehen sind, z. B. über Mißbrauch des Rechts, über Beobachtung der vorgeschriebenen Verwaltungsnormen; f) Beschwerden über Handlungen der Staatsgewalt, welche von ihr in der Eigenschaft der Oberaufsicht über kirchliche Gegenstände vorgenommen werden; g) alle Gesuche um Dispensationen, Privilegien, oder um authentische Auslegung derselben; h) alle Gesuche um Intercession des Staats in Angelegenheiten eines Untertans und eines andern Staats.

2) Finanzsachen, wohin alle Angelegenheiten gehören, welche auf die Staatshaushaltung und auf das Staats-

29) v. Gaisberg allgem. Vorkenntnisse zur Theorie des bürgerl. Processus S. 182.

30) Desterlei Handbuch des hannöv. Processus 1. Thl. 2. Abth. S. 93.

31) Martin Lehrbuch des bürgerl. Processus S. 21.

vermögen sich beziehen. Eine Art derselben sind *Kammersachen*, wohin im engeren Sinne diejenigen gerechnet werden, die sich auf die Verwaltung der Staatsgüter beziehen. Es unterliegt jedoch keinem Zweifel, daß gerade in Ansehung dieser Güter die Staatsgewalt auch Recht vor den Civilgerichten nehmen muß, so oft sie in Conflict mit einem wahren begründeten Rechte eines Privatmannes kömmt. *Kammersachen* in einem andern Sinne werden aber oft alle diejenigen genannt, welche nach speciellen Verordnungen zum Wirkungskreise der Kammer, nämlich der ehemals so benannten Oberadministrativstelle gehören. Dahin rechnet man häufig a) die Angelegenheiten wegen Verwaltung und Deconomiedirection der landesherrlichen Domänen; b) Dienstaufkündigungen und einfache Entlassungen der Beamten; c) alles, was sich auf Besetzung Bemeyerung, Leibzucht, Abmeyerung der Bauernhöfe bezieht, wenn die Kammer die Gutsherrschaft ist <sup>32)</sup>. Es bedarf dagegen keiner Erinnerung, daß, wenn in einem Lande nicht ausdrücklich Gegenstände der letzteren Art den Gerichtshöfen entzogen sind, sie vor die gewöhnlichen Gerichte gehören, und zwar in allen Fällen, wo es auf privatrechtliche Fragen ankömmt, z. B. in Ansehung der Erbfolge, Frage über Gültigkeit der Veräußerung ohne Consens der Kammer u. dgl. d) Nicht selten sind auch durch Particulargesetze die Streitigkeiten über die Dienste der Unterthanen als *Kammersachen* erklärt <sup>33)</sup>, ungeachtet sie richtiger, so oft es auf Auslegung und Anwendung vorhandener Dienstregister, Verträge, Vergleiche u. a. ankömmt, zu den Justizsachen gerechnet werden müssen. In einem sehr weiten Sinne werden oft auch *Kammersachen* alle solche genannt, bei welchen das herrschaftliche Interesse in Frage kömmt <sup>34)</sup>. Eine Art der Finanzsachen

32) Desterlei Handb. des hannöver. Processus l. c. S. 118.

33) Desterlei Handb. l. c. S. 120.

34) Kopp Handbuch der Hessenkassel. Landesverfassung 1c. II. Th. S. 252.

And noch die Steuerfachen, als diejenigen Angelegenheiten, welche bei der Regulirung, Erhebung und Verwaltung, der Steuern vorkommen, so lange nicht ein privatrechtlicher Gesichtspunkt des besondern Privilegiums sie zu Justizfachen macht.

§. 10.

Zu dem bestrittensten Punkte gehörte besonders

3) die Trennung der Polizei- und Justizfachen. Die Gründe einer gefährlichen Ausdehnung des Begriffs der Polizeifachen müssen vorerst in der schon von der ersten Ausbildung an unbestimmten und schwankenden Natur der Polizei gesucht werden, bei welcher man 1495<sup>35)</sup>, als zuerst der Ausdruck: Polizei in den Reichsgesetzen vorkam, wohl schwerlich an das dachte, was man bei uns darunter zu verstehen für gut findet. Die Ausdehnung der Polizei und der zu ihrer Wirksamkeit gerechneten Gegenstände hat noch vorzüglich ihren Grund in dem Verhältniß der Reichsstände zum Reiche. Unter dem vielumfassenden Namen: Polizei gelang es bald den Ständen, ihr Streben nach Unabhängigkeit von der Reichsgesetzgebung zu bemänteln, und manches sich zuzueignen, was ihnen sonst nicht gehörte. Selbst die Wahlcapitulation, welche den Ständen versprach, daß ihnen in ihren Landeshoheits- und Regierungsbrechten, besonders in Polizeifachen, von den Reichsgerichten nicht eingegriffen werden sollte, lud die Stände im Falle, wenn sich Untertanen beschwerten, ein, zu entgegnen, daß eine Polizeifache vorliege, wodurch die reichsgerichtliche Gewalt ausgeschlossen wurde, daher häufig der Name: Polizeifache als absoluter und alleiniger Gegensatz der Justizfache gebraucht wurde. Ein anderer Grund der Ausdehnung muß endlich noch in dem mit Unrecht<sup>36)</sup> der Polizei beigelegten Untersuchungs- und Bestrafungsrechte

35) Reichsregimentordnung v. 1495. §. 40. und Loh im neuen Archiv des Er. R. III. Bd. S. 574.

36) S. Loh im neuen Archiv des Er. R. III. Bd. Nr. 26.

gesucht werden, unter dessen Begünstigung es der Polizei gelang, manches an sich zu reißen. Die Gesetzgebungen hüteten sich, da die Regenten Vortheil aus der Unbestimmtheit zogen, näher zu bezeichnen, was Polizeisache sei; ungeachtet schon früh zu den eximirten Gegenständen solche Sachen gerechnet wurden<sup>37)</sup>. War auch von Polizeisachen die Rede, so sprach man davon zuweisen bei der Regulirung der Competenz der Patrimonialjurisdiction<sup>38)</sup>, wobei gewöhnlich diese Sachen als zur Civilgerichtsbarkeit gehörig aufgestellt wurden. Auf gleiche Art sprachen die Gerichtsordnungen von Polizeisachen, ohne näher anzugeben, was dazu gehörte, obwohl sich in einigen Staaten aus Präjudizien und einzelnen Reglements Normen ableiten lassen<sup>39)</sup>. In einigen Gerichtsordnungen erwähnte man die Polizeisachen, zog sie in den Kreis der Rechtsachen herein, machte aber nur die Ausnahmen, daß man bei ihnen den processus summarissimus eintreten ließ<sup>40)</sup>, und daß man keine Appellation gestattete<sup>41)</sup>. Frühe versuchte schon die bayerische Gesetzgebung eine Bestimmung der Gränze. Die Gerichtsordnung von 1753. ließ dann Appellation zu, d. h. sie behandelte Polizeisachen als Justizsachen, wenn sie ein jus reale vel perpetuum betreffen, und bei der Anordnung eines eigenen Polizeirathes in Baiern vom J. 1768. wurde schon bestimmt, daß Polizeisachen, wo ein legitimus contradictor vorhanden seye, den Gegenständen, wo ein jus reale et perpetuum in Frage stehe, gleichgeachtet werden sollen<sup>42)</sup>.

37) S. B. in Sachsen. Rescript vom 3. Sept. 1698. 24. July 1734. *Biener system. process. judiciar.* p. 33.

38) S. B. in Hessen, *Kopp Handb. zur Kenntniß der ehemaligen kurhess. Landesverfassung* VII. Bd. S. 354.

39) S. von Hannover *Deckerlei Handbuch des hannöver. Proc.* 1r Thl. S. 100.

40) Bayerische Gerichtsordnung von 1753. Kap. III. §. 3. Nr. 4.

41) *ibid.* Kap. XV. §. 3. Nr. 5.

42) Bayer. Verordn. v. 11. Jan. 1768. f. *Novellen zur Civilgerichtsordn.* 1r Thl. S. 85.

wozu später eine Verfügung kam <sup>43)</sup>, daß Sachen, wo jura partium et singulorum obwalten, an die Justizbehörde gehörten <sup>44)</sup>. Selbst Gesetzgebungen, die sonst durch Vollständigkeit sich auszeichnen, lieferten über die Trennung der Justiz und Polizeisachen keine festen Bestimmungen <sup>45)</sup>, nur in Ansehung der Polizeivergehen und ihrer Bestrafung ergingen besondere Normen <sup>46)</sup>. An Bemühungen der Juristen <sup>47)</sup> sowohl als der Schriftsteller über Polizei, die Gränzen festzusetzen, fehlte es zwar nicht, allein den letztern mochte es um so weniger gelingen, je verschiedener die Ansichten eines jeden über den Begriff und Zweck der Polizei waren.

Wir dürfen, um die Gränze abzustecken, auf alles, was bisher über die Trennung der Verwaltungssachen überhaupt von den Justizsachen gesagt worden ist, verweisen; und behaupten, daß es vergebliche Bemühung wäre, einen Catalog aller Gegenstände zu entwerfen, von welchen wir einige den Polizei-, andere den Justizsachen zuwiesen. Jede Sache kann vielmehr Justiz- oder Polizeisache seyn <sup>48)</sup>. Polizeisache

43) vom 8. April 1796. in den Novellen S. 87.

44) Ueber spätere baier. Bestimmungen, insbesondere in Bezug auf Bausachen, s. das Archiv für civil. Praxis III. Bd. S. 388.

45) B. B. die preussische, s. Wielig die preuß. Justizverfassung I. Thl. S. 73.

46) Preuß. Reser. vom 28. August 1810. und darüber Log im neuen Archiv des Cr. R. III. Thl. Nr. 26.

47) S. Literatur in Martins Lehrbuch des gemeinen Processes S. 22. und dazu Maier über Staat, Rechts- und Justizsachen. Landshut 1808. Behr Verfassung und Verwaltung des Staats. II. Bd. 16 Hft. S. 93.

48) S. von vielen Berg Handb. des Polizeir. 1r Thl. S. 131. Henrici Grundz. einer Theorie der Pol. Wissensch. S. 205. Höf Grundlinien der Polizeywissensch. S. 18. Harl vollst. Handb. der Polizeiwissensch. S. 141. Lips Versuch die Gränzen zwischen Justiz- und Polizeisachen abzustecken. München 1812. Log über den Begriff der Polizei. S. 58.

ist vorhanden 1) so oft unter mehreren Bürgern über ein Verhältniß gestritten wird, dessen Regulirung dem Wirkungskreise der Polizeibehörde nach den ihr in dem Lande ertheilten Instructionen angehört, und wo kein Theil sich auf ein erworbenes Recht berufen kann, so daß bloß über das Daseyn oder die Auslegung dieses Rechts die Rede wäre, z. B. wenn zwei Gewerbe über ihre Gränzen, über die Arbeiten, die jeder verfertigen darf, streiten. 2) Polizeisache ist gleichfalls begründet, so oft ein Privatmann eine Forderung macht, welche ein dem Wirkungskreise der Polizei anvertrautes Verhältniß betrifft, wo der Fodernde sich nicht auf ein specielles Recht berufen kann, sondern bloß die Billigkeit, Zweckmäßigkeit, seiner Forderung behauptet, z. B. wenn jemand in einer Stadt als Gewerksmann aufgenommen werden will. 3) Wo bereits die Polizeibehörde eine in ihren Wirkungskreis einschlagende Handlung vorgenommen, oder eine Verfügung erlassen hat, durch welche sich der Privatmann beschwert glaubt, z. B. wegen Feuergefähr hat die Polizei einen Ofen abbrennen lassen. Bei Gelegenheit aller dieser Fälle kann dagegen ein wahrer Civilproceßstreit entstehen, sobald die streitige Frage (sie mag Hauptfrage in der Sache oder Nebenpunct seyn) auf das Daseyn oder die Auslegung eines speciellen, von einem Privatmann behaupteten, Privatrechts sich bezieht. Es kann entweder a) die ganze Sache, welche sonst eine Polizeisache wäre, sich in eine Justizsache verwandeln, z. B. wenn über die Gewerbsgränzen bereits durch Vergleiche oder rechtskräftige Urtheile entschieden ist, worauf sich ein Theil beruft; oder b) es erhebt sich bei der polizeilichen Verhandlung z. B. über Gemeindevertheilung, Forstpurification, ein Präjudizialpunct über eine Rechtsfrage, z. B. es beruft sich eine Partei darauf, daß ihm ein bestimmter Theil der Gründe, die man jetzt in die zu verurtheilende Masse ziehen will, als Eigenthum zustehet, daß der Theil also nicht zur Masse gehöre; oder c) während der polizeilichen Geschäftsbehandlung geht ein den nämlichen Gegenstand betreffender Streit bei dem Civilgerichte



fort, z. B. es soll bei dringender Gefahr gedämmt, oder ein den Einsturz drohendes Haus reparirt werden, wo die Polizei ihre Anstalten trifft, während die zwei Nachbarn bei Gericht über die Baulast streiten; oder d) aus der polizeilichen Entscheidung entspinnt sich ein Rechtsstreit, insoferne z. B. ein Bürger wegen Entschädigung für den durch polizeiliche Verfügung erlittenen Nachtheil gegen einen Privatmann klagt.

In allen diesen Fällen geht die polizeiliche Behörde und die Justizstelle ihren Gang fort, ohne daß unter ihnen Streit entstehen kann, da es bei genauerer Untersuchung immer andere Fragen sind, welche zur Entscheidung vorliegen, und andere Normen, unter welche subsumirt werden muß.

#### §. 11.

Wenn man auch die bisher geschilderte Trennung der Justizsachen und der Verwaltungsgegenstände zugab, so glaubte man doch eine Mittelart zu finden, bei welcher wegen ihrer gemischten Natur andere Gesichtspunkte eintreten müßten. Man fand Rechtsfachen, von welchen man nicht läugnen konnte, daß sie streitige Rechte und Verbindlichkeiten in Privatrechtsverhältnissen betreffen, bei welchen aber ein besonderer administrativer Gesichtspunkt vorwaltend schien. Man nannte solche Gegenstände Verwaltungsstreitigkeiten oder administrativ-contentiose Sachen<sup>49)</sup>. Diese letztere Bezeichnung ist in der französischen Gesetzgebung entstanden. So strenge die Gesetze von 16. — 24. August 1790, in Frank-

49) S. darüber besonders *Henrion de Pansey* de l'autorité judiciaire en France (2 édit.) p. 412. chap. XXV. *Macarel* elemens de jurisprudence administrative. Paris 1820. 2 vol. und derselbe in der Zeitschrift: *Thémis* ou bibliothèque du jurisconsulte t. I. p. 25. und 232. t. II. p. 255. und p. 329. *Sirey* in der Abhandlung: le conseil d'état und von den deutschen Schriftstellern am besten; *Kulencamp* Beiträge zu der Lehre von dem Verhältnisse der Rechtspflege zur Verwaltung nach der Verfassung Frankreichs und Westphalens. Göttingen 1813.

reich die Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt, und die Trennung derselben von der verwaltenden ausgesprochen hatten, so fing doch schon das Gesetz vom 11. Sept. 1790. an, die Verwaltungstreitigkeiten zur Entscheidung in letzter Instanz an den Staatsrath zu verweisen, bis erst durch's Gesetz vom 28. Pluviose des Jahres VIII. zur Entscheidung der administrativ, contentiosen, Gegenstände die jeder Präfektur beigegebenen Präfekturräthe als sogenannte wahre Gerichtshöfe eingerichtet wurden. Als die höhere über administrativ, contentiose Streitigkeiten erkennende Behörde galt der Staatsrath<sup>50)</sup>, für welchen in Ansehung dieser Streitigkeiten ein in mancher Hinsicht wichtiges Reglement sur les affaires contentieuses portées au Conseil d'état vom 22. Jul. 1806. erging, während spätere Gesetze einzelne Fälle zur Competenz des Staatsrathes verwiesen, bis die Ordonnanz vom 27. Juny 1814. und 23. August 1815. das Verhältniß dieser Stelle genauer bestimmten, und eine eigene comité du contentieux anerkannten. Zu den administrativcontentiosen Gegenständen gehören darnach:

1) alle Streitigkeiten unter Privatpersonen über Gegenstände, welche das Gesetz dem Wirkungskreise der administrativen Stellen zugewiesen hat, z. B. die Vertheilung der direkten Steuern, die Erhaltung des öffentlichen Eigenthums, der Forste, Flüsse, Straßen, die Leitung und Vorfertigung öffentlicher Arbeiten u. a.

2) Dem conseil de préfecture sind insbesondere zugewiesen die Entscheidung über Klagen der Privatpersonen zum Zwecke der Befreiung oder Verminderung der Steuern, über Streitigkeiten zwischen den Unternehmern öffentlicher Arbeiten und der administrativen Behörde über den Sinn und die Vollziehung der Bedingungen des abgeschlossenen Vertrags,

---

50) Sirey's classische Abhandlung de conseil d'état auch von seiner Ausgabe des Code de procedure civile annoté par Sirey, und Cormenin du Conseil d'état. Paris 1818.

über Klagen der Privaten auf Entschädigung wegen widerrechtlicher persönlicher Handlungen der Unternehmer, über Entschädigungsklagen wegen weggenommenen oder abgetretenen Terrains zur Befertigung von Straßen, Kanälen und öffentlicher Arbeiten, über alle auf den Wegebau sich beziehenden Streitigkeiten, über die Forderungen der Gemeinden wegen Autorisation zum Prozesse, über alle die Nationaldomänen betreffenden Streitigkeiten, selbst über Entschädigungsforderungen der Pächter, oder Gränzberichtigungsklagen.

3) Nach einem allgemeinen Grundsatz<sup>51)</sup> gehören alle Streitigkeiten über die Auslegung administrativer Akte nicht an die Gerichte, sondern an die conseils de préfecture, so wie

4) alle Reclamationen wegen der durch Akte der Administrativgewalt verletzten Privatrechte.

Nicht bloß die Präfekurräthe entscheiden Verwaltungsstreitigkeiten, auch der Rechnungshof und die Minister müssen als entscheidende Stellen betrachtet werden, und zwar erkeunt der Erste (an die Stelle der 1791. errichteten Commission de coneptabilité nationale getreten vorzüglich durch Decret v. 16. Sept. 1807. organisirt,) über alle Rechnungen, über Einnahmen des Schatzes, über Regie und Verwaltung der direkten Steuern, und die Rechnungen der verschiedenen Beamten. Daß auch die Minister wahre Entscheidungen in Gegenständen, die durchaus vor die Gerichtshöfe gehörten, geben, hat ein neuerer französischer Schriftsteller aus den vorhandenen Gesetzen überzeugend dargethan<sup>52)</sup>; so wie der nämliche bewiesen hat, daß auch die Präfekten nach den bestehenden Gesetzen ein wahres Richteramt ausüben<sup>53)</sup>. An

51) Arrêt vom 5. Fructidor l'an IX.

52) *G. Macarel* Introduction à la jurisprudence administrative in der Zeitschrift: *Thémis ou bibliothèque du jurisconsulte* t. II. livr. 9. p. 329 — 340.

53) *Macarel* in der *thémis*. t. II. p. 255 — 274.

einem Gesetze über die Ordnung des Verfahrens in Administrativstreitigkeiten fehlt es in Frankreich gänzlich, und nur über das Verfahren bei dem comité du contentieux bei dem Staatsrathe enthält das Decret vom 22. July 1806. einige magere Bestimmungen. Im Zusammenhange mit der französischen Ansicht über die Verwaltungstreitigkeiten steht auch das sogenannte Erheben der Conflict (elever des conflicts)<sup>54)</sup>. So oft ein administrativ:contentioser Streit an die gewöhnlichen Civilgerichte gebracht wird, so soll das Tribunal selbst verordnen, und die Staatsbehörde muß darauf antragen, daß die Sache zurückgewiesen werde. Wenn nun entweder kein Antrag auf Abweisung gestellt war, oder auch gegen den Antrag das Civilgericht doch die Instruction fortsetzt, so muß der Präfekt, entweder von Amtswegen, oder auf Antrag einer Partei, oder der Staatsbehörde, einen Conflict erheben, d. h. durch einen förmlichen Beschluß (arrêté) die Sache von dem Gerichte abrufen. Die französische Praxis unterscheidet hier einen conflit de jurisdiction, wenn zwischen verschiedenen Tribunalen ein Kompetenzstreit entsteht, und conflit d'attribution, wenn zwischen dem Civiltribunal und der Administrativbehörde Streit darüber entsteht, ob die Sache rein civilrechtlich oder administrativ:contentios sei; ein solcher conflit wird dann positiv genannt, wenn von den zwei Behörden jede die Sache als zu ihrer Competenz gehörig behauptet, negativ, wenn bei einer Sache jede Behörde, der die Sache von einer anderen zugewiesen worden ist, behauptet, daß sie nicht zu ihrer Competenz gehöre. So lange noch kein Conflict erhoben ist, kann das Tribunal noch gültig über seine Competenz sprechen; sobald dagegen Conflict förmlich erhoben ist, gelangt der Streit über die Competenz an den Staatsrath,

---

54) K u l e n k a m p Beiträge zur Lehre vom Verhältnisse der Rechtspflege u. s. w. S. 99. *Berriot*. St. Prix Cours de proced. civ. t. I. p. 92. *Sirey* de Conseil d'état nr. 84 — 102. *Cormenin* in der *Thémis* ou bibliotheque rel. t. I. p. 418.

der auf den Vortrag eines Ministers darüber durch Decret entschieden.

Als mehrere zu Frankreich gehörige Provinzen wieder an Deutschland zurückfielen, mußte das bisherige System bald eine Aenderung erleiden. In dem Generalgouvernement des Niederrheins wurden die Präfekturräthe durch Verordnungen vom 11. März und 12. April 1814. unter dem Titel: Landesdirectorialräthe beibehalten, während eine Brunerische Verordnung vom 4. Febr. 1814. sie im Generalgouvernement des Mittelrheins aufhob. Die vereinigte österreichisch: baierische Administrationscommission stellte in den ihr unterworfenen Gegenden den Präfekturrath unter dem Namen einer administrativen Justizcommission durch Verordnung vom 29. Sept. 1814. wieder her. Erst durch Verordnung v. 12. Nov. 1817. wurde in Rheinbaiern diese Commission aufgehoben, und mit Ausnahme weniger Gegenstände wurden die bisher als administrativ: contentiose erimirtten Sachen an die gewöhnlichen Gerichte gewiesen, was namentlich bei den Streitigkeiten über Forderungen der Grundeigenthümer wegen weggenommener Grundstücke zur Unterhaltung von Straßen, bei Streitigkeiten zwischen Verwaltungsbehörden und den Unternehmern der öffentlichen Arbeiten über den Sinn ihrer Contracte, und über Gültigkeit der Domänenverkäufe der Fall war. Die umfassendste Verordnung über diesen Gegenstand erfolgte in Rheinpreußen vom 20. July 1818. <sup>55)</sup> Die Streitigkeiten, welche bisher den Präfekturräthen übertragen waren, wurden nun unter die Verwaltungsbehörden und unter die Gerichte vertheilt. Den letzteren wurden namentlich zugewiesen alle Klagen wider Privatpersonen wegen Ersages vorbezahlter Steuern, Klagen wider eine Gemeinde auf Zahlung der für sie gemachten Lieferungen oder vollführten Arbeiten, Prozesse zwischen der Domänenverwaltung und den Käufern

55) Niederrh. Archiv, herausgeg. von Sandt und zum Bach IV. Bd. S. 274.

der Domäne, es mag über die Gültigkeit des Vertrags oder dessen Auslegung und Wirkungen Streit seyn, ferner Klagen der Verwaltung wider die Uebernehmer einer Lieferung, und der letzteren wider die Verwaltung, Klagen wider Unternehmer öffentlicher Arbeiten auf Ersatz des Schadens. Die Regierungen, also die Verwaltungsbehörden, entscheiden dagegen zwischen Steuerpflichtigen und Steuereinnehmern, wenn über die gegenseitige Berechnung Streit entsteht, zwischen den Gemeinden und Eigenthümern über die Streitigkeiten, wozu die von der Verwaltung gut gefundene Anordnung über die Richtung und Ausdehnung der Gemeindewege Anlaß gegeben hat, insoferne hierbei nicht über das Eigenthum gestritten wird, so wie in Angelegenheiten des Wasserstandes und der dem Eigenthümer einer Mühle zu verschaffenden Vorfluth mit Rücksicht auf das gegenseitige Interesse der Bodenkultur, und des Müllers, oder anderer Stromberechtigten; die Regierungen bestimmen auch die Höhe des Wasserstandes, insoferne dieser Gegenstand nicht durch Vergleiche, Verträge, oder sonst auf eine unwiderrufliche Art entschieden ist. —

Von den deutschen Staaten hat vorzüglich Baiern den Unterschied zwischen reinen Verwaltungssachen, Justizsachen, und administrativ contentiosen Gegenständen, mit Bestimmtheit gesetzlich durchgeführt. Die über die Scheidung der Polizeisachen ergangenen Verordnungen sind schon oben angeführt worden. Nachdem schon 1799. eine Verordnung v. 11. Januar <sup>56)</sup> den Grundsatz ausgesprochen hatte, daß die in Polizeisachen entstehenden Streitigkeiten zwischen den Handwerkern, und sonst über einen das Publikum vorzüglich interessirenden Gegenstand, nicht mehr vor das forum civile gezogen werden sollen, wurden bald auch andere Gegenstände, bei welchen ein überwiegendes Interesse des öffentlichen Wohls die Anwendung des gewöhnlichen Pro-

56) Mayrische Generalsammlung VI. Bd. S. 121.

ceßganges bedenklich zu machen schien, unter dem Namen administrativ : contentiose Sachen an die Verwaltungsbehörden, jedoch so, daß ihnen ein richterlicher Charakter beigelegt wurde, für diese Fälle, die förmlich instruirt wurden, gewiesen; dahin gehörten die Landescultursachen und Proceße über Antheil der Gemeindeglieder an Vertheilung der Gemeindegünde <sup>57)</sup>, ebenso Forstservitutskreitigkeiten hinsichtlich der Ablösung derselben <sup>58)</sup>, die streitigen Nachsteuerverhältnisse <sup>59)</sup>, Rechtsstreitigkeiten über Repartition der Kriegslasten <sup>60)</sup>, Gewerbsstreitigkeiten <sup>61)</sup>. Als die Behörden zur Entscheidung dieser Gegenstände in zweiter Instanz wurden die Generalkreiscommissariate, und später die, Regierungen genannten, Oberadministrativstellen bestimmt <sup>62)</sup>, und in oberster Instanz entschied der geheime Rath <sup>63)</sup>, an dessen Stelle seit 1817. eine eigene Staatsrathskommission trat, welche unter dem Vorsitze eines Staatsrathes durch eine aus drei Ministerialräthen und drei Centralräthen des Generalfiscalats zusammengesetzte Commission gebildet wurde <sup>64)</sup>.

Auf eine ähnliche Weise waren in den meisten Staaten einzelne Rechtsstreitigkeiten, wenn auch nicht unter dem Namen administrativ : contentiose, doch wegen administrativer Rücksichten, der Competenz der Civilgerichte entzogen, und an andere und zwar Verwaltungsbehörden gewiesen, z. B. bei Gemeinheitsstheilungs : Gegenständen, in Lotteriesachen, und in

57) Verordn. v. 24. Dec. 1802. 25. Febr. 1803. 24. Oct. 1804.  
Verordn. v. 13. Febr. 1805. und spätere Verordn. v. 17. Jul.  
1808. 30. Jan. und 8. August 1810.

58) Verordn. vom 18. Jan. 1805.

59) Verordn. vom 27. März 1817.

60) Verordn. vom 27. März und 15. April 1817.

61) Verordn. vom 8. Aug. 1810. 2. Oct. 1811. 1. Jul. 1812.

62) Verordn. vom 17. Jul. 1808. u. vom 27. März 1817.

63) Verordn. vom 11. Jun. 1808. u. 8. Aug. 1810.

64) Verordn. vom 3. May 1817.

Streitigkeiten über Besetzung der Bauernhöfe <sup>65)</sup>. Ein neues Gesetz der Republik Bern vom 6. Juny 1818. über Administrativstreitigkeiten hat der Verfasser dieses Aufsatzes bereits in dieser Zeitschrift mitgetheilt <sup>66)</sup>. Mehr aber als einzelne legislative Erscheinungen interessiert uns die Art, auf welche ein geistreicher Rechtsgelehrter <sup>67)</sup> in seinem Entwurfe eines Proceßgesetzbuchs diese gemischten, und, wie er sie selbst nennt, administrativ, contentiosen Sachen rechtfertigt, und verlangt, daß man dafür besondere Gerichte, welche mit den Administrativbehörden durch Beilegung des richterlichen Charakters vereinigt sind, anordne. v. G ö n n e r rechnet dahin alle Rechtsfachen, welche zwar streitige Rechte und Verbindlichkeiten im Privatrechtsverhältnisse angehen, aber theils die Staatsverwaltung mit berühren, theils nach besonderen administrativen Normen und Verordnungen zu entscheiden, daher gemischter Natur sind. Die Rechtmäßigkeit der Anordnung besonderer Gerichte für solche Sachen kann nach v. G ö n n e r nicht bestritten werden, da zu allen Zeiten und unter allen Legislationen mehrere besondere Gerichte für Gegenstände, deren Beurtheilung besondere Kenntnisse außer dem Rechtsstudium fordert, sich als vortheilhaft bewährt hätten, wie dieß sich bei Handels- und Bergwerksstreitigkeiten zeige. Die richtige Anwendung vieler administrativer Normen fordern besondere technische Kenntnisse, eine genaue Uebersicht aller administrativen Verordnungen, und Erfahrung und Uebung in solchen Geschäften. Diese Eigenschaften sollen den Juristen mangeln, und so sei es räthlicher, den administrativen Behörden dafür das Richteramt zu übertragen, besonders da man bei ihrer Bestellung ohnehin auf Männer Rücksicht nehme,

65) S. B. von Hannover s. in D e s t e r l e i Handb. des hannöver. Proceßes. 1r Thl. 1. Abth. S. 91 — 129.

66) Archiv für die civil. Praxis III. Bd. S. 242.

67) v. G ö n n e r in den Motiven des Entwurfs eines Gesetzbuchs in bürgerl. Rechtsfachen S. 54 1c.



welche Rechtskenntnisse besäßen. v. Gönner glaubt, daß man durch solche Administrativgerichte auch den Vortheil gewinne, daß dann dem alten Streite über die Gränze zwischen Justiz- und Regierungssache vorgebeugt wäre. Oft erschienen solche Gegenstände anfangs in rein administrativer Gestalt, würden dann wegen des Widerspruchs contentios, und zuweilen könne durch eine rein administrative Verfügung dem ganzen Streite ein Ende gemacht werden. Eine Hinweisung solcher Gegenstände an die Civilgerichte nütze auch nichts, da in den meisten Fällen die Gerichte aus Mangel an technischen Kenntnissen ein Parere der Sachverständigen einholen müßten, für welche die Regierung doch wohl Niemand als ihre administrativen Behörden gelten lassen könnte. Die Civilgerichte müßten es doch bei diesem Parere lassen, und hätten höchstens die Ehre, die Maschine zur Verkündung desjenigen zu seyn, was jene Behörden geurtheilt hätten. Die administrativen Behörden könnten endlich auf rein administrativem Wege nachhelfen, wo hiezu den Gerichten alle Mittel fehlten; sie könnten durch neue Vergleichen den Streit heben, dem Betheiligten an einem andern Orte eine Unterkunft verschaffen u. a. Der Verfasser dieses Aufsatzes hat sich seines Wissens wohl zuerst gegen diese administrativ-contentiosen Gerichte erklärt <sup>68)</sup>, und bald folgten andere Schriften von Rudhart <sup>69)</sup> und Spaun <sup>70)</sup>. Auf eine ähnliche Weise wie v. Gönner rechtfertigt auch Desterlei <sup>71)</sup> die Entziehung gewisser Rechtsfachen von den ordentlichen Civilgerichten, indem a) einige dieser Sachen nicht nach dem langsamen und genau

68) in der Rezension des Gönnerischen Entwurfs in der Halleschen Literaturzeitung 1816. Nr. 184.

69) in der Schrift: über die Verwaltung der Justiz durch die administrativen Behörden. Würzburg 1817.

70) in seinen politischen und literar. Phantasien (Germanien 1817.) Nr. IV.

71) Handbuch des hannöver. Processus 1r Thl. S. 91.

abgemessenen Formen des Processes geleitet werden könnten, ohne dadurch dem öffentlichen Wohle zu schaden, sodann b) nicht solche Gesetze zur Anwendung kämen, welche die persönlichen Verhältnisse einzelner Bürger bestimmten, und den streitigen Fall entschieden, sondern sehr oft allgemeine Grundsätze, persönliche oder Zeit- und Ortsverhältnisse, und allgemeine Instructionen, berücksichtigt werden müßten, ferner c) auch bey einigen Sachen, die an und für sich Justizsachen wären, Gegenstände in Frage kämen, welche andere Rechte der obersten Gewalt, als die zu der rechtsprechenden gehörten, betreffen, und die, ihres höhern oder ausgedehnteren Interesses wegen, es nöthig machten, die Sache nicht processualisch von den ordentlichen Gerichtshöfen behandeln zu lassen. In dem Vorberichte zu dem bernischen Entwurfe einer Processform 72) wird bemerkt, daß es Privatrechte und Verhältnisse der Staatsbürger gebe, die mit der allgemeinen Staatsorganisation, oder mit der Staatsverwaltung überhaupt, oder einzelnen Zweigen derselben, in so unmittelbarer Verbindung ständen, daß sie, ohne den größten Nachtheil für den Staat, unmöglich außer aller Beziehung auf die allgemeinen Verhältnisse bloß nach den Regeln des strengen Privatrechts entschieden werden könnten, daß aber der ordentliche Richter, dem jeder andere Gesichtspunkt, als der des strengsten Rechts, fremd bleiben müsse, darüber nicht entscheiden könne, daß vielmehr diese Gegenstände einer solchen Behörde übertragen werden müßten, welche dabey auch die Harmonie des Ganzen und den ungestörten Gang der Staatsverwaltung überhaupt berücksichtigen könne; bei solchen Gegenständen könnten auch die Regeln der Verhandlungsmaxime nicht unbedingt angewendet werden, indem außer den streitenden Partheien auch eine dritte, der Staat, dabei interessirt sey.

Wo nun ein Recht oder Verhältniß streitig ist, über

72) S. den Abdruck der Stelle in diesem Archiv Bd. III. S. 375.

welches der Staatsbürger durchaus frei verfügen kann, ohne daß diese Verfügung auf den Organismus des Staats, oder auf den Gang seiner Verwaltung einwirkt, da ist nach der Ansicht des bernischen Entwurfs ein Civilfall vorhanden; wo dagegen das streitige Verhältniß oder Recht mit einer allgemeinen Staatsseinrichtung, oder mit einem Zweige der Staatsverwaltung, in unmittelbarer Verbindung steht, da ist ein administrativ:contentioser Fall vorhanden. Nach anderen Schriftstellern <sup>73)</sup> ist eine Verwaltungsstreitigkeit dann anzunehmen, wann eine Streitigkeit da ist, welche durch einen Akt der öffentlichen Verwaltung veranlaßt wird, und deren Entscheidung von der Beurtheilung dieses Akts abhängig ist.

Wenn man alle diese Rechtfertigungsgründe erwägt, so entstehen immer noch die Fragen: ist die Aufstellung einer von reinen Verwaltungs- und von Justizsachen getrennten Mittelart der administrativ:contentiosen Sachen nothwendig? Sind durch Verweisung derselben an eigene Behörden die Forderungen des Rechts nicht verletzt? Unverkennbar sind unter den administrativ:contentiosen Streitigkeiten mehrere, welche, bei genauerer Betrachtung, reine Verwaltungssachen sind, und wo dem Civilrichter es an positiven Normen zur Entscheidung ebenso fehlen würde, als dem Kläger die Berufung auf ein begründetes Recht mangelt, z. B. in Gewerbstreitigkeiten, in den meisten Forstproceffen, in Steuer Sachen u. s. w.; allein es kommen andere Sachen vor, bei welchen die Verteidiger der neuen Abtheilung selbst gestehen, daß sie eigentlich Justizsachen wären, daß es auf wahre Privatrechte ankomme — wo sie aber höhere Rücksichten für die Nothwendigkeit der Abrufung von den ordentlichen Gerichten finden. Nur von solchen Gegenständen kann hier die Rede seyn. Jeder, welcher ein nach den bestehenden Gesetzen geschütztes Recht erworben hat, und in der Ausübung desselben verletzt wird,

73) B. W. Kulenkamp in der Schrift über das Verhältniß der Rechtspflege 2c. S. 75.

muß die Befugniß haben, dasselbe verfolgen und dafür den richterlichen Schutz anrufen zu können; er kann fordern, daß unabhängige, selbstständige, zum Richteramte ausschließlich bestimmte, Personen über das von ihm behauptete Daseyn des Rechts und der Verletzung durch Prüfung der vom Kläger geführten Beweise entscheiden, und den Fall unter das Gesetz subsumiren. Wer der Gegner desjenigen ist, der einmal auf ein Privatrecht sich berufen kann, ist völlig gleichgültig. Die Fragen können nun bloß seyn: 1) Wird in der Natur der Privatrechte dadurch, daß das Recht mit allgemeinen Staats- einrichtungen zusammenhängt, überhaupt etwas verändert? 2) Kann dem gewöhnlichen Civilrichter die Entscheidung darüber nicht anvertraut werden? 3) Sind die Richter, welche den Partheien statt der gewöhnlichen Richter angewiesen werden sollen, ebenso beschaffen, als jede Privatparthei es von dem Richter, dem sie trauen soll, verlangen kann?

Die erste Frage muß durchaus verneint werden — unter Voraussetzung, daß nicht etwa Gegenstände hieher gerechnet werden, welche wir nach den oben angegebenen Merkmalen selbst zu den Verwaltungssachen rechnen. Bei wahren Rechtsachen aber, die man nur aus sogenannten höheren Gründen zu den administrativ-contentiosen Gegenständen zählt, ist es nur eine Täuschung und Verwechslung der Gesichtspunkte, wenn man die Rechtsaufsicht bei ihnen verändert findet. Allerdings bieten diese Fälle eine zweite Betrachtungsweise dar, insoferne a) der Staat den einzelnen Fall in seinem Zusammenhange mit allen Fällen dieser Art würdigt, und, vielleicht belehrt durch die Nachtheile des einzelnen Falles, für die Zukunft durch Gesetze vorbeugt; oder b) insoferne der Streit mit einer ausgedehnten, auf das öffentliche Wohl berechneten, Einrichtung des Staates zusammenhängt, und es auf eine Anwendung der allgemeinen Verwaltungsnormen ankäme, wenn nicht durch das in der Mitte liegende Recht der Streit ein Rechtsstreit würde, z. B. in Steuersachen; oder insoferne c) der ganze Streit nur ein Verwaltungsstreit ist, in

welchem bloß als Incident oder Präjudicialpunkt ein Rechtsstreit durch eine einzelne Rechtsfrage veranlaßt wird, z. B. in Culturstreitigkeiten; oder d) insoferne der Staat den einzelnen Verwaltungsakt der Behörde, welche dadurch ein bestehendes Recht eines Privatmannes verletzt hat, unabhängig von der juristischen Entscheidung insoferne würdigt, als der Beamte nach seiner Pflicht und Instruction gehandelt hat. In allen diesen Fällen schadet der rechtliche Streit, wenn er rein juristisch entschieden wird, dem öffentlichen Wohle durchaus nicht. Es ist dieses die Natur des Rechts, daß sich der Richter bei der Entscheidung darüber um Rücksichten der Billigkeit oder Zweckmäßigkeit gar nicht kümmert, sondern nur den einzelnen Fall unter die bestehenden Gesetze subsumirt; der Richter stört dagegen auch den Staat in seinen größeren, auf das Ganze berechneten, Einrichtungen nicht; er fragt nicht, wenn derjenige, dessen Eigenthum vom Staate zu öffentlichen Zwecken weggenommen ist, wegen Entschädigung Klage erhebt, „ob der Staat befugt war, das Eigenthum wegzunehmen?“ sondern er bestimmt nur den Maasstab und die Größe der Entschädigung. Wenn der Staat die Steuerfreiheit aller Adlichen aufhebt, und nun der Einzelne ein titulo oneroso erworbenes Privilegium der Freiheit producirt, so bleibt das allgemeine Steueredict aufrecht stehen, und dem Einzelnen Berechtigten wird Entschädigung geleistet. — Wenn in einer Gewerbstreitigkeit die an sich polizeilich ist, der Kläger sich auf einen speciellen Titel der Uebergabe eines Realgewerbes berufen kann, so kann die Polizei allerdings prüfen, ob der Kläger die allgemeinen Erfordernisse habe, welche nach den Gewerbspolizeigesetzen zur Ausübung eines Gewerbs gehören. Man begreift nicht, wie die rechtliche Entscheidung, wenn sie das Gericht fällt, dem Staate nachtheilig werden soll — der Standpunkt des Richters ist ein anderer, als der der administrativen Stelle, welche in ihren Operationen, die sich immer auf das Ganze beziehen, fortschreitet. Fast sollte man glauben, daß man Lust hätte, solche Streitigkeiten nicht juristisch,

das Recht also nicht als solches beurtheilen lassen. Man will, wie man sich ausdrückt, eine Behörde dafür aufstellen, welche auch die Harmonie des Ganzen, und den unge störten Gang der Staatsverwaltung berücksichtigen könne. Gerade darin aber liegt eine Zerstörung der heiligen unbestechlichen Natur des Rechts — unter schönen Vorwänden geht das Recht unter, aus Rücksichten der Politik, angeblicher Zweckmäßigkeit u. s. w., und wird gedreht, wie man es braucht. Will man aber überall einen administrativ: contentiosen Fall annehmen, wo das streitige Recht mit einer allgemeinen Staatseinrichtung, oder einem Zweige der Staatsverwaltung, in unmittelbarer Verbindung steht, so wird man die Zahl nach Belieben vermehren können; jede Mühlenstreitigkeit, jeder Streit über Bezahlung alter Gemeindefschulden, über Vertreibung eines Bauers vom Hofe, jeder Forst- und Bergproceß, kann dann auch administrativ: contentios genannt werden.

Fragt man um die Gründe, aus welchen den Civilgerichten die Entscheidung nicht anvertraut werden kann, so befriedigt das von den Vertheidigern dafür Angeführte durch aus nicht. Auch hier liegt die zuvor angedeutete Verwechslung der Gesichtspuncte zum Grunde. Man will überreden, daß in solchen Streitigkeiten der Richter administrative Handlungen nach administrativen Normen zu beurtheilen habe — was gar nicht der Fall ist. Unter der Voraussetzung, daß ein wahres Privatrecht in Frage stehet, beschränkt sich die richterliche Thätigkeit nur auf die Beantwortung der Fragen: a) ob das vom Kläger behauptete Recht wirklich vorhanden ist? b) welche Ansprüche vermöge dieses Rechts nach den bestehenden Gesetzen dem Kläger rechtlich zustehen? Um das Erste zu beantworten, bedarf der Richter nur einer Prüfung der vorhandenen Beweise, und bei der zweiten Frage leitet ihn die Kunst der richtigen Auslegung der Gesetze, und der Subsumtion bewiesener Thatsachen unter das Gesetz. Beide Eigenschaften müssen jedem Richter zugetraut werden können — andere Kenntnisse braucht er eben so wenig, als er administras

tive Normen nach ihrer Zweckmäßigkeit beurtheilt. Wenn derjenige, der auf ein Privilegium der Steuerfreiheit sich beruft, bei Gericht klagt, so entscheidet der Richter: ob das Privilegium vorhanden ist; wenn jemand, der ein Gewerbe an einen Andern verkaufte, auf das dem Vertrage beigefügte pactum reservati dominii sich beruft <sup>72)</sup>, so legt der Richter dies pactum aus, und setzt die rechtlichen Wirkungen desselben fest; wenn über einen zwischen der Verwaltungsbehörde und dem Unternehmer abgeschlossenen Vertrag wegen Lieferungen Streit darüber entsteht, wie der Vertrag auszulegen ist, so legt das Gericht diesen Vertrag, wie jeden Privatvertrag, nach den allgemeinen Regeln des Civilrechts aus, ohne in die Untersuchung sich einzulassen: ob der Vertrag zweckmäßig abgefaßt war. Die Frage, welche daher auch in administrativ-contentiosen Sachen das Gericht angeht, ist höchst einfach, und ihre Beantwortung erfordert keine anderen Kenntnisse, als sie bei reinen Justizsachen nothwendig werden. Allerdings kommen bei der Auslegung der Verträge, Subsumtion unter das Gesetz, und der Prüfung der Beweise, Fragen vor, die eine technische Beurtheilung erfordern, wo daher der Richter von Sachverständigen die nothwendigen Aufklärungen einholt, und auf dem abgegebenen Gutachten weiter fortbaut; dies ist in vielen Civilproceffen der Fall, z. B. in Mühlenstreitigkeiten, bei heraldischen Fragen, in Bergwerks-sachen u. dgl. Der Richter stellt in diesen Fällen die bestimmten Fragen zur technischen Beurtheilung, ohne daß er deswegen die Ehre des Richteramtes den Sachverständigen überläßt. Will man von verwickelten Gegenständen sprechen, so können gewiß Mühlenproceffe und Streitigkeiten über Wasserlauf und handelsrechtliche Sachen vorzüglich dahin gerechnet werden; zum Glück aber werden doch von den Gerichtshöfen dergleichen Proceffe eben so gründlich entschieden, als es irgend ein Mühlengericht thun könnte. Der Richter macht sich nur

72) Ein Fall dieser Art in den Jahrbüchern.

Nur, welcher der rechtliche Gesichtspunkt ist, überläßt es, wenn die Partheien gewisse Thatsachen behaupten, deren Beweis ohne kunstmäßige Bildung nicht geliefert werden kann, den Partheien, sich an die geeigneten Personen zu wenden, und durch sie die Aufklärung geben zu lassen, z. B. über Pferdekrankheit<sup>73)</sup>, oder daß Gericht wendet sich von Amtswegen wegen der Beantwortung vorkommender Mittel-Fragen an Sachverständige. Es ist nicht einzusehen, warum dies Verfahren nicht eben so gut in den Fällen, wenn bei administrativ-contentiosen Sachen technische Fragen vorkommen, beobachtet werden soll. Behauptet die Verwaltungsbehörde, daß nach gewissen administrativen Normen eine bestimmte technische Handlungsweise vorkomme, und daß von der Kenntniß dieser Normen die Beurtheilung des in Frage stehenden Aktes abhänge, so producirt die Verwaltungsbehörde diese Normen, und der Richter stellt, wenn ihm Zweifel bleiben, bestimmte Fragen über den angeblichen technischen Zusammenhang, und man wird ihm noch soviel gesunden Verstand, und soviel Kenntniß zutrauen, daß er die Antworten auf seine Fragen mit den Gesetzen vergleichen könne. Um z. B. die Handlungsweise eines der Unterschlagung angeklagten Postbeamten beurtheilen zu können, muß der Criminalrichter allerdings Manches über die gewöhnlichen Postmanipulationen und den Postgeschäftsgang kennen, um nur manche Indicien beurtheilen zu können; allein man findet hier keine Schwierigkeit, und gesellt entweder zur Sitzung einen Postbeamten zu, der einzelne Fragen beantwortet, oder man fordert von der Postbehörde über einzelne Zweifel Aufklärung. — Es ist aber, wenn man selbst die Fälle der administrativ-contentiosen Prozesse durchgeht, nicht einmal so häufig, daß technische Fragen vorkommen, und die bloße Rechtskenntniß genügt zur Entscheidung der Rechtsfrage, wenn der Richter nur nicht über seine natürlichen Gränzen ausschweift. Wenn v. G ö n n e r meint,

73) Archiv für die civil. Praxis II. Bd. S. 121.



„daß, wenn ein Parere von Sachverständigen nothwendig wäre, die Regierung doch wohl nur ihre administrativen Behörden als Sachverständige gelten lassen könne“, so können wir diese Behauptung mit den Grundsätzen, die über den Beweis durch Sachverständige gelten, nicht vereinigen. Verwaltungsbehörden sind in den meisten administrativ-contentiosen Prozessen Parteien, entweder weil sie ein Recht nicht anerkennen wollen, oder weil einer ihrer Akte beurtheilt werden soll. Schwerlich kann man aber der Privatpartei zumuthen, und dem nupartheiischen Richter zutrauen, daß die erste solche Behörden als Sachverständige benennen, oder der zweite sie aufrufen werde, welche als verdächtig und untüchtig verworfen werden müßten. Wenn v. G ö n n e r behauptet, „daß auch im Falle, wenn man die Behörden als Sachverständige beiziehen wollte, der Richter doch an ihr Parere gebunden wäre, und nur Maschine zur Verkündung desjenigen seyn würde, was jene Behörden geurtheilt haben“, so könnte man eben so gut dies in allen Fällen sagen, wenn Sachverständige beigezogen werden, wo die Rechtsfrage, z. B. bei Pferdewandlungsflage oft höchst einfach ist, so bald die Thatsfrage durch die Sachverständigen beantwortet wurde — ohne daß es hier jemanden beifällt, zu behaupten, daß der Richter nur die Maschine der Nothgeschwornen sei. Wenn endlich daraus, „daß die administrativen Behörden Sachverständige wären“, gefolgert wird, daß man sie lieber sogleich zu Richtern machen könne, so scheint dieser Schluß sehr gewagt. Zum Richteramte gehören Eigenschaften, welche demjenigen, der noch so trefflicher Verwaltungsbeamter ist, nicht nothwendig zugetraut werden können; um in einem Rechtsstreite das Urtheil fällen zu können, muß man im Stande seyn, die Rechtsfrage richtig zu beantworten, die technische Frage ist nur eine Vorfrage, die von dem, der sie beantworten soll, eigenthümliche Kenntnisse fordert. — Soll es nun nicht ein Sprung seyn, von dem Besitze der Eigenschaften zur Beantwortung einer Vorfrage des Urtheils, auch auf

den Besitz aller Eigenschaften zu schließen, die zur Urtheilsfällung überhaupt gehören? Wenn man deswegen, weil die administrativ: contentiosen Fälle nicht nach den langsamen und abgemessenen Formen des Proceßganges instruiert werden könnten, die Verwaltungsbehörden zu Richtern machen will, so scheint man vergessen zu haben, daß es überhaupt mit dieser Klage über die langsamen Proceßformen nicht so schlimm steht, daß dieser wohl bedachte, alles Tumultuarische entfernende, stäte Gang <sup>74)</sup>, und diese Formen, Bedingungen der Gründlichkeit sind, die man leider so gerne der gerühmten Schnelligkeit, der Cardinaltugend der Verwaltungsbehörden, opfern möchte; man scheint nicht zu bedenken, daß da, wo es an bestimmten Formen im Verfahren fehlt, Willführ ihren Deckmantel findet und das Vertrauen der Parteien geschwächt wird, und daß gerade in der Hinweisung der administrativ: contentiosen Sachen an die Verwaltungsgerichte ein wichtiger Grund der Besorgniß in dem formlosen, höchst willkürlichen, durch nichts zu controlirenden, für jeden einzelnen Fall zu schaffenden, Verfahren liegt <sup>75)</sup>. Besorgt man wirklich Nachteile, wenn die Formen des ordentlichen Proceßganges auf solche Gegenstände angewendet würden, so kann man ja einen summarischen Proceß bei den ordentlichen Gerichten ebensowohl, wie in Handels-, Wechselfachen u. s. w., eintreten lassen <sup>76)</sup>, ohne daß man deswegen auf das Extrem springt, und den Gerichten diese Fälle ganz abnimmt.

74) *Berenger de la justice criminelle* sagt S. 355. „on objectera la longueur des instances; mais si l'on veut être vrai, croit-on, qu'elles soient plus abrégées devant des conseils de préfecture, et ne sait-on pas, que ce n'est quelque fois qu'après une année de sollicitations, qu'on parvient à y obtenir un arrêté?“

75) S. die Klagen der franzöf. Schriftsteller, *Macarel* l. c. in *Themis* t. I. p. 248.

76) *Archiv für civil. Praxis* III. Bd. S. 283.

Glaubt man endlich, wie der Vorbericht des bernischen Entwurfs es thut, „daß bei solchen Streitigkeiten die reine Verhandlungsmaxime nicht anwendbar sey, daß sie vielmehr durch Beisätze der Untersuchungsmaxime insoweit gemischt werden müsse, als es nöthig ist, auch das Gemeininteresse zu haben“, so ist theils hier eine ungegründete und zu scharfe Trennung der beiden Maximen gemacht, theils ist wieder nicht einzusehen, warum nicht das ordentliche Civilgericht auch diesen angeblich nothwendigen Untersuchungsproceß durchführen könnte — theils läuft alles nur auf die Einführung des mündlichen Verfahrens statt des schriftlichen hinaus, wo sehr wohl auch das ordentliche Gericht diesen mündlichen Proceß leiten könnte<sup>77)</sup>. Es wird der vielvermögenden Verwaltungsbehörde, die als Gegner auftritt, nicht schwer fallen, durch die große Masse ihrer Beweise und Gründe die Gerechtigkeit ihrer Behauptungen bei Gericht darzuthun, und so wäre höchstens für die Privatpartei, nicht aber für die Verwaltung oder den Staat, etwas zu besorgen.

Wenn aber wegen mancher Eigenthümlichkeiten dieser Gegenstände der Staat doch die Anordnung besonderer Gerichte dafür als nothwendig erkennt, sollte man gegen diese Gerichte etwas einwenden können, wenn man erwägt, daß schon lange für Gegenstände, deren Beurtheilung besondere Kenntnisse außer dem Rechtsstudium fordert, besondere Gerichte bestanden, z. B. Handels-, Berggerichte u. a.? Schwerlich möchte aber diese Berufung den vorgeschlagenen administrativ-contentiosen Gerichten günstig seyn. Alle Handels-, Berg- und andere ähnliche Gerichte sind wahre Gerichte, in welchen die mit dem Geschäftsgange dieser Art vertrauten, unabhängigen und unparteiischen, Personen Recht sprechen; während man bei den sogenannten Administrativgerichten die Verwaltungsbehörden, also diejenigen, die bisher in der

77) S. auch Archiv für civ. Praxis III. Bd. S. 384.

Sache verfügten, daher partheiische, mit dem Richter: amte gar nicht vertraute, Personen in Richter verwandeln will. Auch hat man in neuerer Zeit mit Recht an der Zweck: mäßigkeit und Nothwendigkeit der Wechsel: und Berggerichte ge: zweifelt; man weiß, daß sie ihren Ursprung der alten Au: tonomie, dem ehemaligen Grundcharakter, nach welchem jede Corporation auch ihre eigenen Gerichte hatte, und ähnlichen politischen Gründen, verdanken, und was v. Leibniz<sup>78)</sup> gegen diese fora causarum privilegiata bemerkt, verdient alle Beachtung. Wohl kann das, was er gegen diese fora sagt, auch auf unsere Administrativgerichte angewendet wer: den. Mit Recht findet er, daß durch Beziehung der Kunst: verständigen bei den ordentlichen Gerichten viel mehr, als durch Anordnung eigener Gerichtshöfe, gewonnen werde. Schon hat man mit Glück in manchen Staaten, z. B. in Baiern<sup>79)</sup>, die Bergwerksachen den gewöhnlichen Gerichten überlassen, nur so, daß in erster Instanz der Bergbeamte, in zweiter und dritter aber Bergräthe, zu den Gerichten ad: jungirt werden.

Vor allem aber verdient die Frage eine Betrachtung: ob die Richter, welche den Partheien statt der gewöhnlichen Richter angewiesen werden sollen, von der Art sind, wie jede Parthei es von dem Richter, dem sie trauen soll, er: warten kann? Die Bürger sind rechtsbefugt, zu verlangen, daß die ihnen angewiesenen Richter mit so viel Umsicht, Rechtskenntniß, Selbstständigkeit und Unabhängigkeit, daste: hen, daß die Partheien, indem sie sich an diese Richter wen: den müssen, für den Verlust ihrer Freiheit, sich beliebig Richter zu wählen, hinreichend entschädigt sind<sup>80)</sup>.

78) Versuch über das Ideal einer Gerichtsordnung 1r Thl. S. 67.

79) Baiertische Verordn. vom 14. Sept. 1809.

80) Meine Schrift: Der gemeine deutsche Proceß in Vergleichung mit dem preuß. und franz. Civilverfahren S. 9.

Betrachten wir darnach die Verwaltungsrichter von Seite ihrer Rechtskenntnisse, und ihrer äußern Stellung, so möchten ihre Eigenschaften nicht diejenigen seyn, welche den Partheien Vertrauen einflößten. Wenn *Berenger* <sup>81)</sup> von den *conseils de prefecture* sagt: »ces conseils n'ont une *physionomie judiciaire*, wenn er weiter fortfährt: »ce sont de veritables commissions.— les membres qui les composent ne sont point des juges; ils n'ont ni les moeurs, ni le caractère, ni la dignité: ils sont privés d'indépendance, et leurs institutions violent la charte qui veut, que la justice soient rendue par des juges inamovibles,“ so paßt diese Bemerkung wohl auf alle Verwaltungsgerichte. Wie kann erwartet werden, daß der Bürger Vertrauen zu dem Richter haben werde, wenn derjenige, welcher seit Jahren in administrativer Eigenschaft Rechte bedrohte, oder verletzete, da, wo der Bürger endlich einen gerechten Anspruch über sein Recht erwartet, wieder als Richter auftritt, und nur den Namen ändert. Unsere Gesetze gestatten (und daß sie liberaler sind, als manche unsrer Praktiker gerne deduciren möchten, ist neuerlich überzeugend bewiesen worden,) <sup>82)</sup> jeder Parthei, den Richter, wenn sie auf irgend eine Art ihr Mißtrauen gegen seine Unparteilichkeit wahrscheinlich machen kann, zu perhorresziren, und hier erhebt man ein ganzes Collegium zum Gerichte, welches als Verwaltungsbehörde im besten Falle die Rechte des Staats zu schützen hat, die Handlungen der Unterbeamten nicht gerne dem Tadel Preis gibt, oder selbst bisher das Geschäft geleitet, oder den Vertrag eingegangen hat, über welches jetzt entschieden werden soll. Wer kann hier bei dem Kläger Zweifel und Besorgnisse unterdrücken? Welches Vertrauen soll das Publikum haben, wenn es den Chef der

81) de la justice criminelle en France p. 349.

82) *Loh*, civil. Abhandlungen zur Berichtigung einzelner Punkte der Proceßtheorie Nr. II.

Regierung, der bisher die verlegenden administrativen Verfügungen unterzeichnete, unter dem sogenannten Urtheile als Richter unterzeichnet findet? wer weiß nicht, daß die Kunst der Verwaltung ein von dem Richteramte durchaus verschiedenes Talent, andere Kenntnisse und Eigenschaften, fordere? wem ist es unbekannt, daß jeder Verwaltungsbeamte bei der unendlichen Mannigfaltigkeit der Fälle überall nach Rücksichten des Augenblicks und des Lokals verfügen muß, daß das, was man Zweckmäßigkeit, höhere Politik, Natur der Sache, oder Forderung des Staatswohls nennt, unbestimmte, schön klingende, Worte sind, in die man hineinlegen kann, was man will, die man anwenden kann, wie man sie braucht? Wem entgeht die Erfahrung, daß durch lange und ununterbrochene Beschäftigung mit gewissen Gegenständen, und durch eine gewisse Geschäftsbehandlung, eine solche eingewurzelte Gewohnheit entsteht, daß man sie schwer ablegen kann? Soll man nicht besorgen, daß dem immer mit Rücksichten der wechselnden Zweckmäßigkeit vertrauten, und an das Anpassen nach dem Bedürfnisse des Augenblicks Gewöhnten, das Richteramt, dessen Natur durchaus dem Charakter der Verwaltung widerstrebt, schwer falle, und daß er das Richteramt als sein Nebengeschäft, nach dem Muster des Hauptgeschäfts, betreibe? — Gebt der Verwaltung, was der Verwaltung ist — laßt der Justiz, was ihr gebührt! — Laßt uns gestehen, daß der mit regsamem Eifer thätige, umsichtige, in jedem Momente und auf alles gefaßte, kluge Verwaltungsbeamte Achtung verdient, daß aber auch der Jurist fordern könne, daß man seine Wissenschaft nicht als Nebensache betrachte, die nur in Nebenstunden geübt werden kann! Denke da jeder des Spruches: *ars longa, vita brevis!* — Soll wirklich diese Kunst, die verwickeltesten Thatsachen zu entwirren, die Gesetze nach ihrem wahren Geiste mit allen Schlüsseln auszulegen, welche lange Vorbereitungen, viele Hülfswissenschaften, und ununterbrochene Übung verlangen, soll diese Kunst des Richters, gepaart mit richtiger Auffassung des Rechtspunkts, ohne durch

Nebenrückfichten der Zweckmäßigkeit sich irre machen zu lassen, nicht auch achtungswürdig seyn? Soll sie so leicht seyn, daß man sehr gut sie jedem Verwaltungsbeamten zutrauen darf? Man tröstet uns zwar, daß der Staat bei der Besetzung der Administrativstellen ohnehin auf Männer Rücksicht nimmt, welche Rechtskenntnisse besitzen. Welche ungerechte Forderung wäre es vom Staate, wenn er wirklich im Ernste an seine Verwaltungsbeamten die Forderung machte, daß sie eben so treffliche Juristen seyn sollen, als sie mit allen Theilen der Kameralistik, mit Polizei, Staatswirthschaft, Finanz, mit Bankunst, Landwirthschaft, Bergbau, Forstwissenschaft u. a. vertraut seyn müssen? Wie soll neben diesen Studien, die allein ein Menschenalter fordern, noch die Jurisprudenz getrieben werden? Allein es ist mit dieser Forderung nicht so ernstlich gemeint, und die deutschen Professoren, nebst den in einigen Staaten ergangenen Studienplanen für Kameralisten, können darüber das beste Zeugniß geben. Es kömmt, wie man sich bald überzeugt, nur darauf an, daß der Kameralist mit den Haupttheilen der Jurisprudenz bekannt werde, und eine allgemeine Uebersicht derselben gewinne — und doch sollen die Partheien an solche Personen, die eine oberflächliche Rechtskenntniß haben, gewiesen werden? Kann man hier im Ernste glauben, daß der Kläger sich einem solchen Richter mit Vertrauen nahen werde? besonders wenn diesem auch noch andere, zum Richteramte nothwendige, Eigenschaften fehlen? Alle Gesetzgebungen erkennen, daß nur ein unabhängiges, von jedem fremden Einflusse freies, Gericht den Forderungen, die an das Richteramt gemacht werden können, entspreche; aber weder die Behörde als solche, die das Gericht in administrativ;contentiosen Sachen bilden soll, hat diese Selbstständigkeit, noch genießen die einzelnen Personen die nöthige Unabhängigkeit. Nach der Natur der Verwaltung ist jede Unterbehörde der ununterbrochenen Aufsicht oberer Verwaltungsbehörden unterworfen, und die Befehle der letzteren müssen unbedingt befolgt werden; genöthigt, auf Zweck

mäßigkeit Rücksicht zu nehmen, verhandeln die Verwaltungsbehörden jedes Geschäft wieder nach den oft für dasselbe ihnen zukommenden Instruktionen; und leicht finden die auch in administrativ, contentiosen Sachen ergangenen höheren Weisungen den gehorsamen Vollstrecker an den unteren Behörden; die Partheien erhalten ein auf geheimen Wegen gefälltes angebliches Urtheil, bei welchem man nicht weiß, wie es entstanden ist, und was Berenger <sup>83)</sup> von Frankreich sagt: »la législation administrative, si toutefois on peut appeler législation, un amas de dispositions, qui n'ont aucun lien entre elles, est d'ailleurs si tenebreuse, que, semblable aux livres sibyllins, les seuls initiés peuvent se flatter de la connaître«, paßt wohl auch auf die deutsche Behandlung der administrativ, contentiosen Sachen. Es ist wesentliches Erforderniß, daß jeder Richter von seinem Amte nur nach gehöriger Entscheidung des competenten Tribunals wegen Verbrechen entfernt werden könne, und inamovibel angestellt sei, damit er ohne Menschenfurcht, ohne Besorgniß für seine Zukunft, mit desto größerer Festigkeit das Recht handhaben, und versuchte Eingriffe kräftig abwehren könne. Vergeblich würde man bei den Verwaltungsbürokraten diese nothwendige Eigenschaft suchen; sie sind als Verwaltungsbeamte nicht inamovibel, und, Preis gegeben allen Neckereien der Oberbehörden, sind sie nicht so gestellt, um, wie es dem Richter geziemt, energisch Recht zu sprechen, besonders da selbst ihre Stellung zu ihrem Vorstande, und die mit Verantwortlichkeit verbundene Natur ihres Geschäfts, so wie die Unbestimmtheit der Verwaltungsnormen (welche so leicht gestatten, unter scheinbaren Vorwänden durch eine andere Auslegung der Instruction etwas zu mißbilligen und den Unterbeamten dafür zur Rechenschaft zu ziehen,) die Verwaltungsbeamten in eine ängstliche besorgliche Lage zwingt, und sie in eine leicht gefährliche Abhängigkeit von ihrem Chef

83) de la justice criminelle p. 350.



versezt, während den Richter, der auf sein Gesetz sich beruft, keine Verantwortlichkeit schreckt, und keine zu fürchtende Mißbilligung von Oben ängstlich macht. Wer kann besonders noch zu solchen Verwaltungsrichtern Vertrauen haben, wenn, wie in Frankreich bei den conseils de prefecture, die Präfecten selbst Präsidenten des conseil sind, und im Falle der Stimmengleichheit durch ihre Stimme den Ausschlag geben <sup>84)</sup>? Mit Recht besorgen daher die Franzosen <sup>85)</sup>, daß dadurch der Charakter des Richteramts untergehe. —

Vertrauend hört man zwar, daß diese Verwaltungsbehörden nicht in höchster Instanz entscheiden, sondern daß in höchster Instanz der Recurs an eine neue Behörde, an den Staatsrath offen steht. „Nouvelle espèce de tribunal également irregulier“, ruft Berenger <sup>86)</sup> aus, nachdem er oben den Staatsrath als richtende Behörde geschildert, und dann hinzugefügt hat: „telle est et elle sera toujours la marche lente et incertaine de ces corps qui, placés auprès du trone sans jurisdiction regulière et légale, ne parviennent à s'en créer une que par des coups d'autorité, qui, séparés des parties par de grandes distances, ne sont accessibles que pour le riche, qui, composés d'hommes de cour et formant en quelque sorte une fraction de ministère, sont susceptibles de la source même du pouvoir de dangereuses préventions“.

Zum Glück paßt diese Schilderung nicht auf den in unseren deutschen verfassungsmäßigen Staaten gebildeten Staatsrath, der, ein heiliges Collegium von Rätthen bildend, den Monarchen umgibt, und, die oherauffehende Gewalt ausübend, als beratende Stelle ihm zur Seite steht <sup>87)</sup>.

84) Gesetz v. 28. pluviöse l'an VIII. art. 5.

85) S. B. Macarel in Thémis l. c. t. I. p. 241. Berenger de la justice criminelle p. 349.

86) de la justice Crim. p. 350. u. p. 77.

87) Würtemb. Verfassungsurkunde S. 54. Baier. Instruction für den Staatsrath vom 9. Jan. 1821.

Wird diesem Staatsrathe auch die letzte Entscheidung in administrativ ; contentiosen Angelegenheiten übertragen, so sind die Besorgnisse nicht in dem Maße gegründet, wie wir bisher andeuteten. Die Würde der Personen, welche hoch genug gestellt sind, um über Menschenfurcht erhaben zu seyn, die geprüften Rechtskenntnisse, welche den Mitgliedern des Staatsraths zugetraut werden müssen, und das Ansehen der Stelle selbst, entfernen die Besorgnisse; allein wir müssen deswegen doch behaupten, daß es nicht passend ist, wenn dem Staatsrathe das Richteramt in administrativ ; contentiosen Sachen beigelegt wird. Der Staatsrath darf in constitutiven Monarchieen nur eine beratende Stelle seyn, wenn nicht die Stellung der Landstände zum Regenten erschüttert werden soll. Mit dem Charakter der Berathung aber ist ein demselben fremdartiges Element, das Richter über streitige Verhältnisse, ganz unverträglich, um so mehr als in einer verfassungsmäßigen Monarchie die Gewalten streng geschieden, und das Richteramt völlig unabhängig seyn muß. Die Größe der dem Staatsrathe anvertrauten Interessen, die Wichtigkeit seiner Geschäfte, geben nicht zu, daß sich diese Stelle mit einem fremden Amte befasse, bei welchem zu leicht in den Partheien die Besorgniß entsteht, daß das Richteramt nur als Nebensache geübt werde. Selbst die dem Staatsrathe beigelegte Stellung <sup>88)</sup>, nach welcher er Competenzstreitigkeiten der Verwaltungs-, und Justizstellen zu entscheiden hat, verträgt sich nicht damit, daß der Staatsrath selbst wieder richte, vorzüglich, da er doch als Hauptmitglieder die verschiedenen Minister vereinigt, die, wenn nicht neue Besorgnisse entstehen sollen, nicht wohl Richter seyn können, und worüber schon *Montesquieu* <sup>89)</sup> ein eigenes Kapitel liefert: dans la monarchie les ministres ne doivent pas juger. Auf jeden Fall ist der Staatsrath, oder die Abtheilung, wel-

88) Würtemberg. Verfassungsurkunde. 59.

89) *Esprit des loix*. liv. VI. chap. VI.

*Recueil f. d. Civ. Proc.* IV. B. 111. G.