Werk

Titel: Literatur

Ort: Tübingen

Jahr: 1914

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574893_0032|log71

Kontakt/Contact

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

info@digizeitschriften.de

Literatur.

Regierungsassessor Dr. jur. **Ottmar Bühler**, Privatdozent an der Universität Breslau. Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung. X und 532 Seiten. Verlag von W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Leipzig, 1914.

I. „Subjektives öffentliches Recht ist diejenige rechtliche Stellung des Untertanen zum Staat, in der er auf Grund eines Rechtsgeschäftes oder eines zwingenden, zum Schutz seiner Individualinteressen erlassenen Rechtssatzes, auf den er sich der Verwaltung gegenüber soll berufen können, vom Staat etwas verlangen kann oder ihm gegenüber etwas tun darf." So definiert Verfasser das subjektive öffentliche Recht (S. 224). Die drei hierin enthaltenen Elemente werden S. 21 ff. herausgearbeitet. Ein zwingender Rechtssatz bildet die Grundlage des subjektiven Rechts, d. h. ein Rechtssatz, der dem freien Ermessen der staatlichen Stelle keinen Spielraum läßt (S. 21 ff.); unter freiem Ermessen versteht Verfasser „die vom Gesetz einer Behörde gewährte Möglichkeit, die Entscheidung in einer Verwaltungsmaßnahme danach zu treffen, ob sie ihre Wirkung vom Standpunkt der Förderung der Staatszwecke aus für wertvoll hält oder nicht" (S. 26). Der Rechtssatz muß außerdem zum Schutze von Individualinteressen bestimmt sein (S. 42 ff.); so können Baupolizeivorschriften das Bauen unmittelbar an der Nachbargrenze verbieten; je nachdem dies im Interesse des Nachbarn oder im öffentlichen Interesse angeordnet ist, verleihen die Vorschriften dem Nachbarn ein subjektives Recht oder versagen sie es ihm. Der Rechtssatz muß endlich dazu bestimmt sein, daß sich der Untertan auf ihn soll berufen können (S. 47 ff.); so beruht die Pflicht der Gemeinden zur Unterstützung Hilfsbedürftiger auf einem zwingenden Rechtssatz und dient den Interessen des Hilfsbedürftigen; aber der Hilfsbedürftige kann sich auf das Unterstützungswohnsitz-

gesetz nicht berufen; deshalb fehlt ihm ein subjektives Recht auf Unterstützung (S. 51 f.).

Einen besondern Abschnitt widmet Verf. den „Grund- und Freiheitsrechten und den Unterlassungsrechten im öffentlichen Rechte überhaupt“ (S. 61—157). Er untersucht hier das Verhältnis der Grundrechte zu dem Satze des konstitutionellen Staatsrechts, daß Eingriffe in Freiheit und Eigentum nie anders zulässig sein sollen denn auf Grund eines ermächtigenden Gesetzes (S. 66 ff.). Die Frage, ob subjektive Rechte des Staates dem Untertan gegenüber möglich seien, bejaht er (S. 144 f., 155 f.). Der dritte Abschnitt beschäftigt sich mit der Rechtskontrolle und der Ermessenskontrolle (S. 158—222). Der vierte Abschnitt (S. 223—260) gilt der Durchführung des gewonnenen Begriffs auf einigen umstrittenen Gebieten. Die Bedeutung von Anspruch, Befugnis, rechtlich geschütztem Interesse, wohlerworbenem Recht und Privilegium werden hier kurz beleuchtet (S. 226—233). Näher untersucht Verfasser die rechtliche Natur des Gewerberechts (S. 233 ff.). Besonders ausführlich behandelt er die Frage, ob dem Untertan schon vor Durchführung des gesetzlich vorgeschriebenen Genehmigungsverfahrens ein Recht zum Gewerbebetrieb zustehe oder nicht (S. 241 ff.). Verf. bejaht die Frage; das Genehmigungsverfahren stelle nur ein bereits bestehendes Recht fest; der Gewerbetreibende sei nach Durchführung des Genehmigungsverfahrens mit demjenigen zu vergleichen, „der vom Vereins-, Versammlungs-, Freizügigkeitsrecht usw. Gebrauch macht, nachdem er seine Anerkennung durch ein verwaltungsgerichtliches Urteil erstritten hat“ und „nichts anderes als dieses rechtskräftig festgestellte Recht ausübt“ (S. 245 N. 356). Aehnlich verhalte es sich mit der Bauerlaubnis und verwandten Erscheinungen (S. 245 N. 357, S. 345). Diese Auffassung ist m. E. nicht überzeugend. Ihr würde es entsprechen, wenn man im Privatrecht die Ehenichtigkeitsklage der Klage über das Nichtbestehen einer Ehe gleichsetzen wollte. Der Vergleich mit dem rechtskräftig festgestellten Freizügigkeitsrecht hinkt; denn hier besteht die Freiheit des Untertanen schon vor der Feststellung. Im Gegensatze dazu gewährt die Gewerbeerlaubnis dem Untertan eine vorher nicht vorhandene Freiheit. Vor der Genehmigung hat er einen Anspruch auf Freiheitgewährung, nach der Genehmigung die Freiheit selbst. Das gleiche gilt von der Bauerlaubnis. So machen denn auch die Gesetze bei der Bestrafung des ungenehmigten Gewerbebetriebs und der ungenehmigten Bauführung keinen Unterschied zwischen den Fällen, wo ein Anspruch auf Genehmigung besteht, und denen, wo ein solcher Anspruch nicht vorhanden ist (GewO. § 147 Ziff. 1 und 2, RStGB. § 367 Ziff. 15), erkennen also auch nicht mittelbar eine schon vor der Genehmigung bestehende Freiheit des Untertanen an.

In einem zweiten Teile schildert Verf. ausführlich den Schutz der subjektiven öffentlichen Rechte in der Rechtsprechung

der deutschen Verwaltungsgerichte (S. 261—506). Preußen widmet er die Seiten 261—318, dann kommt Württemberg, sein Heimatland, an die Reihe (S. 319—368), dann Bayern (S. 369—413), dann Sachsen (S. 414—460), dann Baden (S. 461—488), dann die übrigen Bundesstaaten (S. 489—506). In Württemberg fällt die geringe Tätigkeit des Verwaltungsgerichtshofs in Polizeisachen auf. Verf. erklärt die Erscheinung mit dem demokratischen Charakter des württembergischen Volkes und mit der Tatsache, daß die Ortspolizei in Württemberg zum eigenen Wirkungskreis der Gemeinden gehört (S. 126, 364 ff.). Interessant ist auch die Darstellung der widersprechenden Rechtsprechung über die rechtliche Stellung des Nachbarn im Baupolizeirecht. Hat der Nachbar ein subjektives Recht auf Einhaltung der baupolizeilichen Vorschriften bei Genehmigung des Nachbarbaus? Preußen (S. 303 f.), Württemberg (S. 346 ff.), Baden (S. 478) verneinen; für das subjektive Recht des Nachbarn entscheiden sich Sachsen (S. 439 ff.) und Braunschweig (S. 497), und dieser Rechtsprechung schließt sich Verf. an (S. 44 ff., 52). Die Frage ist in der Tat nicht einfach. Man wird zunächst fragen müssen, ob ein Gesetz (Sachsen) die maßgebenden Vorschriften enthält oder eine Polizeiverordnung (Preußen): ein Gesetz kann subjektive Rechte begründen, einer PolVO. steht diese Macht nicht ohne weiteres zu. Ferner: wenn das Gesetz wirklich dem Nachbarn ein subjektives Recht auf Einhaltung eines gewissen Grenzabstands gewährt hat, handelt es sich da nicht einfach um eine privatrechtliche Regelung des Nachbarrechts nach Art. 124 EG. z. BGB.? Dies ist zweifellos der Rechtszustand in Baden (Art. 18 ff. Ausf.-Ges. z. BGB. v. 17. 6. 1899), und es ließe sich ganz allgemein die Frage erheben, ob nicht überhaupt die privatrechtliche Auffassung hier das Gegebene wäre: denn der Nachbar hat ein Interesse allein daran, daß der Baulustige nicht baut, während ihn die Baugenehmigung nichts angeht. Nur dann hätte er ein Interesse an der Nichtgenehmigung, wenn die Genehmigung ihm die Unterlassungsklage gegen den Nachbarn entzöge wie dies die Wirkung der Gewerbegenehmigung nach § 26 GewO. ist. Nun bleiben nach Art. 125 EG. z. BGB. unberührt nur „die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Vorschrift des § 26 der Gewerbeordnung auf Eisenbahn-, Dampfschiffahrts- und ähnliche Verkehrsunternehmungen erstrecken". Die Baugenehmigung hat also die geschilderte Wirkung nicht. Die Gewährung der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage an den Nachbarn unterliegt daher nicht unwesentlichen Bedenken. Ebenso bedeutet es wohl eine Vermengung des privaten Rechts mit dem öffentlichen, wenn Verf. im Anschluß an eine bloß gelegentliche Bemerkung des sächsischen Oberverwaltungsgerichts einen Anspruch des einzelnen auf polizeiliches Einschreiten gegen nächtliche Ruhestörungen anerkennen will (S. 304 N. 69, S. 445). Der einzelne hat allerdings einen Anspruch auf staatlichen Schutz gegen Ruhestörungen; aber der gesetzliche Weg ist hier Einreichung der Besitzstörungsklage bei dem ordent-

lichen Gericht (§ 862 BGB.), und nicht die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage. Vielleicht äußert sich Verf. noch einmal zu diesen Einwänden.

Den Schluß des Buchs bildet eine Zusammenfassung der Ergebnisse. In einer größeren Anmerkung (S. 520 f.) berührt Verf. hier noch die kritische Frage, ob es denn überhaupt einen Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht gebe. Die Frage ist neuerdings von KELSEN und WEYR verneint worden; denn da alles Recht vom Staate ausgehe, sei alles Recht Staatsrecht. Mit guten Gründen wendet Verfasser hiergegen ein, daß der Ausgangspunkt des Rechts doch nicht hindere, das Recht nach den verschiedenartigen von ihm geregelten Beziehungen in öffentliches und privates Recht einzuteilen. Im übrigen benutzt Verf. den Schlußabschnitt dazu, um den Leser von der Wichtigkeit, Gediegenheit und Schwierigkeit seiner Arbeit zu belehren. Auch in der Einleitung wird der Leser gemahnt, vor den Ausführungen BÜHLERS den gehörigen Respekt zu haben. „Der eingeschlagene Weg macht freilich häufig ein sehr mühsames Eingehen auf partikularrechtliche Gesetzesbestimmungen notwendig", heißt es S. 6. Er bringt sich damit in Gegensatz zu andern Schriftstellern, die angeblich diese Mühe gescheut haben sollen.

II. Verf. ist nicht der erste, der sich mit dem Probleme der subjektiven öffentlichen Rechte beschäftigt. GEORG JELLINEK hat ein ganzes Buch darüber geschrieben, GIESE eine Monographie über die Grundrechte, OTTO MAYER behandelt das Thema ausführlich in seinem deutschen Verwaltungsrecht, ebenso FLEINER in seinen Institutionen und neuerdings ANSCHÜTZ in seinem Kommentar zur preußischen Verfassungsurkunde. Dennoch ist die Bedürfnisfrage für eine systematische Monographie zu bejahen, die den reichen Schatz der deutschen Verwaltungsrechtsprechung zum subjektiven öffentlichen Recht kritisch sichtet und so dem Leser zugänglich macht. Das Wollen des Verfassers war also sicher gut; nur dürfte sein Können hinter den Mindestanforderungen zurückgeblieben sein. Seine Darstellung der Rechtsprechung ist recht fleißig, aber in vielen Punkten unvollständig, ungenau, ja leichtfertig und schief (s. unten IV), und seine theoretischen Ausführungen sind weder neu noch, wo sie neu sind, überall sorgfältig gegründet (s. unten III). Außerdem hat Verfasser die, wie wir hoffen wollen bloß jugendliche, Eigenschaft, die Schriften andrer mißzuverstehen, zu entstellen und dann zu verunglimpfen.

So verfährt BÜHLER bereits mit dem System der subjektiven öffentlichen Rechte von GEORG JELLINEK, das er augenscheinlich nicht von Anfang bis zu Ende gelesen hat. S. 129 N. 215 wendet er sich gegen den Satz GEORG JELLINEKS (S. 49): „Gedurft wird dem Nebengeordneten . . . . gegenüber", und zeigt an Beispielen der Gewerbeordnung, daß es auch ein Dürfen dem Staate gegenüber gibt; dies soll GEORG JELLINEK „übersehen" haben. Es scheint, daß vielmehr BÜHLER die Anmerkung 1 S. 51 des Systems „übersehen" hat. Dort hätte er lesen können, daß schon

G. MEYER und andere den gleichen Einwand erhoben haben wie BÜHLER, daß es sich hier aber in Wahrheit bloß um einen terminologischen Streit handelt. Dürfen ist für G. JELLINEK nur die Freiheit, die in die Rechtssphäre eines andern eingreift; die Gewerbefreiheit und alle andern öffentlich-rechtlichen Freiheiten nennt G. J. rechtlich-irrelevante Handlungen. — An andrer Stelle (S. 48 N. 66) klagt BÜHLER über angebliche Widersprüche im System G. JELLINEKS. S. 101 des Systems heißt es: „Trotzdem also die richterliche Zuerkennung eines Rechtsmittels nicht das absolute Kriterium für das Dasein eines individuellen Anspruches bildet, . . .“ und S. 106 des Systems, scheinbar damit unvereinbar: „Denn niemals kann ein durch Rechtsmittel zu verfolgender Anspruch bloß Reflexrecht sein.“ Diese Stellen darf man aber nicht aus dem Zusammenhang reißen. Die erste Stelle ist nur zu verstehen in Verbindung mit dem unmittelbar Vorhergehenden. Dort wird (S. 97 ff.) die Rechtsprechung der schweizerischen, österreichischen und amerikanischen Gerichte beanstandet, die dem Untertan eine Klage auch in Fällen gewähren, in denen das Gesetz ein subjektives Recht des Untertanen nicht hat schaffen wollen. Die gesetzwidrige richterliche Zuerkennung eines Rechtsmittels ist also S. 101 gemeint, und damit verträgt sich doch selbstverständlich die Stelle S. 106, wo vom gesetzmäßigen Rechtsmittel die Rede ist. — Ueber das Wesen des politischen Wahlrechts bestehen Meinungsverschiedenheiten. LABAND sieht in ihm nur den Reflex objektiven Rechts und bekämpft daher (Staatsrecht I[5] S. 331 N. 1) GEORG JELLINEK, ohne ihn richtig zu zitieren („Einrichtung“ statt „Ernennung“) und zu würdigen. BÜHLER (S. 250 N. 366), der andrer Ansicht ist als LABAND, übernimmt nichtsdestoweniger die LABANDsche Kritik samt dem Ausrufezeichen LABANDS und hält es nicht für nötig, selbständig über die Frage nachzudenken. Dabei ist der Gedankengang doch so einfach. G. JELLINEK sagt S. 160: „Das Subjekt dieses Rechtes [nämlich des Wahlrechtes] wie das jeder staatlichen Ernennung ist ausschließlich der Staat und nur Reflexwirkung ist es, wenn der einzelne als solcher ein derartiges Recht zu besitzen scheint.“ Und S. 161: Dennoch hat der einzelne ein subjektives Recht auf seine „Anerkennung . . in seiner Eigenschaft als Wähler, als Träger eines aktiven Status.“ Mit andern Worten: Die Wählerschaft in ihrer Gesamtheit ist Staatsorgan, die Wahl also Staatswille, Subjekt des Wahlrechts der Staat, nicht der einzelne. Der einzelne hat aber ein Recht darauf, Mitglied der Wählerschaft zu sein. Es verhält sich ähnlich wie mit dem König. Wenn der König K einen Richter ernennt, so handelt das Rechtssubjekt Staat und nicht das Rechtssubjekt K; aber das Rechtssubjekt K hat Anspruch darauf, König zu sein; es hat ein Recht auf Organschaft. Diese Auffassung ist auch nicht etwa bloß eine theoretische Spielerei, sondern kann leicht praktisch werden. Ist der Wahlakt Staatsakt, so unterliegt er den Regeln des fehlerhaften Staatsakts. Die teilweise ungültige Verhältniswahl wäre

demgemäß unter Umständen ganz ungültig und nicht im ganzen gültig unter Weglassung des ungültigen Teils. — S. 228 N. 332 bezeichnet es Verf. als einen Fehler des Systems von G. JELLINEK, daß „vermittels des Interessenberücksichtigungsanspruchs und des Anerkennungsanspruchs (S. 132 ff.) alle möglichen Interessen, denen zuerst die Rechtsnatur abgesprochen wird, schließlich doch zu Rechten werden (vgl. darüber zutreffend LABAND II [= I] S. 331)". Verfasser hat sich aber wohl gehütet, seine Behauptung im einzelnen zu belegen. Es wäre ihm auch recht schwer geworden. Auch die Anführung LABANDS nützt hier nichts; denn LABAND geht dort nur auf das Wahlrecht ein und begnügt sich im übrigen mit ganz abstrakten Ausführungen. — S. 145 Anm. oben hat Verf. G. JELLINEK mißverstanden; er spricht S. 223 ff. nicht von Kompetenzen des Staats, sondern von Kompetenzen der Staatsorgane. — Auch die Darstellung der Lehre FLEINERS, Institutionen 2. Aufl. S. 155 ff., bei BÜHLER S. 19 ff. trifft wohl nicht das Richtige; das zeigen die Beispiele FLEINERS S. 158. — Ebensowenig ist S. 23 N. 37 der Angriff auf LABAND begründet; LABAND gebraucht das Wort „Entscheidung", ebenso wie Verf. es für richtig findet, nur in deklaratorischer Bedeutung: Staatsrecht II[5] S. 178, 192.

Doch genug davon. Der hauptsächlichste Gegner des Verfassers bin ich selber. Was er sich hierbei geleistet hat, davon soll am Schlusse dieser Besprechung die Rede sein.

III. Verfasser gibt S. 7 f. zu, daß seine theoretischen Erörterungen zur Frage der positiven Ansprüche des Untertans an den Staat nichts grundsätzlich Neues enthalten, sondern im wesentlichen nur die Elemente etwas genauer herausarbeiten. Um so ausführlicher hat er sich mit den Freiheitsrechten befaßt und verschiedene Fragen näher beleuchtet. Bedarf die Verwaltung zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum immer einer gesetzlichen Grundlage? Werden solche Eingriffe von den Verwaltungsgerichten nur nach ihrer rechtlichen Seite geprüft oder hat das Oberverwaltungsgericht auch Ermessenskontrolle zu üben? Handelt die Polizei bei Erlassung eines Polizeibefehls nach freiem Ermessen oder nicht? Gibt es ein subjektives Recht auf richtige Ausübung des freien Ermessens?

1. Die erste Frage betrifft das Problem der gesetzmäßigen Verwaltung. Nach herrschender Ansicht ist die Verwaltung zu Eingriffen in die Rechtssphäre des Untertanen nur kraft gesetzlicher Ermächtigung befugt. Man folgert dies aus dem Begriff des konstitutionellen Gesetzes. Rechtssätze, die in Freiheit und Eigentum eingreifen, bedürfen der Zustimmung der Kammern. Daher sind Verordnungen, die in Freiheit und Eigentum eingreifen, nur zulässig, wenn ein Gesetz dazu ermächtigt. Aber auch Verfügungen, die in Freiheit und Eigentum eingreifen, bedürfen der gesetzlichen Grundlage. Denn die Verfügung ist ein stärkerer Eingriff als die Verordnung, da sie den Untertan nicht gleichmäßig trifft, nicht, wie die Verordnung, ohne Ansehn der Person. Wenn also die Verordnung ohne

gesetzliche Ermächtigung ungültig ist, so ist auch ungültig die ohne gesetzliche Ermächtigung erlassene Verfügung.

Gegen diese u. a. von LABAND, ROSIN, OTTO MAYER, FLEINER, ANSCHÜTZ, THOMA vertretene Auffassung wendet sich Verfasser in längeren Ausführungen (S. 71 ff.). Dabei billigt er die Ansicht ANSCHÜTZens, daß auch in Preußen Rechtsverordnungen der gesetzlichen Grundlage bedürfen. Nur bei Verfügungen will er den Grundsatz nicht gelten lassen. Zwar soll heute das Gewohnheitsrecht der herrschenden Auffassung recht geben (S. 87); aber ursprünglich soll das Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung nicht gegolten haben. Er führt dafür eine ganze Reihe von Gründen an; allein so anerkennenswert das Bestreben des Verfassers ist, eine möglicherweise unbesehen hingenommene Selbstverständlichkeit unter die kritische Lupe zu nehmen, so wenig ist ihm doch der Nachweis für seine Behauptung gelungen. Ich beschränke mich im folgenden auf die preußisch-rechtliche Streitfrage (vgl. im übrigen Gesetz, Gesetzesanwendung usw. S. 174).

Es sei nicht richtig, betont Verf. S. 72, daß die Verfügung die einschneidendere Maßregel sei. Die Verfügung könne dem Einzelfall viel mehr angepaßt werden als die Verordnung; die Verordnung bringe häufig „Zwang im Einzelfall mit sich . ., auf den die ratio legis gar nicht zutrifft". Er beruft sich hierfür auf v. BITTERS HWB. Art. Polizeiverfügungen, wo Graf von WESTARP ausführt, wenn eine Polizeiverordnung gültig erlassen sei, sei jeder davon betroffene Fall unbedingt und ausnahmslos nach ihrer Norm zu beurteilen und zu erledigen, auch wenn er, an und für sich betrachtet, ein polizeiliches Einschreiten wegen Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen nicht rechtfertigen würde. Graf von WESTARP gibt hier nur die Rechtsprechung des preußischen OVG. wieder, das in der Tat diese Ansicht vertritt. Allein diese Ansicht ist doch keineswegs einleuchtend, wie ich anderweit näher ausgeführt habe (Gesetz, Gesetzesanwendung usw. S. 265 f.). Das OVG. (18, 374 f.) drückt sich einmal so aus: „Muß aber der Polizei die Berechtigung zugestanden werden, von den Vorgärten die unstatthaften Gewerbebetriebe auszuschließen, so kann ihr auch nicht verwehrt werden, jeden Gewerbebetrieb in den Vorgärten zu verbieten". Man erwartet hier doch vernünftigerweise den entgegengesetzten Schluß. Aus dem Wertverhältnis zwischen Verordnung und Verfügung kann also Verfasser seine Ansicht wohl nicht rechtfertigen.

Als weiteren Grund gegen das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verwendet Verf. den Katalog der Freiheitsrechte in der Verfassungsurkunde (S. 83). Wenn die Verwaltung ohnehin nur auf Grund eines Gesetzes gegen den Untertan vorgehen könne, so hätte es doch „keinen Sinn gehabt, noch einen ganzen Katalog von Eingriffen in die Sphäre des Untertanen aufzuzählen und für diese ausdrücklich ein Erfordernis aufzustellen, das in Wirklichkeit in der Verfassung schon generell enthalten

war". Auch diesen Beweis kann ich nicht gelten lassen. Die Grundrechte besagen nur, daß es für gewisse Eingriffe einer ausdrücklichen Ermächtigung bedürfe; sie ordnen das an, was Verf. bei Besprechung des Reichsvereinsgesetzes ganz passend als „Prinzip der Gesetzmäßigkeit im engsten Sinn" bezeichnet (S. 144, 141 ff., 296 ff.). So könnte die Polizei auf Grund ihrer allgemeinen gesetzlichen Vollmacht unter Umständen auch zu Verhaftungen und Durchsuchungen schreiten. Aber nach dem Willen der Verfassung soll hierzu die allgemeine Vollmacht, für die öffentliche Ruhe, Sicherheit und Ordnung zu sorgen, nicht ausreichen, sondern es bedarf einer ausdrücklichen Regelung des Verhaftungs- und Durchsuchungsrechts. Dies war schon MAURENBRECHERS Ansicht: Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts § 188 S. 335 (1. Aufl. 1837, 3. Aufl. 1847; vgl. das Zitat unten).

S. 85 kommt Verf. mit folgender Erwägung. Wenn die Verfassung wirklich das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung eingeführt hätte, so hätte sie mit einem Schlage alle vorkonstitutionellen Ermächtigungen beseitigt. „Damit wird jede Ermächtigung zur Vornahme solcher Eingriffe durch eine Norm, die ohne Zustimmung der Volksvertretung ergangen ist, zu einer der Verfassung widersprechenden und daher ungültigen" (S. 85 f.). Er tadelt darum das OVG., weil es vorkonstitutionelle Gesetze als Grundlage für die Tätigkeit der Verwaltung habe gelten lassen. Allein, wenn die Verfassung auf ein Gesetz verweist, so versteht sie darunter, nach ausdrücklicher Vorschrift des Artikels 109, auch die älteren Gesetze. So hat denn bei den Erörterungen über Zabern niemand gezweifelt, daß das preußische Gesetz über den Waffengebrauch des Militärs vom 20. März 1837 zu den in Art. 36 Satz 1 der Verfassungsurkunde genannten Gesetzen gehöre und durch Art. 109 aufrecht erhalten sei (vgl. auch ANSCHÜTZ, VerfU. f. d. preuß. Staat I 1912 S. 566).

Das Hauptgewicht legt Verfasser auf die Feststellung, daß der Gedanke des von ihm bekämpften Prinzips erst in neuester Zeit klar ausgesprochen worden sei, nämlich 1878 von LABAND und LEUTHOLD (S. 77 ff., 126 f., 130, 137, 153 f., 513 f.). Freilich sei ein „erstes Auftauchen" der Idee schon bei seinem Landsmann F. F. MAYER zu bemerken, der sich auch hier 1862 „als Bahnbrecher in seiner Wissenschaft" erwiesen habe. Ich muß diesen schönen Glauben zerstören. Ohne eine Literargeschichte des Gedankens geben zu wollen, sei festgestellt, daß MAURENBRECHER bereits 1837 (1847) das Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung in der klarsten Weise als geltendes Recht ausgesprochen hat (a. a. O.): Aus dem Verhältnis der vollziehenden Gewalt zur gesetzgebenden „folgen die beiden wichtigen practischen Grundsätze von selbst: 1. daß keine Regierung berechtigt ist, Etwas auszuführen, wofür kein Gesetz besteht, und 2. daß keine Regierung befugt ist, die Zwangsmittel gegen die Unterthanen anders zu gebrauchen, als wo sie dem Gesetz den Gehorsam verweigern. — Nur auf letztere beziehn sich die im deutschen Staatsrecht noch eingeführten positiven Begrenzungen

der Executivgewalt, indem nämlich gewisse Zwangsmittel gänzlich abgeschafft sind, wie Stockprügel, Verstümmelungen des Körpers, Confiskationen eines ganzen Vermögens, andre nur in gewissen Fällen und Formen verfassungsmäßig gestattet werden, wie der Personalarrest". MAURENBRECHER fand Zustimmung bei KARL EDUARD WEISS, System des deutschen Staatsrechts 1843 S. 698. Drei Jahre vor MAURENBRECHER, 1834, lehrt CARL v. ROTTECK, Lehrbuch des Vernunftrechts III S. 292, als allgemeines Prinzip der Polizei: „Es muß insbesondere jede einzelne Rechtsbeschränkung auf ein Gesez (auf ein früher gegebenes oder wenigstens auf ein natürliches) sich gründen", und wieder sieben Jahre zuvor (1827) heißt es bei v. ARETIN-v. ROTTECK, Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie II[1] S. 5, von der bürgerlichen Freiheit in der konstitutionellen Monarchie, sie schließe in sich: „5. Ueberhaupt das Recht zu thun, was nicht durch ein Gesetz verboten ist". Auch CARL THEODOR WELCKER, Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe 1813 S. 95, sei erwähnt; ihm zufolge ist es die „Hauptbedingung jedes Rechtsstaates, daß alle Wirksamkeit und alle Gesetze des Staates nur in dem durch freie Anerkennung aller objektiv gewordenen Rechtsgesetze und seinen notwendigen Folgerungen seine [ihre?] Sanction habe und keinerlei Zwang über dieselbe hinausgehe". Von den späteren Rechtsstaattheoretikern hat BÄHR vollkommen klar den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ausgesprochen (Rechtsstaat S. 34): „Die Rechtssphäre der Genossenschaftsglieder begreift daher: 1. Das Maß der zu bringenden Opfer. Ein Jeder ist berechtigt, daß ihm nicht höhere Opfer angemuthet werden, als das Genossenschaftsrecht ihm auferlegt". S. 35: „Die leitenden Organe überschreiten aber die ihnen gebührende Freiheit der Verwaltung, wenn sie jene Rechte der Genossenschaftsglieder verletzen; wenn sie also 1. Opfer der Einzelnen in Anspruch nehmen über das rechtlich bestimmte Maß hinaus". BÄHRs Schrift erschien 1864. Ich erwähne sie nur, weil BÜHLER S. 77 behauptet, BÄHR kenne das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung noch nicht. BÜHLER hat sich augenscheinlich dadurch täuschen lassen, daß BÄHR der Verwaltung Freiheit innerhalb der Rechtsschranken einräumt (vgl. auch noch BÜHLER S. 92 f., 96, 369 N. 149); allein freies Ermessen und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sind selbstversändlich keine Gegensätze.

Verf. täuscht sich also, wenn er meint, das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sei erst in neuester Zeit literarisch vertreten worden. Ebenso irrig ist seine Behauptung, das Prinzip sei der früheren Gesetzgebung unbekannt gewesen oder höchstens gelegentlich in den ersten französischen Verfassungen und einer bayerischen Verordnung ausgesprochen worden; namentlich kenne die belgische Verfassung das Prinzip nicht und ebensowenig die Verfassung der Paulskirche (S. 78 f. N. 121). Verfasser vergißt hier augenscheiulich, daß sich die belgische Verfassung streng auf dem Grundsatze der Gewaltenteilung aufbaut. „Au roi appartient le pouvoir

exécutif, tel qu'il est réglé par la Constitution", bestimmt Art. 29. „Le roi n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois particulières portées en vertu de la Constitution même" (Art. 78). Also: keine Gewalt der Exekutive denn auf Grund verfassungsmäßiger oder gesetzlicher Ermächtigung. Und ähnlich war auch die Ordnung der deutschen Reichsverfassung von 1849 (§ 73 Abs. 2, § 84).

Vor allem aber hat schon das Allgemeine Landrecht von 1794 das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ausgesprochen. In § 87 der Einleitung heißt es: „Handlungen, welche weder durch natürliche, noch durch positive Gesetze verboten werden, werden erlaubt genannt". § 85: „Rechte und Pflichten, welche aus Handlungen oder Begebenheiten entspringen, werden allein durch die Gesetze bestimmt". Daher bedeutet § 10 II 17 ALR. in der Tat eine Verfügungsermächtigung zugunsten der Polizei. Dies haben schon LOENING (VerwArch. II S. 461, 463 ff.) und ROSIN (Begriff der Polizei 1895 S. 45 N. 128) gezeigt, und nur darüber streitet man, ob das Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung durch die nach heftigen Debatten zustandegekommene (LOENING a. a. O. S. 463 ff.) Verordnung vom 26. Dezember 1808 bezüglich der Landespolizeibehörden beseitigt wurde oder nicht (ROSIN a. a. O. S. 76 ff., 115 f.). Gerade damals, 1808, wurde das Allgemeine Landrecht unzweideutig im Sinne der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verstanden, als man sich über den FRIESEschen Entwurf zur späteren Verordnung vom 26. Dezember 1808 beriet. MORGENBESSER erhob in seinem Bericht vom 15. September 1808 Widerspruch gegen die Ansicht des Entwurfs, daß die Kammern berechtigt sein sollten, Verfügungen zu erlassen, „die auf keinem vorhandenen Polizeigesetz beruhen und also dem allgemeinen Gesetz — Allgemeines Landrecht Einleitung § 87 — direkt entgegenlaufen." Ebenso deutlich sprach sich das Justizdepartement aus (LOENING a. a. O. S. 464 f., 467 f.). Auch das Patent gegen die Streikunruhen vom 29. Juli 1794 steht unverkennbar auf demselben Standpunkt, wenn es im § 11 die getreuen Untertanen ermahnt, „den Gesetzen und den zu deren Handhabung angeordneten Behörden die schuldige Achtung zu erweisen" (RABE, Sammlung preußischer Gesetze II 1816 S. 668 ff.).

Wenn daher Verf. S. 86 (und 181) behauptet: „Es ist längst nachgewiesen, daß diese Stelle [§ 10 II 17 ALR.] von Haus aus nicht eine Ermächtigung, sondern das Gegenteil einer solchen . . . war", so berührt dies angesichts der Untersuchungen ROSINS und LOENINGS etwas eigentümlich, und um so eigentümlicher, als Verf. S. 79 (Note) ROSIN, Polizeiverordnungsrecht S. 18 Anm. 2 und S. 23, zitiert, und ROSIN auch in diesem seinem Buche (S. 21 und S. 23 Anm. 41 a) die Bedeutung des Allgemeinen Landrechts für das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung hervorhebt. Da BÜHLER später (S. 128 f., 155, 178 ff., 183, 314 ff.) sehr gewagte Behauptungen auf

seine Entdeckung gründet, so ist diese Sorglosigkeit doppelt erstaunlich.

Man sieht: BÜHLER führt eine Anzahl von Gründen dafür an, daß das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung erst etwa im Jahre 1878 entstanden sei; aber kein einziger dieser Gründe ist stichhaltig.

2. Ebensowenig dürfte ihm der Nachweis für die Behauptung gelungen sein, daß — anders als die gemeine Meinung annimmt — die gemäß § 10 II 17 ALR. zu erlassenden Polizeiverfügungen streng gebundene Akte seien und für ein freies Ermessen keinen Raum ließen (S. 181 ff., 315 f.). Verf. meint S. 182: Die Polizei darf nur einschreiten, wenn das Einschreiten „nötig" ist; ist aber einmal das Einschreiten „nötig", so ist die Polizei eben wegen dieser Notwendigkeit auch zum Einschreiten verpflichtet; folglich sei ihr Einschreiten eindeutig bestimmt. Verf. begeht hier offensichtlich einen Fehlschluß. Daraus, daß ein Einschreiten zur Abstellung von Ordnungswidrigkeiten nötig ist, folgt noch nicht die Notwendigkeit des Einschreitens an sich. Wenn ich nach Amerika gelangen will, ist es nötig, daß ich erst mit einem Schiffe hinfahre; daraus darf ich aber doch nicht schließen, daß die Amerikafahrt an sich nötig ist, daß ich nach Amerika fahren muß. Ebenso verhält es sich mit dem Amte der Polizei. „Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung" stellt das Gesetz der Polizei zur Verfügung, über die Verwendung dieser Machtmittel beschließt sie aber nach freiem Ermessen. Das Gesetz kann allerdings die Polizei auch „nötigen", diese „nötigen" Mittel zu ergreifen; ganz allgemein wird dies dann der Fall sein, wenn die Ordnungswidrigkeit einen solchen Grad erreicht hat, daß nach gesellschaftlichen Anschauungen ein Zögern der Polizei nicht mehr zulässig ist. Für einsturzdrohende Gebäude hat das ALR. (§ 767 II 20) ausdrücklich diesen Grundsatz verwirklicht: „Ist der Eigentümer zu solchen Reparaturen unvermögend, so muß die Obrigkeit dafür, bey eigner Vertretung, von Amts wegen so weit sorgen, als es nöthig ist, um die dem Publiko drohende Gefahr abzuwenden." Der Grundsatz läßt sich aber nicht verallgemeinern. Die Polizei ist Verwaltung, nicht Justiz, und daher im Zweifel nicht wie diese eindeutig gebunden. Das wahrscheinlichere ist es daher, daß der Gesetzgeber innerhalb der Grenzen des Möglichen die Polizei bestimmen läßt, ob eine Ordnungswidrigkeit so stark ist, daß sie ein Einschreiten nötig macht oder nicht. So heißt es denn in § 7 des oben erwähnten Streik-Patents vom 29. Juli 1794: „Die zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit, so wie überhaupt zur Aufrechthaltung der Ordnung zu ergreifenden [doch wohl = nötigen] Maasregeln bleiben dem pflichtmäßigen Ermessen Unsers General-Direktorii dergestellt überlassen, daß . . . . Unser General-Direktorium befugt und schuldig seyn soll, augenblicklich, bei dem ersten Ausbruch einer solchen Unordnung, die demselben beigelegte Polizeigewalt auszuüben, ..." Und vollen Beweis, wenn es noch eines Beweises be-

dürfte, bringt § 3 des Gesetzes vom 11. Mai 1842: „Die [polizeiliche] Verfügung kann jedoch, des Widerspruchs ungeachtet, zur Ausführung gebracht werden, wenn solches nach dem Ermessen der Polizeibehörde ohne Nachteil für das allgemeine nicht ausgesetzt bleiben kann." Also: das Ermessen entscheidet, ob ein ordnungswidriger Zustand weiter bestehen soll oder nicht. Folglich ist auch der Polizeibefehl ein Akt des freien Ermessens. BÜHLER will allerdings das Gesetz vom Jahre 1842 nicht mehr gelten lassen; es sei überholt durch § 10 II 17 ALR. aus dem Jahre 1794, „der seine jetzige Bedeutung eben nicht von Anfang hatte, vielmehr erst in den 1870er Jahren erhielt und insofern tatsächlich lex posterior gegenüber jenen Gesetzen ist" (S. 183). Wir wissen, daß BÜHLER hierin irrt: weder bekam § 10 II 17 ALR. seine heutige Bedeutung erst in den 1870er Jahren, noch hatte er überhaupt je die Bedeutung einer das freie Ermessen ausschließenden Norm. BÜHLER beruft sich für seine Ansicht von der Geltung des Legalitätsprinzips auf THOMA, Polizeibefehl S. 78. THOMA spricht aber dort, wie schon ein flüchtiger Blick lehrt, allein vom sogen. „vollziehenden" Polizeibefehl, der nur wiederholt, „wozu ein Gesetz (Verordnung, Verfügung) den Untertan schon verpflichtet hat" (THOMA S. 79), also typischerweise einem Befehl zur Abstellung strafbarer Zustände. Den weit wichtigeren Polizeibefehl dagegen, nämlich die Verfügung zur Abstellung bloßer Ordnungswidrigkeiten, bloß verbietbarer Zustände nennt THOMA eine „verpflichtende" Verfügung, und die verpflichtenden Verfügungen sind auch nach THOMA Akte des freien Ermessens (Polizeibefehl S. 69 ff.). Wenn BÜHLER endlich die Rechtsprechung zu seinen Gunsten anruft (S. 175 ff., 185 f., 192 ff.), so verwechselt er hier, wie noch zu zeigen sein wird (IV 1), die Frage des Uebermaßes mit der Frage der Notwendigkeit.

3. Das hauptsächliche Schutzmittel gegen polizeiliche Verfügungen bildet die sogenannte Anfechtungsklage, auf Grund deren das Verwaltungsgericht die angefochtene Verfügung aufheben kann. Geprüft werden könnten hierbei an sich drei Fragen: die Rechtsfrage, die Tatfrage, die Ermessensfrage. In Wirklichkeit beschränkt sich die Kontrolle des Verwaltungsgerichts nach positivem Recht auf die Rechts- und die Tatfrage, es fehlt ihm also die Ermessenskontrolle. Diesen Satz bezweifelt Verfasser für Bayern, Sachsen, Württemberg und Baden nicht. Nur in Preußen soll die Frage anders geregelt sein (S. 290—318). Nach § 127 Abs. 3 des Landesverwaltungsgesetzes vom 30. Juli 1883 kann die Klage „nur darauf gestützt werden: 1. daß der angefochtene Bescheid durch Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung des bestehenden Rechts, insbesondere auch der von den Behörden innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenen Verordnungen den Kläger in seinen Rechten verletze; 2. daß die tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorhanden seien, welche die Polizeibehörde zum Erlasse der Verfügung berechtigt haben würden." BÜHLER weist richtig nach, daß nach Absicht des Gesetz-

gebers mit dieser Bestimmung die Ermessenskontrolle ausgeschaltet werden sollte (S. 308 ff.), daß es insbesondere ein bloßes Redaktionsversehen war, wenn die Verletzung des Klägers „in seinen Rechten" nur in Ziff. 1 genannt wurde, und nicht auch in Ziff. 2 (S. 310, 315, 317, 217). Auch war zu bedenken, daß die gesetzliche Beschränkung der Anfechtungsklage auf „nur" zwei Anfechtungsgründe allen Sinn verliert, wenn man dem OVG. außer der Rechts- und Tatsachenkontrolle noch die Ermessenskontrolle einräumt. Dennoch erkennt Verfasser im folgenden, wenn auch, von einer guten Stimme gewarnt, nur zögernd (S. 310 f., 314, 487, 503, 515 f.), die Befugnis des preuß. OVG. zur Ermessenskontrolle an. Warum eigentlich, ist ganz und gar nicht ersichtlich. Jene unglückselige Auffassung vom späten Aufkommen des Prinzips der gesetzmäßigen Verwaltung spielt hier herein (S. 314), dann die mißverstandene Rechtsprechung des OVG., das angeblich Ermessenskontrolle geübt haben soll (S. 311 ff.; vgl. dazu unten III 4, IV 3), endlich der angebliche GNEISTsche Gedanke von der Ermessenskontrolle durch die Verwaltungsgerichte (S. 312, 314, 318). Da BÜHLER auch sonst noch öfters von GNEIST spricht, ohne dessen Ansichten wörtlich zu belegen (S. 165, 216, 264 ff., 270 ff., 283, 512), so sei hier kurz untersucht, welche Bewandtnis es mit GNEISTs Auffassung von der Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit hat.

Am schärfsten hat GNEIST seine Ansicht zusammengefaßt in den Verhandlungen des 12. Deutschen Juristentags III 1875 S. 241: „Der deutsche Juristentag wolle es als seine Ueberzeugung aussprechen: Es bedarf in Deutschland zur Aufrechterhaltung des öffentlichen Rechts neben den ordentlichen Gerichten noch eines ergänzenden Systems der Verwaltungsgerichtsbarkeit für Fälle einer rechtswidrigen oder ungerechten Ausübung der Staatshoheitsrechte." Damit hat er das Gebiet „des freien Ermessens der Verwaltung nach Gründen der Zweckmäßigkeit und des öffentlichen Wohls" von der Verwaltungsgerichtsbarkeit ausgeschieden. Denn GNEIST unterscheidet drei Gebiete: die „Formen und Schranken" oder die „Grenzbestimmungen", dann das eben erwähnte Gebiet des freien Ermessens, endlich, als zwischen diesen beiden Gebieten liegend, „ein drittes Gebiet einer Behördentätigkeit, die sich zwar formell in gesetzlichen Schranken bewegt, aber durch parteiische Maßbestimmung (iniquitas) den Sinn der Verwaltungsgesetze dem einen zu Lieb, dem andern zu Leid verkehrt" (Rechtsstaat 2. A. 1879 S. 272, 262, Verhandlungen S. 237). Für dieses dritte Gebiet hauptsächlich will er die Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeführt wissen, daneben noch für das erste Gebiet, die „Formen und Schranken", während er die Ermessensfrage den Verwaltungsgerichten nicht zuweist. Es kann sich also nur fragen, ob die „parteiische Maßbestimmung", die „ungerechte Ausübung der Staatshoheitsrechte" wirklich ein drittes Gebiet bildet, oder ob es sich hier nicht vielmehr um eine besondere Art von Rechtswidrigkeiten handelt. Dem ist aber wirklich so.

Schon GNEIST weist darauf hin, „daß im Verwaltungsrecht eine feste Scheidung zwischen Grenzbestimmungen und Maßbestimmungen nicht durchführbar ist“ und erklärt für das Polizeirecht: „Die Maßbestimmung ist hier zugleich Grenzbestimmung: Beides fließt unscheidbar ineinander“ (Verhandlungen S. 234). In der Tat ist die parteiische Maßbestimmung eine Rechtswidrigkeit. Es gibt einen Rechtssatz: Handle nicht parteiisch; im Grundrechte der Gleichheit ist er enthalten (Art. 4 Preuß. Verf.Urkunde); er gilt aber als wahrscheinlicher Wille des Gesetzgebers auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung. Man nehme eine Polizeiverordnung, die bestimmt: „Sozialdemokratische Radfahrer haben ihre Laternen um 8 Uhr abends anzuzünden, konservative erst um 9 Uhr“, so wird doch niemand bezweifeln, daß diese Verordnung rechtsungültig ist, vermöge des Rechtsfehlers des zu geringen Umfangs, der ungleichmäßigen Behandlung (Gesetz, Gesetzesanwendung usw. S. 261 ff.). Das gleiche gilt dann aber auch für polizeiliche Verfügungen, nur daß hier der Nachweis einer parteiischen Behandlung meist schwerer ist. Eine Polizeiverfügung mit der Begründung: „Dir wird das Tanzgesuch abgeschlagen, weil du Sozialdemokrat bist“, ist doch zweifellos rechtswidrig, ebenso wie es eine Rechtswidrigkeit ist, wenn die Polizei von 100 völlig gleichen Dachkammern 99 unbeanstandet läßt und eine einzige beanstandet. Ich habe diese Frage anderweit ausführlich behandelt und dort auch die umfangreiche Rechtsprechung über diesen Punkt dargestellt und mit Berücksichtigung GNEISTS gewürdigt (Gesetz, Gesetzesanwendung S. 323 ff., S. 326 N. 13, S. 333, S. 72 N. 18).

Alles in allem: Auch die gerechte Maßbestimmung GNEISTS gehört zur Rechtsfrage. Wer für die preußische Verwaltungsgerichtsbarkeit Ermessenskontrolle in Anspruch nehmen will, darf sich nicht auf GNEIST berufen. Insbesondere hat bei der Anfechtungsklage das Preußische OVG. weder nach dem ursprünglichen Sinne des Gesetzes noch aus sonstigen Gründen eine andre Frage zu prüfen als die Rechtsfrage und die Tatfrage. Auch hat es im Verlaufe seiner Rechtsprechung nie eine andre Frage geprüft als diese beiden.

4. Damit komme ich zu einer vierten vom Verfasser ausführlich behandelten Frage: Gibt es ein subjektives Recht des einzelnen gegen den Staat auf richtige Ausübung des freien Ermessens (S. 162 ff., S. 209 f.)? Soweit hier das „richtig“ vom Standpunkte der Zweckmäßigkeitserwägungen betrachtet wird, gibt es einen solchen Anspruch, wie Verfasser zutreffend erkennt, nicht. Denn über den inneren Wert oder Unwert der Zweckmäßigkeitserwägung entscheidet die Behörde, der einzelne hat also keinen Anspruch auf eine bestimmte Ausübung des freien Ermessens. Davon ganz verschieden ist die Frage, ob nicht das Gesetz vorschreiben kann, die Behörde habe bei Ausübung ihres Ermessens gewisse Erwägungen anzustellen oder zu meiden. In der Tat kann das Gesetz dies tun. So ist es ein unzweifelhafter Satz des geschriebenen (etwa § 7 Abs. 1 Regierungsinstruk-

tion vom 23. 10. 1817) oder ungeschriebenen Rechts, daß die Behörden nur dasjenige anordnen dürfen, was nach ihrer Auffassung am besten ist, und es entsteht nur die Frage, ob sich der Untertan auf solche Vorschriften soll berufen können oder nicht. Verfasser verneint, denn jene Normen seien „ja gerade der Typus der nur intern verpflichtenden, der Wirkung nach außen entbehrenden Rechtssätze“ (S. 209, 456). Allein bei solch schwierigen Fragen genügt der Hinweis auf einen angeblichen Typus nicht. Vielmehr muß man sich recht plastisch eine Polizeiverfügung vorstellen, die folgendermaßen begründet ist: „Ich versage Ihnen die Erlaubnis, obgleich nach meiner Ueberzeugung die Erteilung der Erlaubnis in Ihrem, im staatlichen, im öffentlichen Interesse das beste wäre. Aber ich will Sie meine Macht fühlen lassen.“ Mit dieser Verfügung tritt man im Gedanken an den Gesetzgeber heran und frägt ihn: „Willst Du wirklich, daß vor einer solchen Begründung die Rechtskontrolle halt macht?“ Die wahrscheinlichste Antwort des Gesetzgebers wird hier doch wohl verneinend ausfallen; er wird sagen: „was gut ist, das ist allerdings eine innerdienstliche Frage; dagegen ist es eine Rechtsfrage, ob die Behörde das einmal als gut Erkannte tun soll oder nicht“; und aus dieser vernünftigerweise doch kaum bestreitbaren Gesetzesmeinung folgt, daß es ein Rechtsirrtum und eine Rechtsverletzung dem Untertan gegenüber ist, wenn die Behörde ihm gegenüber ihre Macht mißbraucht in der Meinung, nach freiem Belieben handeln zu dürfen. Die Beurteilung derartiger Ermessensfehler gehört also zur Rechtskontrolle, nicht zur Ermessenskontrolle. Die großen Ausführungen des Verfassers gegen die sächsische Rechtsprechung (S. 450 ff.) sind demnach unstichhaltig, und unrichtig ist seine Behauptung, das Preußische OVG. habe polizeilichen Verfügungen gegenüber Ermessenskontrolle geübt (S. 311 ff.). Welch grobes Mißverständnis seinen zahlreichen wegen der Ermessensfehler gegen mich gerichteten Angriffen zugrunde liegt, wird sich am Schlusse dieser Besprechung zeigen.

IV. Der Hauptwert des BÜHLERschen Buches hätte in einer vollständigen und zuverlässigen Darstellung der deutschen Rechtsprechung über subjektive öffentliche Rechte liegen können. Aber wie weit ist BÜHLER von diesem Ziele entfernt geblieben. Mißverständnis reiht sich an Entstellung und Unvollständigkeit wechselt mit Ungenauigkeit.

1. Erstes Erfordernis für eine brauchbare Schilderung der Rechtsprechung ist vollkommene Beherrschung des Stoffes. Wenn irgendwo so gilt hier die Mahnung des GAIUS (l. 1 D. I 2), man möge nicht „illotis ut ita dixerim manibus protinus materiam interpretationis tractare“. Wer sich nicht selbst die nötige Sicherheit für die Beurteilung des Einzelfalles angeeignet hat, dem fehlt auch die Sicherheit für die Darstellung der verwaltungsgerichtlichen Urteile. So geht es dem Verfasser. Namentlich ist er, wie schon viele vor ihm, das Opfer einer Zweideutigkeit geworden, die bei der sog. Notwendigkeits- und Zweckmäßigkeitsfrage ihr

Unwesen treibt. Ich habe mich hierüber ausführlich anderweit geäußert: Gesetz, Gesetzesanwendung S. 76 ff. Verfasser hat jene Ausführungen augenscheinlich nicht gelesen. Die Folge davon ist, daß er die Rechtsprechung über diesen Punkt in der eigentümlichsten Weise entstellt hat.

Nach dem preußischen Polizeiverwaltungsgesetz vom 11. 3. 50 § 17 haben die Gerichte „nicht die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit, sondern nur die gesetzliche Gültigkeit" von Polizeiverordnungen „in Erwägung zu ziehen". Damit stimmen fast wörtlich Gesetze Sachsens, Bayerns, teilweise Württembergs, Badens und einer Reihe andrer Staaten überein (Gesetz usw. S. 3 f.). Ebenso macht das preußische Gesetz vom 11. Mai 1842 § 1 bei polizeilichen Verfügungen die Unterscheidung zwischen „Gesetzmäßigkeit, Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit". Diese Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit ist nichts anderes als das Gebiet des freien Ermessens (Gesetz, Gesetzesanwendung usw. S. 88 f.). Da aber die Verwaltungsgerichte das freie Ermessen nicht nachprüfen dürfen, so ist sowohl bei Polizeiverfügungen als auch bei Polizeiverordnungen die Notwendigkeits- und Zweckmäßigkeitsfrage unüberprüfbar, d. h. die Gerichte und Verwaltungsgerichte dürfen sich kein Urteil über den inneren Wert oder Unwert des Polizeibefehls bilden, sofern er sich innerhalb der gesetzlichen Grenzen hält.

Um dies näher zu verstehen, muß man sich klar sein über die Grenzen der Polizeigewalt. Aufgabe der Polizei ist das Einschreiten gegen Ordnungswidrigkeiten. Aber die Ordnungswidrigkeit muß erst einen gewissen Grad erreicht haben, ehe die Polizei einschreiten darf, und es gibt einen Punkt, wo die Polizei unbedingt einschreiten muß. Ich nehme zur Verdeutlichung des Folgenden an, daß das polizeiliche Dürfen bei Punkt 1 beginnt und das polizeiliche Müssen bei Punkt 30. Zwischen diesen Punkten bewegt sich die Polizei frei. Bei einer Ordnungswidrigkeit 17 kann also die Polizei untätig bleiben, sie kann aber auch anordnen, daß die Ordnungswidrigkeit auf Punkt 16, 15 usw., oder endlich auf Punkt 0 herabgemindert werde. Zwischen diesen Möglichkeiten steht ihr die pflichtmäßig freie Wahl zu. Je nachdem sie mehr an das öffentliche Interesse oder an die Freiheit des Untertanen denkt, wird sie sich für die einschneidendere oder für die mildere Maßnahme entscheiden, und diese Erwägungen über den inneren Wert dieser oder jener Maßregel sind es, die das Gesetz als Frage der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit bezeichnet.

Davon verschieden sind zwei ganz andre Fragen, nämlich die Frage, ob die angeordnete Maßregel überhaupt geeignet ist, die Ordnungswidrigkeit 17 herabzumindern, und die Frage, ob die Maßregel nicht einschneidender ist, als es zur Erreichung des Punktes 0 nötig ist. Ist die angeordnete Maßregel nach Erfahrungssätzen gar nicht fähig, die Ordnungswidrigkeit 17 auch nur auf 16 zu bringen, so ist sie keine zur Beseitigung

der Ordnungswidrigkeit geeignete Maßregel und liegt als nutzlos nicht mehr in der Vollmacht der Polizei. Statt „geeignet“ sagt man wohl auch „zweckentsprechend, zweckmäßig“. Diese Art von Zweckmäßigkeit kann also sehr wohl nachgeprüft werden; zur Vermeidung von Verwechselungen spricht man hier besser von Geeignetheit und Ungeeignetheit. Ebenso läßt sich die Frage, ob die Maßregel weiter geht, als zur Erreichung des Punktes 0 nötig ist, ohne Werturteil nach Erfahrungssätzen beantworten, und da das Gesetz einmal die Grenze 0 gesetzt hat, so ist Ueberschreitung dieser Grenze eine Rechtsverletzung. Die Frage, ob mehr als nötig, hat also mit der Frage der Notwendigkeit nur den Namen gemein. Zur Vermeidung von Verwechselungen spricht man hier besser von Uebermaß.

Endlich kommt das Gericht möglicherweise in die Lage festzustellen, daß eine Ordnungswidrigkeit 33 vorliegt, daß also die Polizei unbedingt einschreiten muß. Auch diese rechtliche Notwendigkeit gehört dann nicht zur Frage der inneren praktischen Notwendigkeit, die ja nur zwischen den Punkten 30 und 1 aufgeworfen werden kann. Da bei Punkt 30 die Untätigkeit der Polizei anfängt, schädlich zu werden, nenne ich diese Frage die Frage der Schädlichkeit.

Mit der Frage der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit darf also nicht verwechselt werden die Frage des Uebermaßes, der Geeignetheit, der Ungeeignetheit, der Schädlichkeit. Diese Verwechselung begeht Verfasser in ausgiebigem Maße. Weil das OVG. ganz richtig die Frage des Uebermaßes prüft, glaubt Verfasser, es prüfe die Notwendigkeit nach (S. 179 ff.), und kommt dann zu den kühnsten Schlüssen. § 17 des Polizeiverwaltungsgesetzes mit seinem Verbote der Prüfung der Notwendigkeits- und Zweckmäßigkeitsfrage soll mit dem andern Inhalt des Gesetzes in Widerspruch stehen, und bei diesem Widerspruch liege es „jedenfalls näher, den § 17 Not leiden zu lassen und im rechtsstaatlichen Sinn die Kontrolle der Gerichte auf die Notwendigkeitsfrage auszudehnen“ (S. 191). S. 192 rühmt er sich, als erster entdeckt zu haben, daß das Kammergericht und das OVG., trotz ausdrücklicher Ablehnung der Ueberprüfung der Notwendigkeits- und Zweckmäßigkeitsfrage, doch in Wirklichkeit diese Fragen überprüft hätten, und führt eine Reihe von Beispielen an, um dann S. 199 den beiden Gerichtshöfen den guten Rat zu erteilen, „einen doch etwas unehrlichen Schein“ aufzugeben und „den Satz von der Unüberprüfbarkeit der Notwendigkeits- und Zweckmäßigkeitsfrage nun auch formell fallen“ zu lassen. S. 316 und 516 prophezeit er gar, daß die Ueberprüfbarkeit der Notwendigkeits- und Zweckmäßigkeitsfrage nur noch eine Frage der Zeit sei — alles, weil er die echte Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit mit ihren Doppelgängern Uebermaß und Geeignetheit verwechselt. Besonders beweiskräftig scheint ihm die Entscheidung des PrOVG. vom 26. 1. 10 zu sein, wo anerkannt wird, daß gewisse polizeiliche Anordnungen

„notwendig“ waren (S. 199). Damit wird aber doch nur gesagt und konnte nach Lage des Falls nur gesagt werden, daß die Grenze des Uebermaßes nicht überschritten sei. Ebenso bedenklich ist die Darstellung der sächsischen Rechtsprechung S. 435 ff. Das sächs. OVG. billigt in gewissen Fällen dem Bürger ein subjektives Recht auf Einschreiten der Polizei zu, worüber das OVG. entscheidet, und daraus folgert Verfasser, die Polizei sei streng gebunden (S. 436, 445, 182 f. N. 288). In Wirklichkeit folgt daraus nur, daß die Polizei, wie oben gezeigt, bei Ordnungswidrigkeit Nr. 30 einschreiten muß, aber nicht, daß diese Grenze der Schädlichkeit mit der Grenze des Uebermaßes (= Ordnungswidrigkeit Nr. 1) zusammenfällt.

So gerüstet tritt Verfasser S. 203 ff. mir entgegen und will dem Leser zeigen, „daß JELLINEK in Wirklichkeit in vollstem Maß in dieselben Widersprüche verfällt, die er an der Rechtsprechung des OVG. kritisiert“. Besonders tadelt er die verschiedene Behandlung folgender beider Fälle: Ein Schmied beschlägt die Pferde auf der Straße; die Polizei verbietet ihm dies. Hier gebe ich der Polizei recht. Der andre Fall: Ein Hausbesitzer leitet seine Abwässer in die Straßenrinne; die Polizei verbietet ihm dies und verlangt Unterbringung in einer Senkgrube. Hier gebe ich der Polizei nur soweit recht, als sie verbietet; die Anordnung der Unterbringung in einer Senkgrube halte ich für ungültig wegen Uebermaßes. Ich habe beide Fälle auf die Kritik BÜHLERS hin meinen Studenten in den Uebungen ohne Vorbereitung vorgelegt, und sofort hatten sie den Unterschied erkannt, der BÜHLER verborgen blieb. In beiden Fällen liegt eine Ordnungswidrigkeit vor, ob nun im 20. Grade oder im 2. (vgl. oben), ist gleichgültig. In beiden Fällen darf daher die Polizei einschreiten durch Verbot der weiteren ordnungswidrigen Benutzung der Straße, also die Ordnungswidrigkeit auf 0 herabmindern. Sie kann insbesondere das Hufbeschlagen auf dem Bürgersteige ganz verbieten, da — wie das OVG., Entsch. Bd. 2 S. 399, ganz richtig ausführt — „der Bürgersteig seiner Zweckbestimmung nach ohne Zweifel nicht nur zu einem Teile, sondern in seiner ganzen Ausdehnung zunächst für den Verkehr der Fußgänger in Anspruch genommen werden darf“. Auf alle Fälle ist also das Hufbeschlagen eine polizeiwidrige Verkehrsstörung. Gegen den Hausbesitzer geht aber die Polizei weiter. Obgleich schon durch das Verbot der Ableitung der Abwässer auf die Straße die Ordnungswidrigkeit auf den Nullpunkt gebracht wird, verlangt die Polizei darüber hinaus Unterbringung der Abwässer in eine Senkgrube. Damit überschreitet sie die Grenze des Uebermaßes; ihr Befehl ist also insofern ungültig. Verfasser bespricht dann den Fall des Hufschmiedes noch ausführlich S. 210 ff. Ich möchte hierzu nur kurz bemerken, daß ich, Gesetz usw. S. 341, den Fall des Hufschmiedes mit unzweideutigen Worten stilisiert habe, mich auch absichtlich nicht auf die Entscheidung des Preußischen OVG. berufe, um ja alle möglichen Bedenken

auszuschließen. Verfasser darf mir also dort nicht jene Entscheidung entgegenhalten.

Einen andern Widerspruch findet Verfasser S. 203 f. darin, daß ich an sich die Ueberprüfbarkeit der Frage, ob mehr als nötig, anerkenne und dennoch, Gesetz usw. S. 88, der Polizei die freie Wahl lasse, ob sie „gegenüber einem gesundheitsschädlichen Brunnen nur eine Warnungstafel anbringen lassen oder gänzliche Schließung des Brunnens anordnen will". Der Fall liegt aber doch sehr einfach. Bei einer leichten Verseuchung des Brunnens — von ihr spreche ich a. a. O. — liegt eine Ordnungswidrigkeit vielleicht vom Grade 17 vor. Durch eine Warnungstafel wird die Ordnungswidrigkeit um 12, also auf 5 herabgemindert, und erst durch Schließung auf 0. Folglich gehört hier die Wahl zwischen diesen beiden Mitteln zur Zweckmäßigkeitsfrage. Aber gerade der gesundheitsgefährliche Brunnen zeigt, daß je nach dem Grade der tatsächlichen Gefahr die Rechtslage verschiedener Beurteilung unterliegt. Bei einer Verseuchung vom Grade 45 hat die Polizei k e i n e Wahl zwischen Warnungstafel und Schließung. Denn auch nach Anbringung der Warnungstafel bleibt noch eine Ordnungswidrigkeit vom Grade 33 bestehen, gegen die die Polizei einschreiten m u ß; sie m u ß hier also die Schließung anordnen. Umgekehrt: bei einer Verunreinigung im Grade 6 genügt schon die Warnungstafel zur Herabminderung der Ordnungswidrigkeit auf 0; folglich d a r f in diesem Falle die Polizei die Schließung n i c h t befehlen; auch hier also hat sie keine Wahl zwischen Schließung und Warnungstafel. Verfasser darf sich daher nicht wundern (S. 176 u. 194), wenn der Fall des verseuchten Brunnens bald so bald so entschieden wird. Es kommt eben immer auf den Grad der Gefahr an.

Wenn Verfasser in dieser Weise nicht einmal der groben Fälle Herr wird, so ist es nicht erstaunlich, daß er bei den feineren noch weniger einsieht, worauf es eigentlich ankommt. Ich denke hier an die Entscheidung des PrOVG. Bd. 51, S. 284 ff., die Verfasser S. 213 f. mit polemischer Spitze gegen mich ausführlich würdigt. Die Polizei hatte sofortige Leerung eines Stauteichs angeordnet. Das OVG. hebt auf wegen mangelnder Berücksichtigung der Interessen des Klägers. Diese Entscheidung unterscheidet sich von der großen Zahl der übrigen dadurch, daß das OVG. nicht einfach den objektiven Tatbestand prüft und dann zu dem Schlusse gelangt, die Polizei habe nach Sachlage das Maß des Nötigen überschritten. Sondern aufgehoben wird die Verfügung, weil die Polizei „nach dem Inhalt ihrer dem Gericht vorgelegten Akten nichts getan" hat, „um die in Frage kommenden Interessen des Klägers soweit als möglich zu schonen". D a r i n erblickt das OVG. die Ueberschreitung des nötigen Maßes. Wer die Entscheidung, die das OVG. nicht etwa als Revisionsgericht erlassen hat, als Ganzes unbefangen liest, muß sich sagen: Hätte in diesem Falle die Polizei den Kläger vorher gehört, und hätte sie in den Akten oder in der Verfügungsbegründung ausgeführt: die Verfügung trifft den Kläger zwar sehr hart,

aber aus den und den Gründen muß hier das Interesse des Klägers hinter dem öffentlichen Interesse zurücktreten, — dann hätte das OVG. die Verfügung nicht aufgehoben. Der Fall lag also so, daß die Polizei einschreiten durfte; nur durfte sie von ihrem Ermessen nicht Gebrauch machen, ohne die Interessen des Klägers wenigstens in Erwägung gezogen zu haben.

2. Vollkommene Beherrschung des Stoffes ist also die erste Voraussetzung für die richtige Würdigung der dem Stoff gewidmeten Rechtsprechung. Ein weiteres Erfordernis ist vollkommene Vorurteilslosigkeit. Man darf auch nicht den Schein erwecken, als verwende man die Rechtsprechung einseitig zur Stützung seiner persönlichen Ansichten. Diesen Schein erregt aber Verfasser entschieden bei Besprechung der Bedürfnisfrage. Er ist der Ansicht, „Bedürfnis" im Sinne der GewO. § 33 sei ein eindeutiger Begriff, die Beurteilung des Bedürfnisses also durchaus eine Rechtsfrage (S. 30 ff., 286 f., 387). Auf diese Ansicht selbst will ich nicht näher kritisch eingehen, nur möchte ich Verwahrung einlegen gegen die Behauptung, das preußische OVG. habe die Bedürfnisfrage nicht als Frage des freien Ermessens behandelt (S. 288 N. 48). Das OVG. hat nur die Grenzen des Begriffes „Bedürfnis" als Rechtsfrage angesehen, aber innerhalb des richtig verstandenen Begriffs dem freien Ermessen keine Schranken auferlegt. So wurde vom OVG. einmal beanstandet, daß das Berufungsgericht bei Genehmigung einer Kantine meinte, durch eine Erklärung der Militärbehörde der selbständigen Prüfung der Bedürfnisfrage enthoben zu sein. Diese Rechtsprechung habe ich Gesetz usw. S. 132 N. 71 gewürdigt (vgl. ferner Gesetz usw. S. 342 N. 17 und PrOVG. 19. 12. 1889 Bd. 19 S. 325). Verfasser kennt diese Stelle (BÜHLER S. 41), greift aber nur zwei ihm scheinbar günstige Entscheidungen heraus und macht dann den Leser glauben, das OVG. habe im Gegensatze zu andern Verwaltungsgerichten „die Bedürfnisfrage ohne weiteres für eine Rechtsfrage erklärt". (S. 512, 288 N. 48).

3. Bei Verwertung der Rechtsprechung muß man ferner die entscheidenden Ausführungen wohl sondern von den bloß gelegentlichen Bemerkungen, den bloßen Redensarten. So hat das preußische OVG. in einer großen Zahl von Entscheidungen die Wendung gebraucht, eine Polizeiverfügung sei aufzuheben, wenn sie nicht auf objektiven polizeilichen Motiven, sondern auf Willkür, Schikane oder sonstiger Pflichtwidrigkeit beruhe, aber immer nur, um den Kläger zu belehren, daß gegen die Behörde ein solcher Vorwurf nicht erhoben werden könne. Ich habe vor dieser Formel unter Anführung von 25 preußischen Entscheidungen gewarnt, Gesetz usw. S. 65 f. N. 114, 115, und auch gezeigt, daß das preußische OVG. bestenfalls in einigen wenigen Fällen (1898 und 1909). und auch da sehr zaghaft, mit der sog. „Willkür" Ernst gemacht hat (Gesetz S. 66 N. 115, S. 324 N. 9, S. 325 N. 13). Verf. beachtet diese kritische Bedenken nicht und kommt daher, übrigens ohne genauere Belege, S. 315 ff. (und S. 518) zu der Behauptung, das OVG. habe „aus § 127 III Ziff. 2 die Berechtigung zur

Ermessenskontrolle hergeleitet und sie namentlich in der Form der Motivkontrolle jahrzehntelang in erheblichem Umfang ausgeübt". Das stimmt nach dem obengesagten nicht. Das OVG. hat die Motivenkontrolle nicht in erheblichem Umfang ausgeübt; das OVG. hat sich immer auf die Rechtskontrolle beschränkt; und selbst wenn es die Motivenkontrolle in erheblichem Umfang ausgeübt hätte, wäre dies Rechtskontrolle und nicht Ermessenskontrolle gewesen (vgl. oben III 3 u. 4).

Wie das preußische OVG. so führen auch andere Behörden die Redensart von der „Willkür" gerne im Munde. Verf. glaubt auf diese Weise einmal beim badischen Verwaltungsgerichtshof eine echte Ermessenskontrolle entdeckt zu haben (S. 163, 487) und rät den badischen Behörden, das verstaubte Rüstzeug der Nichtigkeitsbeschwerde hervorzuholen, um den kühnen VGH. für diese seine Gewaltsüberschreitung zu züchtigen (S. 488, 219 N. 323). Hätte Verf. die ganze Entscheidung in der bad. Verwaltungszeitschrift gelesen und nicht bloß den knappen Auszug in der „Rechtsprechung", so hätte er gemerkt, daß es sich auch hier nur um eine Redensart handelte; denn das Urteil fährt fort: „Von Willkür kann aber keine Rede sein, wenn die Behörde durch gewichtige Gründe wie die Rücksicht auf die Zunahme ähnlicher Gesuche und die im öffentlichen Interesse erstrebte anderweitige Regelung des Abfuhrwesens zu der Zurücknahmeverfügung bestimmt worden ist." Auch vor dieser Entscheidung hatte ich daher a. a. O. S. 66 Note 114, S. 324 N. 9 gewarnt. Die Entscheidung hat nach Ansicht des Verfassers „prinzipielle Bedeutung". Deshalb führt er den Auszug in der „Rechtsprechung" wörtlich an und nennt als Belegstelle „R. III 339, Z. 1907 S. 200". Er gibt sich also den Anschein, als habe er bei dieser „prinzipiellen" Entscheidung wörtlich aus der Rechtsprechung und der Zeitschrift zitiert. Dieser Anschein wird verstärkt durch seine Bemerkung S. 461 N. 285 a. E.: „Die Entscheidungen in der Rechtsprechung sind meist so knapp wiedergegeben, daß sie, soweit sie nicht ausführlicher in der Zeitschrift enthalten sind, häufig nicht verwertbar waren." In Wahrheit hat er nur aus der „Rechtsprechung" zitiert und die dort angegebene Belegstelle auf gut Glück mit abgeschrieben. Denn der erste Satz des Auszugs in der „Rechtsprechung" lautet in der Zeitschrift ganz anders. Derartige Ungenauigkeiten bei angeblich „prinzipiellen Entscheidungen" machen keinen guten Eindruck. — Besser zur Theorie des Verf. hätte die Entscheidung vom 12. 11. 06 gepaßt (Gesetz usw. S. 326 N. 13).

Wenn schon bei Verwertung gelegentlicher Bemerkungen Vorsicht geboten ist, so ist selbstverständlich völlig verboten die Berücksichtigung der Ueberschriften zu den Entscheidungen. Diesen Fehler begeht Verf. S. 400 Note, nachdem er einige Stellen einer bayerischen Entscheidung aus dem Zusammenhang gerissen und auf diese Weise entstellt hat. Der Bayer. VGH. sagt dort kurz (vgl. auch Gesetz usw. S. 345 zu N. 25): Wenn die Aufsichtsbehörde die Herstellung eines Brunnens zu Feuerlöschzwecken für

notwendig hält, so muß die Gemeinde den Brunnen herstellen und der Verwaltungsrichter hat die Notwendigkeit nicht zu überprüfen. Wohl aber hat er zu prüfen, ob die Aufsichtsbehörde den Brunnen zu Feuerlöschzwecken für notwendig gehalten hat. Verf. versteht dies nicht, meint, der VerwGH. habe hier doch im Grunde die Notwendigkeit überprüft und beruft sich dann schließlich auf die — möglicherweise von einem Sekretär verfaßte — Ueberschrift der Entscheidung.

4. Endlich verlangt man von einer Darstellung der Rechtsprechung eine gewisse Vollständigkeit. Da hilft aber kein anderes Mittel als ein langsames Blättern durch sämtliche Entscheidungsbände und Zeitschriften, Blatt für Blatt, von der ersten Seite bis zur letzten. Auf Register darf man sich nicht verlassen, ebensowenig auf die Vollständigkeit der Zitate in Kommentaren. Wie sich Verf. das Material gesammelt hat, entzieht sich meiner Kenntnis. Auch habe ich nicht zum Zwecke dieser Besprechung selbst die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte über das subjektive öffentliche Recht durchgesehen, um die Vollständigkeit seiner Angaben nachzuprüfen. Ich kann nur sagen: mir sind auf den ersten Blick einige Lücken aufgefallen. So wird mit keiner Silbe der preußischen Rechtsprechung über die Zwangsetatisierung gedacht, obgleich sich Verf. eingehend mit der Selbstverwaltung beschäftigt (vgl. FRIEDRICHS Das Zuständigkeitsgesetz 1904 S. 34 ff.). Ich vermisse die badische Entscheidung (Rechtsprechung III Nr. 322), daß die Einreichung eines Baugesuchs zunächst nur einen Anspruch auf Prüfung erzeugt. Auch hätte ich gerne die württembergische Entscheidung gesehen, wo über „die Behauptung des Beschwerdeführers, daß in Tübingen Hunderte von Dachkammern unter gleichen Verhältnissen nicht beanstandet werden", Beweis erhoben wird. Ueberhaupt hat Verfasser zum subjektiven Recht auf gleichmäßige Behandlung nirgends Stellung genommen, obgleich ihm in diesem Punkte schon reichlich vorgearbeitet war (Gesetz usw. S. 323 ff., FLEINER Inst.[2] S. 126). Entschieden auf unvollständiger Materialsammlung beruht auch die, für eine weittragende Geschichtskonstruktion verwendete (S. 210, 212 ff., 216, 295, 315 f.) Behauptung S. 311: „Zur Ausübung von Ermessenskontrolle drängte" die preuß. Verwaltungsgerichte „ihre ältere Auffassung von der Unmöglichkeit der Nachprüfung der Notwendigkeitsfrage bei Polizeiverfügungen". Denn schon im 1. Bande der Entscheidungen des Preuß. OVG. S. 326 wird das, was Verf. die Notwendigkeitsfrage nennt: die Frage des Uebermaßes, nachgeprüft. Die Polizei verlangt Beseitigung einer Giebelstube mit Ofen wegen Feuergefährlichkeit. Das OVG. hebt auf, in Erwägung, daß „die Beseitigung der ganzen Stube . . erst für den hier nicht nachgewiesenen Fall zu fordern sein würde, daß den im Interesse der öffentlichen Sicherheit zu stellenden Anforderungen auf keine andere Weise genügt werden könnte." — Ebenso baut Verf. bei der Darstellung der württembergischen Rechtsprechung wohl mit unzulänglichen Mitteln. Nach

seiner Meinung prüft der Württ. VGH. die „Notwendigkeitsfrage“ nicht nach (S. 200), und Verf. folgert daraus wiederholt (S. 341 ff., 428, 514 f.), die württembergische Rechtsprechung sei rückständig und kenne noch nicht den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Dem sei die Entscheidung vom 26. 5. 83 (Amtsblatt 1883 S. 176) entgegengehalten; dort sieht es der VGH. für rechtserheblich an, daß gewissen „Mißständen nicht durch die von den früheren Instanzen angeordnete Anlage eines Entwässerungsgrabens und eine Umzäunung der Nachbargrundstücke, sondern bei den obwaltenden Verhältnissen nur durch eine angemessene Auffüllung der betreffenden Flächen in einer die Erreichung des Zwecks sichernde Weise begegnet wird“. Den gleichen Rechtsstandpunkt nahm das Württ. Min. d. I. am 16. 1. 83 ein (Amtsbl. S. 173): Ein Grundstück entwickelt üble Gerüche; die Polizei schreitet dagegen ein. „Die in Erfüllung dieser Aufgabe zu treffenden polizeilichen Anordnungen dürfen . . . nach Art und Maß über das Bedürfnis nicht hinausgreifen, sondern müssen ihre Grenze finden in demjenigen, was zur Erreichung des anzustrebenden Zwecks nothwendig ist.“ Aehnlich entschied die Regierung des Jagstkreises am 18. 4. 1910 (Württ. Z. III S. 309 f.) bezüglich der Beseitigung eines Fleischhakens.

Mehr als Stichproben habe ich nicht angestellt. Aber schon die Stichproben lassen auf Unvollständigkeit schließen.

V. Zum Schlusse einige Bemerkungen über die Stellung BÜHLERS zu meinem Buche „Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -Verfügungen. 1913.“

In diesem Buche behandle ich den größten Teil der Fragen, denen auch das BÜHLERsche Buch gewidmet ist. Auch ist dort die Rechtsprechung in der umfassendsten Weise verwertet. Das Gegebene wäre doch nun wohl gewesen, daß BÜHLER mein Buch von Anfang bis zu Ende las und dann in wissenschaftlich ruhiger Weise sich mit den Ergebnissen meiner Untersuchungen auseinandersetzte. Er hätte dann eine Anzahl von Berührungspunkten gefunden, die ihm so entgangen sind. So ist es nicht richtig, wenn er S. 63 f. behauptet, die Frage der Möglichkeit öffentlichrechtlicher Unterlassungsansprüche sei noch nirgends untersucht: die auch von ihm für maßgebend erklärten Gesichtspunkte habe vielmehr auch ich schon a. a. O., S. 127 f., S. 128 N. 61, hervorgehoben; dort auch S. 112 N. 7 die Verwertung des § 328 BGB. (vgl. BÜHLER S. 54). Ebenso habe ich, Gesetz S. 117 N. 26, zum Streit zwischen Apelt und dem Sächsischen OVG. über das Erfordernis des subjektiven Rechts Stellung genommen und habe ebenso entschieden wie Verfasser (S. 447 ff.). Auch hätte ihn meine Bemerkung, Gesetz S. 69 zu N. 5, wahrscheinlich abgehalten, die Bestimmungen der Gemeindeordnungen über die „Benachteiligung einzelner“ so zu entstellen, wie er es S. 231 seines Buches getan hat. Nicht die Erhebung der Beschwerde ist von einer „Benachteiligung einzelner“ abhängig

gemacht, sondern das Einschreiten der Aufsichtsbehörde von Amts wegen ist davon abhängig gemacht, daß der gesetzwidrige Gemeindebeschluß nicht bloß eine Benachteiligung einzelner enthält, oder positiv gesagt: nur bei Verletzung des öffentlichen Interesses darf die Aufsichtsbehörde einschreiten. Eine Beschränkung des Beschwerderechts enthalten jene Bestimmungen nicht.

Statt dessen hat es BÜHLER vorgezogen, mich an zahlreichen Stellen seines Buchs in einer mir nicht recht verständlichen Gereiztheit anzugreifen. Zu seinen Gunsten betrachte ich es als selbstverständlich, daß er sich schließlich eingeredet hat, mein Buch sei so wie er es schildert. Sonst würden seine Angriffe hart an Verleumdung grenzen.

Ich will den Leser nicht mit allen Einzelheiten langweilen. Auch ist es nicht meine Aufgabe, hier eine Art Schülerkommentar zu meinem Buche zu liefern. Vielmehr beschränke ich mich auf die Darstellung einiger charakteristischer Punkte.

Zunächst ist BÜHLERS Art der Polemik nicht ganz ritterlich. S. 204 wirft er mir vor, daß ich das Verhältnis von Polizeigebot und Polizeiverbot an zwei verschiedenen Stellen meines Systems abhandle, nämlich Gesetz S. 256 und S. 293. Ueber die Gründe der Systematisierung gebe ich S. 250 Auskunft. An der beanstandeten Stelle S. 256 heißt es dann bei mir wörtlich: Die Polizei „kann den Leuten einer Straßenbahn unhöfliches Benehmen gegen die Fahrgäste verbieten, aber nicht positiv ein höfliches Benehmen gebieten. Darüber näheres an späterer Stelle (§ 14 III 1c, § 15 II)". Ich verweise also selbst auf spätere Ausführungen, während die BÜHLERschen Bemerkungen den Schein erwecken, als ob er einen Systemfehler entdeckt habe. — Ebendort und S. 169 N. verhöhnt er den von mir Gesetz. S 256 aufgestellten Satz: „Ein Polizeibefehl kann ungültig sein wegen Vertauschung der Bejahung mit der Verneinung oder umgekehrt" und prophezeit, daß auf diesen Ungültigkeitsgrund „die Gerichte wohl nicht so rasch ihre Entscheidungen werden stützen können". Wohlweislich verheimlicht er aber dem Leser, daß sowohl das Kammergericht als auch das Bayerische Oberste Landesgericht Polizeiverordnungen für ungültig erklärt haben, die das Unverbotene im einzelnen aufzählten statt im einzelnen das Verbotene aufzuzählen. Diese Rechtsprechung habe ich an der bekämpften Stelle angeführt.

BÜHLER hat ferner meine Ausführungen unglaublich flüchtig gelesen. S. 171 N. 270 am Ende heißt es: „Merkwürdig genug finden sich unter W. JELLINEKS Beispielen die Fälle unbestrittener Ermessensfehler, nämlich die bei freier Erteilung von Erlaubnissen aller Art vorkommenden, so gut wie gar nicht vertreten." Ich will BÜHLER verraten, daß er den Schlüssel für dieses tiefe Geheimnis auf S. 207 f. meines Buches findet. Dort schränke ich meine Untersuchungen grundsätzlich auf den Polizeibefehl ein. „Der Polizeibefehl bildet so den natürlichen Mittelpunkt der folgenden Untersuchun-

gen", heißt es bei mir wörtlich S. 208. — S. 282 f. glaubt BÜHLER, OTTO MUELLER gegen mich in Schutz nehmen zu sollen. OTTO MUELLER ist der Ansicht, daß bei Auflösung von Krankenkassen der Verwaltungsrichter auch die Zweckmäßigkeit der Auflösung nachzuprüfen habe, und beruft sich auf eine preußische Ausführungsanweisung, die in der Tat von der Prüfung der Frage spricht, ob Umstände „die Auflösung zweckmäßig erscheinen lassen". Gesetz S. 197 wende ich mich gegen OTTO MUELLERS Auffassung mit den Worten: „Beim vierten Beispiel hat den Verfasser der gleiche Irrtum geleitet wie beim zweiten." Damit habe ich auf meine Ausführungen zum zweiten Beispiel verwiesen. Da aber OTTO MUELLER noch jene Ausführungsanweisung erwähnt hatte, mußte ich diese Begründung MUELLERS noch besonders würdigen und zeige dann, daß die Ausführungsanweisung sich nur an die Verwaltungsbehörden richtet, nicht an die Verwaltungsgerichte. BÜHLER, in dem Wahne, ich sei von mir aus auf jene Ausführungsanweisung zu sprechen gekommen, schilt mich deswegen: ich bewiese „nur etwas, was OTTO MUELLER gewiß gar nicht hat bestreiten wollen", und hat es nicht für nötig gefunden, bei OTTO MUELLER nachzulesen. — S. 24 N. 41 heißt es: „W. JELLINEK verfällt in den umgekehrten Fehler, indem er ihn [nämlich den Begriff des öffentlichen Interesses] anscheinend nur als Rechtsbegriff auffaßt." Dabei sage ich wörtlich, Gesetz S. 71: „S o w e i t das Gesetz auf die Anschauungen der Gesellschaft verweist und nicht auf diejenigen des einzelnen Staatsorgans, ist das öffentliche Interesse ein R e c h t s b e g r i f f." — Nachdem er diese Probe seines feinen Verständnisses für meine Ausführungen abgelegt hat, kommt dann S. 40 ff. seine erste große Polemik gegen mich wegen des freien Ermessens und der unbestimmten Begriffe. S. 41 f. wundert er sich, daß ich der Gesellschaft einmal die Macht einräume, einen unbestimmten Begriff eindeutig zu machen, bei andern unbestimmten Begriffen ihr nur die Fähigkeit zuerkenne, die beiden Grenzen des Begriffs festzulegen. Aber nicht i c h räume der Gesellschaft in willkürlicher Weise bald die, bald jene Macht ein, sondern ich behaupte, was mir doch wohl auch BÜHLER zugeben wird, wörtlich: „es kommt immer darauf an, ob das G e s e t z, kraft Auslegung oder kraft Verweisung auf gesellschaftliche Anschauungen, einen eindeutigen Sinn damit verbunden wissen will oder nicht" (S. 39). Ueber die Grenzen jener unbestimmten Begriffe scheint sich BÜHLER ganz falsche Vorstellungen zu machen, so beim Begriffe der Ordnungswidrigkeit (S. 42, 204); die Grenze, bei der die Polizei eine Ordnungswidrigkeit annehmen k a n n, bestimme ich nicht anders als auch BÜHLER, nur werde ich durch das der Polizei zweifellos eingeräumte freie Ermessen gezwungen, noch eine zweite Grenze aufzusuchen, an der die Polizei einschreiten m u ß, und die mit der ersten Grenze nicht zusammenfällt. Die nähere Erläuterung hierfür hätte BÜHLER bei mir S. 46 finden können. BÜHLER drückt die Tatsache, daß er mich nicht verstanden hat, in seiner eigenartigen Sprechweise so aus:

mir habe die Logik einen Streich gespielt (S. 40). Ebenso nennt er meine Auslegung des Wortes „Klage“ nach seiner üblichen Bedeutung eine „petitio principii“ (S. 281) und die Schlußfolgerung aus einem unbestreitbaren Rechtssatz einen „circulus vitiosus“ (S. 169 N. 267).

Doch dies sind alles bloße Vorspiele zu seinen hauptsächlichen Beschuldigungen. Er wirft mir nicht mehr und nicht weniger vor, als daß bei mir „eine klare Scheidung zwischen dem positiven Recht und einem aus allgemeinen Ueberlegungen gewonnenen Idealrecht zu vermissen“ sei (S. 260 N. 387; ähnlich S. 166 f., 205), und daß ich mir selbst hierüber nicht klar gewesen sei (S. 169 N. 267 a. E.).

Damit bringt BÜHLER künstlich einen Zwiespalt in mein Buch, dessen Vorhandensein ich bestreite. Wenn ich mein Buch eine „staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung“ genannt habe, so wußte ich, was ich wollte. Glaubt denn BÜHLER, es sei ein guter Witz, ein Scherz von mir gewesen, daß ich überall, wo ich nur konnte, die positiven Gesetzesbestimmungen herangezogen habe und zwar vielfach vollständiger als je irgend jemand vor mir? Ich erinnere an die Vorschriften über den Begründungszwang (S. 233 f.), den Widerspruch einer Polizeiverordnung mit Gesetzen (S. 245 N. 1), den Begriff der Polizei (S. 272 N. 18), die Auskunftspflicht der Polizei gegenüber (S. 320 N. 78), die Aktenerhebung (S. 336, N. 7). Vor allem habe ich aber die Haupttexte für meine Untersuchung in der Einleitung wörtlich mitgeteilt. Dort zeige ich (S. 3 f.), daß in Preußen, Bayern, Sachsen, Baden, zum Teil auch Württemberg, fast wörtlich übereinstimmende Gesetze den Gerichten die Prüfung der „Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit“ entziehen, und daß die Verwaltungsgerichtsgesetze dieser Staaten die Verwaltungsgerichte bei der Anfechtungsklage oder allgemein auf die Prüfung der Rechtsfrage und der Tatfrage beschränken, ihnen also die Ermessensfrage nicht zuweisen. Wegen der preußischen Anfechtungsklage war durch OTTO MAYER ein Zweifel entstanden. Unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des preußischen Gesetzes setze ich S. 117 f. N. 28 auseinander, daß auch in Preußen nur die Tatfrage und die Rechtsfrage nachgeprüft werden kann. Nach ausführlichen Untersuchungen komme ich S. 88 f. zum Schlusse, daß die Ermessensfrage gleichbedeutend sei mit der Notwendigkeits- und Zweckmäßigkeitsfrage. Dies gibt mir BÜHLER S. 175 selbst zu. Auch erhebt er keinen Widerspruch bezüglich Bayerns, Sachsens, Württembergs, Badens. Nur bezüglich Preußens ist er, wie wir wissen (s. oben III 3), andrer Ansicht, trotz der richtig erkannten Entstehungsgeschichte, vermöge einer irrigen Darstellung der preußischen Rechtsprechung. S. 164 f. äußere ich mich über die Zulässigkeit der Rechtsvergleichung. Ich durfte also in der Einleitung zum dritten Kapitel mit gutem Gewissen sagen (S. 201): „Zwar verlangt die Wissenschaft nicht eine Beschränkung auf die Gesetzgebung eines bestimmten Einzelstaats. Denn wie die Einleitung gezeigt (oben S. 3 ff.), ist

der Quellenbestand in den meisten deutschen Rechtsgebieten vielfach nur der Form nach verschieden, und wenn Bayern bei den Polizeiverfügungen seine eigenen Wege zu gehen scheint, so hat es doch im Polizeiverordnungsrecht die gleiche Klausel wie die übrigen Staaten. Die Verschiedenheit der Staaten also ist kein Grund gegen eine allgemeine Darstellung".

Wie belegt BÜHLER seinen Angriff auf mich?

Er wendet sich zunächst bei einer äußerst geringfügigen Frage gegen meine Ausführungen. Es handelt sich um die örtliche Zuständigkeit der Polizeibehörden. Ich sage Gesetz S. 253: „Ist der Polizeibefehl unzulässig gegenüber der vom Nachbarsprengel ausgehenden Störung? Die Frage dürfte zu verneinen sein" und begründe dies näher. BÜHLER ist andrer Ansicht (S. 169 N. 267): „Die Frage ist doch offenbar ebenso wie die der örtlichen Zuständigkeit der Gerichte nach den positiven Gesetzen der einzelnen Staaten zu entscheiden (für das preußische Recht wäre § 1 Abs. 3 des PolVerwGes. in Betracht zu ziehen). Aber diese Mühe erspart man sich nach W. JELLINEK besser, denn einfacher hilft hier „„der fruchtbare Schluß vom Zweck aufs Mittel"". — Zunächst die sachliche Seite der Frage. Nach § 6 i des Polizeiverwaltungsgesetzes gehört zu den Gegenständen der ortspolizeilichen Vorschriften „alles . . ., was im besonderen Interesse der Gemeinden und ihrer Angehörigen polizeilich geordnet werden muß", und nur dies. Die Ortspolizeibehörde der Gemeinde A kann also keine Bestimmung zugunsten der Nachbargemeinde B treffen. § 6 i in Verbindung mit § 12 macht dies ganz deutlich. Der Ausweg, den BÜHLER vorschlägt, ist der, die Ortspolizeibehörde A solle die Ortspolizeibehörde B um Hilfe ersuchen, wenn der Bezirk A vom Bezirke B aus gestört wird. Allein das geht nicht, da die Behörde B nur für ihren Sprengel zu sorgen hat und jede Sorge für den Nachbarsprengel Machtüberschreitung wäre. Es bleibt also nichts übrig als vernünftige Gesetzesauslegung. § 89 der Einleitung zum ALR. bestimmt nun: „Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann". Auf unsern Fall angewendet: Die Ortspolizeibehörde A ist befugt alles anzuordnen, was im Interesse der Gemeinde polizeilich geregelt werden muß; gegen Störungen, die vom Nachbarbezirk ausgehen, gibt es nach Lage der Gesetzgebung kein andres Mittel als ein Eingreifen der Ortspolizeibehörde A; folglich darf sie auch die vom Nachbarbezirk ausgehenden Störungen verbieten. § 1 Abs. 3 steht nicht im Wege; denn dort wird nur positiv ausgedrückt, daß jeder, „der sich in ihrem [der Ortspolizeibehörde] Verwaltungsbezirke aufhält oder daselbst ansässig ist, . . ihren polizeilichen Anordnungen Folge leisten" muß, aber nicht gesagt, daß andre Personen dieser Polizeigewalt nicht unterliegen. — Soweit die Frage selbst. Und nun ihre Behandlung durch mich. Ich stelle fest: An der bekämpften Stelle (S. 253) verweise ich wegen des Schlusses vom Zweck

auf das Mittel auf meine kritischen Ausführungen S. 80 f. Dort wiederum verweise ich auf die Einleitung S. 10 ff., und S. 11 N. 44 führe ich jene Stelle des ALR. wörtlich an. Den maßgebenden § 6 i bringe ich drei Seiten vor der bekämpften Stelle wörtlich im Texte (S. 250). In Anm. 13 zur bekämpften Stelle (S. 253) heißt es am Schluß: „Auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit wird noch einmal zurückzukommen sein: S. 270", und S. 270 führe ich eine Entscheidung des Kammergerichts wörtlich an, die sich, wie jeder Eingeweihte merken muß, auf § 6 i, bzw. den entsprechenden § 12 PolVerwGes. stützt. Vor allem aber heißt es in Anm. 13 der bekämpften Stelle wörtlich: „Ebenso O. GERLAND, Ueber die örtliche Zuständigkeit der Ortspolizeibehörden (VerwArch. Bd. 4) S. 197 ff.; PrOVG. III 21. 4. 1904 und I 19. 12. 1911 (Entsch. Bd. 45 S. 329 ff. und DJZ. 1912 Sp. 926)." Ich verweise also auf den Aufsatz von GERLAND, der die preußisch-rechtlichen Fragen für und wider eingehend behandelt. Dann heißt es in der Anmerkung weiter: „Anders die bad. VO. vom 31. 8. 1884/8. 6. 1905 § 2 Abs. 1: „In den Sachen, welche vor die Bezirksbehörden gehören, ist diejenige zur Entscheidung berufen, in deren Bezirk diese zu vollziehen .... ist". — All das verheimlicht BÜHLER seinen Lesern und errötet nicht, angesichts dieser Tatsachen mir im höhnenden Tone mangelnde Gesetzestreue vorzuwerfen — Und wie steht es mit der BÜHLERschen Gesetzestreue? Ich greife eine beliebige Parallele heraus (ein andrer Fall oben V, 2. Abs. a. E.). Bei BÜHLER heißt es S. 308: „Man hat auch nie bezweifelt, daß Art. 13 des württ. VRG. mit der Bestimmung, jeder könne Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erheben, der durch eine Verwaltungsverfügung oder Entscheidung in einem ihm zustehenden Recht verletzt sei, ... auch die Nachprüfung der tatsächlichen Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten zur Aufgabe der Verwaltungsgerichte gemacht habe". Die entsprechende Stelle bei mir lautet (S. 329): „Die württembergische Rechtsbeschwerde endlich ermöglicht bei rechtzeitigem Vorbringen gleichfalls eine Ueberprüfung der Tatfrage in vollem Umfang"[13]). Anm. 13: „Ges. v. 16. 12. 1876 Art. 62. Richtig POENSGEN usw. S. 28 f." Ich bilde mir ein, hier etwas sorgfältiger gewesen zu sein als BÜHLER. An eben jener Stelle (S. 308) behauptet BÜHLER, nach § 2 des österreichischen Gesetzes dürfe der VGH. auch die tatsächlichen Voraussetzungen des angefochtenen Aktes nachprüfen; BÜHLER hat augenscheinlich das österreichische Gesetz nie in Händen gehabt; denn in Wirklichkeit hat § 6 dem Verwaltungsgerichtshof nur die Prüfung der Aktenwidrigkeit, Ergänzungsbedürftigkeit, Formwidrigkeit anvertraut. Weiter meint BÜHLER S. 432 N. 243 a. E., das preußische OVG. prüfe die tatsächliche Seite der Polizeiverfügungen selbst dann nach, „wenn das vorangegangene Verfahren sich gemäß § 128 LVG. vor den Verwaltungsgerichten abgespielt hat". Die Scheidung von Tat- und Rechtsfrage habe daher bei der preußischen Anfechtungsklage keine

praktische Bedeutung (S. 308, 313). Dies stimmt nicht. Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes prüft das OVG. bei der Klage gegen ländliche ortspolizeiliche Verfügungen nur die Rechtsfrage (LVG. § 128 Abs. 1a, §§ 82, 93, 94). Das nennt BÜHLER ein „sehr mühsames Eingehen auf partikularrechtliche Gesetzesbestimmungen" (S. 6).

Wie oben (IV 1) bereits angedeutet, hat BÜHLER meine Ausführungen über die „Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit" und ihre Scheidung von der Frage des Uebermaßes und derjenigen der Geeignetheit (S. 76 ff.) nicht gelesen. Denn sonst hätte er nicht, wie die bei mir S. 79 N. 62 angeführten Schriftsteller, beide Arten von Fragen miteinander verwechseln können. Zum mindesten hätte er doch mit einer Silbe zu meinen Ausführungen dort Stellung nehmen müssen. Der betreffende Paragraph ist bei mir überschrieben: „Privates und öffentliches Interesse, Billigkeit, Ordnung, Zweck, Zweckmäßigkeit, Notwendigkeit." Die Ausführungen sind also durchaus nicht etwa versteckt. Auf 12 Seiten spreche ich ausschließlich von den Begriffen „Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit", erläutere ihre Mehrdeutigkeit, zeige, was die Gesetze unter der Formel „Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit" verstehen und nicht verstehen (S. 77 ff., 86 ff.), und löse somit das Versprechen ein, das ich S. 8 ff. gegeben habe. Und BÜHLER, der die Formel so jämmerlich mißverstanden hat, erkühnt sich S. 203 zu behaupten, es kündige „bei JELLINEK zwar die Einleitung (S. 9) diese Frage verheißungsvoll an und man erwartet danach irgendwo eine zusammenhängende und erschöpfende Untersuchung derselben, aber auch in dieser Erwartung wird man enttäuscht". Natürlich, wenn „man" zu bequem ist, das Buch wirklich zu lesen. Für BÜHLER ist dies aber wiederum ein Beweis dafür, daß ich mich um die Gesetze nicht kümmere.

Sein Meisterstück hat sich aber BÜHLER bei seinen zahlreichen Angriffen auf meine Darstellung der Ermessensfehler geleistet. Ich schicke voraus: Die Ungültigkeitsgründe der Polizeiverordnungen und -Verfügungen teile ich ein in 1. Formfehler, 2. Verfahrensmängel, 3. Rechtswidrigkeit des Inhalts, 4. Widerspruch des Inhalts mit den Tatsachen, 5. Ermessensfehler (S. 225). Der Ausdruck „Ermessensfehler" hat in der Wissenschaft keine technische Bedeutung gehabt; er war noch frei; darum durfte ich ihn in einer besonderen technischen Bedeutung gebrauchen, die ich denn auch S. 224 f. festlegte. Bei all den genannten Fehlern lasse ich richterliche und verwaltungsgerichtliche Kontrolle zu.

Darüber gerät BÜHLER in Zorn. Da doch die Verwaltungsgerichte nur über die Tat- und die Rechtsfrage zu entscheiden hätten, so sei es ganz verwerflich, daß ich ihnen Ermessens„kontrolle" zuwiese. Wie dies möglich, sei eine von mir ganz vernachlässigte Frage (S. 207, 171). Es sei bei mir zu wenig vom Recht, zu viel von der Gerechtigkeit die Rede (S. 167). Weil ich mich so augenscheinlich über das positive Recht hinwegsetzte, hätte ich die große Verwirrung des Ermessensproblems noch erhöht (S. 205),

so daß BÜHLERS Untersuchungen dringend notwendig seien (S. 207). Zudem seien der größte Teil meiner Beispiele von Ermessensfehlern gar nicht Beispiele für Ermessenskontrolle, sondern für Rechtskontrolle; durchweg handle es sich dabei um echte Rechtsfehler (S. 170 N. 267a, N. 270, S. 203, S. 205, S. 410 N. 211, S. 411f. N. 212, S. 454 N. 281). Ein Ausrufezeichen trägt es mir ein, daß ich gar einen „Fall der Subsumtion einer Uebertretung unter ein falsches Strafgesetz beim Erlaß einer Polizeistrafverfügung als Beispiel für einen Ermessensfehler" verwerte (S. 171). Aber dies sei damit zu entschuldigen, „daß sich JELLINEK über den fundamentalen Unterschied zwischen Gesetzesanwendung und freiem Ermessen eben wirklich durchaus im unklaren befindet ... und daher selbst offenkundige Rechtskontrolle mit Ermessenskontrolle verwechselt" (S. 412 N. 212).

Soweit BÜHLER. Und was habe ich wirklich getan? Mit dem Ausdruck „Ermessensfehler" bezeichne ich **rechtliche** Fehler des Ermessens. Meine Ermessensfehler gehören samt und sonders zur Rechtskontrolle und nicht, wie BÜHLER es darzustellen wagt, zur Ermessenskontrolle. Wo spreche ich bei den Ermessensfehlern je von Ermessens „kontrolle"? BÜHLER hätte nur im Register s. v. Ermessensfehler nachzusehen brauchen, um ihr Wesen kennen zu lernen. S. 224f. (vgl. auch S. 137 ff.) sage ich wörtlich: „So bleiben also nur noch übrig die rechtswidrigen und die tatsächlich unrichtigen Erwägungen. Diese Zweiteilung macht aber sofort Platz einer ganz natürlichen Dreiteilung. — Soweit die rechtswidrige Erwägung zu einem rechtswidrigen Inhalt führt, kommt es auf die Erwägungen selbst gar nicht mehr an. Der Polizeibefehl ist dann einfach fehlerhaft wegen rechtswidrigen Inhalts. — Ebensowenig Bedeutung haben die tatsächlich unrichtigen Erwägungen neben dem tatsächlich unrichtigen Endergebnis selbst, sofern dieses, wie bei der Anfechtungsklage, unmittelbar mit der Wirklichkeit verglichen werden kann. Der Polizeibefehl steht solchenfalls selbst in Widerspruch mit den Tatsachen. — Wohl aber bewahrt die tatsächlich unrichtige und die rechtswidrige Erwägung ihre Eigenart im Rahmen der Ermessensfrage. Denn die Zweckmäßigkeitserwägung selbst und ihr Endergebnis ist rechtlich unüberprüfbar. Dadurch gewinnen die tatsächlich unrichtigen und die rechtswidrigen Erwägungen bei Bildung der individuellen Anschauung eine selbständige Bedeutung als Ermessensfehler." Und S. 208 gebe ich das Programm der ganzen folgenden Untersuchungen: „Was uns allein zu beschäftigen haben wird, ist seine [des Polizeibefehls] Ungültigkeit in den beiden Formen der Unwirksamkeit und der Anfechtbarkeit. — Unwirksamkeit ist so viel als eine von sich aus bestehende Unbeachtlichkeit, Anfechtbarkeit so viel als Möglichkeit einer Aufhebung kraft Rechtskontrolle, die auf Klage[24]), Beschwerde[25]), Anfechtungsklage[26]), Rechtsbeschwerde[27]) ausgesprochen werden muß." Anm. 24—27: „[24]) Preuß. LVG.

§ 127 Abs. 2 u. 3; Bad. VerwRpflGes. § 4. — [25]) Bay. Verwaltungsgerichtsges. Art. 22 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1 Ziff. 3. — [26]) Sächs. VerwRpflGes. § 76 .... — [27]) Württ. VerwRpflGes. Art. 13 u. 59 ff."

Ich also sage in meinem Buche so deutlich wie nur möglich: Die Ermessensfehler sind eine besondere Art der rechtlichen Fehlerhaftigkeit, gehören zur Rechtskontrolle, nicht zur Ermessenskontrolle, und dürfen daher von den Verwaltungsgerichten und den ordentlichen Gerichten nachgeprüft werden. Auch meine Beispiele sind deshalb samt und sonders Beispiele für rechtliche Fehlerhaftigkeiten. BÜHLER macht gerade das Gegenteil daraus, ficht spaltenlang tapfer nach zwei Fronten gegen ein Hirngespinst und wagt dann S. 202 die Behauptung, seine Darstellung sei „das Ergebnis recht mühsamen Studiums über JELLINEKs Stellung zu diesen Fragen".

Das Gesamturteil über BÜHLERS Schrift überlasse ich dem Leser.

Kiel. Walter Jellinek.

Dr. **Max Reindl**, Ministerialrat im K. b. Staatsministerium der Verkehrsangelegenheiten, Kommentar zum bayerischen Beamtengesetz vom 16. August 1908 mit den Vollzugs- und Ausführungsvorschriften usw. München u. Berlin 1909 bis 1914, G. Schweizers Verlag (Arthur Sellier). 9 Lieferungen, 1309 Seiten.

Seit den bekannten Kommentaren R. VON LANDMANNS zur Gewerbeordnung und G. VON KAHRS zur Bayer. Gemeindeordnung für die Landesteile diesseits des Rheins ist in Bayern, wohl auch in Deutschland überhaupt kein besserer Kommentar im Gebiete der öffentlichen Rechtsordnung erschienen als dieser Kommentar zum bayerischen Beamtengesetz. Schon die erste, im Jahre 1909 erschienene Lieferung eröffnete die Aussicht auf ein grundlegendes Werk und wer in der Lage war, dem REINDLschen Kommentar in seiner Entstehung und Vollendung kritisch bis in alle Einzelheiten zu folgen, der konnte mit Freude den hohen Wert schätzen, welchen dieser Kommentar vor allem der Praxis des Staatsdienstes in allen seinen Zweigen auf lange Zeit zu leisten verspricht. REINDL hat sich schon durch seine Mitarbeit am neuen Gesetz in den Stoff so eingelebt, daß er ihm ganz zu eigen werden konnte. Dazu durfte der Verfasser die Mühe nicht scheuen, alles überhaupt vorhandene Material zu nutzen. Er mußte die Vorschriften des Gesetzes in ihren feinsten inneren Zusammenhängen und nach allen Seiten ihrer Wirksamkeit hin bis auf die letzte Nagelprobe durcharbeiten. Lange, rein theoretische Ausführungen sind vermieden, Begriff, Wesen und Natur des Staatsdienstes sind mehr in der Fülle und Mannigfaltigkeit der einzelnen Erscheinungsformen, als in abstrakter Lehre entwickelt, überall wird an das bisherige Recht angeknüpft und das geltende nach allen Seiten hin klar und übersichtlich erläutert, vielfach auch an typischen Beispielen deutlich gemacht und durch Heranziehung ein-

schlägiger andrer Gesetze und aller Vollzugsbestimmungen auf den Stand der denkbar höchsten praktischen Verwendbarkeit versetzt. Der praktische Gesichtspunkt, unter welchem die Bearbeitung erfolgt ist, sichert diesem Kommentar einen bedeutsamen Einfluß auf die wirkliche Handhabung des Staatsdienstes, vor allem seiner Leitung und der Disziplinargerichtsbarkeit, daneben aber auch der alltäglichen Uebung des Dienstes selbst. Es war ein Glück, daß ein Mann von reifer, praktischer Diensterfahrung an dieses Werk herantrat und ein Vorzug ist es, daß Verfasser nicht mit dem engen Ressortblick etwa eines fiskalischen Sparkünstlers die Erläuterungen gab. REINDLs Standpunkt ist derjenige, der allein überall das sichere juristische Ergebnis verspricht. Es ist der Standpunkt dessen, der dem Interesse des Dienstes und des Fiskus und dem Rechte des Beamten gleich gerecht wird. Selbst an den wenigen einzelnen Stellen, wo man REINDL im Ergebnis nicht zustimmen kann — ich nenne beispielsweise die Würdigung des Vereinsrechts der Beamten und die Frage der Verpflichtung zum Wiedereintritt der in den zeitlichen oder dauernden Ruhestand versetzten Beamten — ist doch seine Ansicht stets mit beachtenswerten Gründen versehen. Es wäre verlockend, hier auf einige dieser Fragen einzugehen, allein das führte zu weit und soll lieber bei andrer Gelegenheit geschehen. Durch die Beigabe aller wichtigeren Vollzugs- und Ausführungsbestimmungen im Wortlaute, durch die Einarbeitung auch des Richterdisziplinargesetzes, ferner durch die weitgehende Berücksichtigung des Reichsbeamtengesetzes und des Beamtenrechts der größeren deutschen Bundesstaaten endlich auch durch ein treffliches Register ist dem Kommentar nicht nur für Bayern der unbedingt erste Rang als Auslegungsbehelf des neuen Rechtes, sondern auch für das deutsche Beamtenrecht überhaupt eine hohe Bedeutung gesichert.

Aber nicht nur die Praxis, auch die Wissenschaft des öffentlichen Dienstrechtes erfährt hier eine dankenswerte Bereicherung, ist sie doch auf ihren Wegen nach dem Ziele systematischer Ordnung allgemeingültiger Sätze in ihrem ganzen Gebiete darauf angewiesen, die Wahrheitsprobe für ihre Sätze in der allseitigen lebendigen Wirksamkeit der Normen zu machen, und pflegt doch in keinem Gebiete des öffentlichen Rechtes gerade diese Wirksamkeit trotz ihrer besonderen Bedeutung für das Staatsleben dem gemeinen Sinn so verborgen zu sein wie im Gebiete des öffentlichen Dienstrechtes. Was im Bereich des bürgerlichen Rechtes das Familienrecht, das ist im Bereich des Staatsrechtes das Recht des öffentlichen Dienstes. Klarheit und Folgerichtigkeit in den Wechselbeziehungen von Pflichten und Rechten sind dort und hier die obersten Bedingungen geordneten Lebens. Die Wissenschaft schuldet deshalb dem Verfasser für seine hingebende und überaus gründliche, tüchtige Arbeit besondren Dank. Piloty.

Max v. Seydel, Bayerisches Staatsrecht. Auf der Grundlage der 2. Aufl. bearbeitet von v. GRASSMANN und PILOTY. Tübingen, J. C. B. Mohr 1913, 2 Bde. S. 935 u. 663.

Wer es unternimmt, das vorstehende Werk zu besprechen, muß mit der Frage anheben, was war nötig, eine Neubearbeitung des SEYDELschen oder eine Neubearbeitung des bayerischen Staatsrechts? Die Antwort vom Standpunkte der Wissenschaft und der Praxis aus kann nicht zweifelhaft sein. Was wir schon länger brauchten, war eine Darstellung der bayerischen Staatsrechtsordnung nach dem neuesten Stande von Gesetzgebung, praktischer Handhabung und wissenschaftlicher Erkenntnis, nicht ein Festhalten SEYDELscher Anschauungen, wenn sie durch die Entwicklung von Theorie und Praxis überholt sind. Auch in der Wissenschaft muß das alte Gute dem besseren Neuen weichen. Das alte Buch mußte möglichst mit den neuen Ergebnissen der Lehre und des Lebens durchdrungen werden. Das lag meines Erachtens auch im Sinne SEYDELs, der wohl gerne sagte, die selbständigen Schüler sind die schlechtesten nicht. Zugleich meine ich, würde ein solches Vorgehen auch der Bedeutung des SEYDELschen Werkes, wie es uns der Meister hinterließ, gerecht. Die SEYDELsche Arbeit von 1896 ist ein Werk von klassischer Einheit und Geschlossenheit. Ein solches Werk wird am besten in der ursprünglichen Form bewahrt. Alle Aenderung und Ergänzung, die notwendig mit Vorbehalten und Verwahrungen gegen die Anschauungen des Urhebers verbunden werden, bringen in die Ruhe und Eindringlichkeit, die das Ursprüngliche auszeichnen, Störung und Abschwächung.

Man könnte glauben, die Bearbeiter der neuen Auflage seien von diesen Erwägungen geleitet gewesen, denn sie willigten darein, daß die bisher als selbständiges Werk erschienene Darstellung SEYDELs in ein großes Sammelwerk aufgenommen wurde und zwar in eines, das sich öffentliches Recht der „Gegenwart" nennt. Allein in Wahrheit waren für GRASSMANN und PILOTY andere Gedankengänge bestimmend. Sie hielten es für ihre Schüler- und Freundespflicht, nicht ein neues Werk über bayerisches Staatsrecht zu schreiben, sondern das Werk SEYDELs nur zu erneuern. Taten sie das, dann war es selbstverständlich, daß sie bestrebt waren, Inhalt und Form möglichst so zu belassen, wie sie von SEYDEL gestaltet waren. Das entsprach dann auch den Anschauungen des Meisters. SEYDEL wäre der erste gewesen, der eine tüchtige selbständige Bearbeitung des bayerischen Staatsrechtes neben der seinigen freudig begrüßt hätte; aber ebenso gewiß lag es im Wunsche SEYDELs, daß, wenn einmal sein Werk erneuert wurde, dies möglichst auch in seinem Geiste geschah. Dann verlor es am wenigsten von seiner Art.

Die Verfasser haben mit dieser Stellungnahme ein großes Opfer persönlicher Ueberzeugung gebracht, das eigene Ich hinter dankbare Treue zurückgestellt. Namentlich von demjenigen der zwei Bearbeiter ist diese

Entsagung zu rühmen, der in dem freien selbständigen Beruf, in dem er seit mehr als zwei Jahrzehnten steht, pflichtgemäß sich ein eigenes wissenschaftliches System gebildet hat und der gewohnt ist, auf dem Kampfplatz der Wissenschaft mit schöpferischer Kraft seinen Mann zu stellen.

Wenn wir nach dieser Vorbemerkung der neuen Bearbeitung als solcher näher treten, so ist selbstverständlich, daß die Erneuerung von den beiden Bearbeitern in verschiedener Weise geschah. Beide stimmen darin überein, daß sie den neuen Stoff vollständig und gründlich nachgetragen haben. Aber nicht zu erwarten ist, daß sie in dem Maß des Bearbeitens des neuen Stoffes gleichen Schritt halten. Der eine Verfasser steht in einem ganz andersartigen Beruf, der ihm jeden Tag neue Aufgaben stellt und seine volle Arbeitskraft in Anspruch nimmt. Wollte er seine Aufgabe erfüllen, so mußte er Ueberstunden leisten und sich auf das Nötigste beschränken. Von ihm konnte nicht gefordert werden, daß er die Ergebnisse der allgemeinen Literatur des Staats- und Verwaltungsrechtes heranzog. Ihm durfte gestattet sein, daß er nur von derjenigeu neuen Literatur Notiz nahm, die sich speziell mit Bayern beschäftigte. Ein Mehr war von ihm um so weniger zu fordern, als es sich bei den ihm zugeteilten Materien des Buches um die einzelnen Verwaltungszweige, also um Spezialrecht handelte. Dagegen wäre es unverständlich, wenn sich Piloty auch auf diese Art der Neubearbeitung beschränkt hätte. Von ihm konnte eine so weitgehende Entsagung nicht erwartet werden. Er mußte Gelegenheit erhalten und Gelegenheit nehmen, auch seine eigene wissenschaftliche Meinung wenigstens anmerkungsweise kundzugeben. So ist denn naturgemäß der erste Teil umfangreicher geraten. Bei Seydel machte er die Hälfte, in der neuen Auflage macht er drei Fünftel des Werkes aus. Es sei mir gestattet, den Neuerungen, die das Werk an wissenschaftlichen Auffassungen bietet, in einigen Richtungen nachzugehen.

Da ist zunächst das eine zu bemerken, daß sowohl der Bearbeiter des ersten wie der des zweiten Teils — in den militärrechtlichen Partien ist dies der Militäranwalt am bayerischen Senat in Berlin Endres — diesen bayerischen Senat beim Reichsmilitärgericht staatsrechtlich gleich auffassen, nämlich als eine bayerische Staatseinrichtung. Die Mitglieder des Senats seien bayerische, nicht Reichsbeamte (I 388, II 624). M. E. besteht in dieser Hinsicht eine verschiedene Auffassung der Reichs- und der bayerischen Gesetze. Ich verweise darüber auf meinen Aufsatz im Recht 1900 Heft 16/17.

Interessant ist die Frage, ob das neue Beamtengesetz als solches, dessen rechtswissenschaftlichen Gehalt Piloty in ausgezeichneter Weise systematisiert hat, den Charakter eines Verfassungs- oder nur eines verfassungsändernden Gesetzes hat. Piloty spricht sich für ersteres, Kommentatoren, Regierung und Praxis für das letztere aus (I S. 676, 850). Piloty gelangt zu seiner Ansicht dadurch, daß er auf die Frage der Verfassungseigenschaft dem materiellen Verfassungsbegriff Einfluß gewährt. Piloty sagt, man

müsse formelle und materielle Verfassungsgesetze unterscheiden. Materiell sei Verfassungsgesetz jedes Gesetz, das sich auf die Ordnung unmittelbar der Herrschaft bezieht, also Innehabung, Erwerb, Verlust der Herrschaft, Thronfolge, Rechte und Vertretung des Herrschers, Beschränkung desselben in Ausübung der Herrschaft betrifft. Gewiß ist auch P. der Meinung, daß nicht alle materiellen Verfassungsgesetze auch solche formellen Sinnes sind, sondern daß unter den formellen Verfassungsbegriff nur fallen die Verfassungsurkunde, die älteren Gesetze, die zu ihrem Bestandteil erklärt sind, und die späteren Gesetze, denen die Eigenschaft von Verfassungsgesetzen beigelegt ist, aber PILOTY behauptet, für die ausnahmsweise Eigenschaft eines Gesetzes als Verfassungsgesetz spreche eine sichere Vermutung, nämlich dann, wenn sein Inhalt materielles Verfassungsgesetz sei. Er weicht dadurch von SEYDEL ab, der in der 2. Aufl. Bd. II S. 324 schreibt: für die ausnahmsweise Eigenschaft als Verfassungsgesetz spreche keine Vermutung. SEYDEL hat nach meinem Dafürhalten recht.

Abweichend von SEYDEL bestimmt PILOTY auch das Verhältnis des Herrschers zum Staat. PILOTY erblickt in der Herrscherstellung nicht nur, wie SEYDEL eine Tatsache, eine Macht, sondern wenigstens, was den verfassungsmäßigen Herrscher angeht, auch ein Recht (I 80, 212). Der konstitutionelle Herrscher steht ihm nicht außerhalb der Verfassung (S. 213) und deshalb bezeichnet er auch nicht, wie SEYDEL, den König von Bayern, sondern Bayern als Bundesglied des Deutschen Reiches (S. 71, 72).

Was die rechtliche Beziehung zwischen Einherrscher und Landtag angeht, so bekennt sich P. zu der Auffassung, daß auch dann, wenn der König nicht Subjekt, sondern Organ des Staates ist, er doch über dem Landtage steht. Der Herrscher ist das höchste Staatsorgan und ein Organ von ihm und unter ihm das Parlament (S. 215). Wie er es begründet, sagt P. nicht, offenbar ebenso, wie SEYDEL (S. 216), d. h. mit dem Satze, der Landtag wird durch den Monarchen in Tätigkeit und außer Tätigkeit gesetzt. Allein kann der Herrscher den Landtag abschaffen, was doch auch ein Außertätigkeitsetzen ist? Mit Schärfe betont P. andererseits, daß in Bayern rechtlich nicht parlamentarische Regierung gilt: der Landtag ist nicht das Organ der politischen Parteien; diese stehen nicht über dem Landtage; sie sind staats r e c h t l i c h gleichgültige politische Gebilde (S. 215).

Schade ist, daß P. nicht mehr in der Lage war, das neue Regentschaftsgesetz zu würdigen. Es hat interessante Fragen gezeitigt. Ich will nur zwei erwähnen. Erstens die Frage des Rechtstitels, auf Grund dessen der neue König herrscht, wenn die Regentschaft für beendigt erklärt wird. Man muß da hübsch verschiedenes auseinanderhalten. Einmal: wodurch wird der neue Herrscher König? und: in wessen Namen herrscht er? Das eine ist die Frage nach dem Rechtstitel, das andere die nach der Rechtsart der Herrschaft. Dort handelt es sich um den Rechtsgrund, hier um die Rechtsnatur der Herrscherstellung. Dort ist die Erage: erwirbt er die

Herrschaft durch eigene Tat, verleiht er sie sich selbst; hier: übt er sie in eigenem Namen aus? Es kann jemand im eigenen Namen herrschen und doch durch andere bestellt sein. Der König des alten Reiches wurde durch die Kurfürsten gewählt, aber er war nicht ihr Vertreter. Der Papst wird von den Kardinälen berufen, aber er regiert deshalb nicht in ihrem Namen. Er herrscht aus eigenem Recht, wenn dies bedeutet: im eigenen Namen, aber er herrscht nicht aus eigenem Recht im Sinne von eigener Ernennung. Ebenso ist es beim konstitutionellen Könige. Er wird Herrscher durch die Verfassung, aber nach dieser Verfassung herrscht er nicht im Namen seiner Untertanen, kann also nicht von ihnen abgesetzt werden. Klar wird die Sache, wenn man die Ausdrücke Herrschaft im eigenen Namen und aus eigenem Recht scharf trennt. Der verfassungsmäßige Monarch regiert nicht im Namen des Volkes, aber er ist auch nicht die eigene Quelle seiner Herrschaft. Dies ist die Verfassung. Freiherr v. Hertling hat die beiden Bedeutungen von eigenem Recht (im eigenen Namen und aus eigener Quelle) nicht auseinandergehalten, wenn er am 29. November 1913 im bayerischen Landtage erklärte: der bisherige Regent ist König geworden nicht auf Grund des neuen vereinbarten Verfassungsgesetzes, sondern auf Grund der Bestimmungen der erblichen Monarchie, welche die Grundlage der bayerischen Verfassung ist. Er ist es geworden auf Grund dieses Verfassungsgesetzes, aber, obwohl dieses Gesetz unter Mitwirkung der Volksvertretung zustande kam, herrscht er doch in keiner Richtung im Namen, aus Auftrag des Volkes, denn Grundsatz auch dieses neuen Gesetzes ist: der König regiert nur in eigenem Namen. Zur Verwirrung hat auch beigetragen, daß in der Erörterung die Frage des göttlichen Rechtes hereingezogen wurde. Dieses ist etwas anderes als Staatsrecht. Es ist nicht Rechtssatz, sondern Glaubenssatz. Vom Standpunkte des göttlichen Rechts beantwortet sich die Frage nach dem Rechtsgrund natürlich anders. Darnach regiert er auch aus eigenem Recht, d. h. nicht auf Grund eines Menschenwerkes, nicht auf Grund der Verfassung. Allein daraus darf nicht gefolgert werden, daß es staatsrechtlich ebenso ist. Religiöse und staatsrechtliche Auffassung sind ganz verschiedene Sachen. Was nach göttlichem Recht, d. h. nach Religionslehre Quelle der Herrschaft ist, ist es darum nicht nach menschlichem Recht, d. h. nach Staatsrecht. Der Religion zufolge kommt alle Obrigkeit von Gott, dem Staatsrecht zufolge kommt sie aus der Verfassung.

Der andere Punkt aus dem Regentschaftsgesetz, den ich berühren will, betrifft den Regierungsantritt bei der außerordentlichen Beendigung der Regentschaft. Keinem Zweifel unterliegt, daß der neue Herrscher in dem Augenblicke König wird, in dem der bisherige Regent die Regentschaft für beendigt erklärt. Allein deswegen braucht der neue Herr nicht sofort die Regierung anzutreten. Er kann es tun, aber er muß es nicht. Es muß ihm gestattet sein, zu warten, bis das Parlament die dauernde Regierungs-

unfähigkeit anerkannt hat. Denn es ist nicht anzunehmen, daß die Verfassung will, daß der neue Herrscher, wenn die Wahrscheinlichkeit hiefür besteht, sich der Gefahr aussetzt, die Regierung wieder niederlegen zu müssen. In diesem Falle kann es dann nicht der Herrscher sein, der den Landtag einberuft; denn in der Einberufung liegt eine Regierungsausübung. Vielmehr ist hier das Gesamtministerium zuständig. Dasselbe gilt bei der Einsetzung einer außerordentlichen Regentschaft. Auch dann ist das Ministerkollegium zum Einberufen befugt, wenn der Regent wegen der Möglichkeit, vom Landtage im Stich gelassen zu werden, mit dem Antritte der Regentschaft wartet.

Doch noch von anderem. Vermißt habe ich im neuen SEYDEL einige wichtige, im praktischen Staatsleben hervorgetretene Fragen. In § 75 fehlt eine Erörterung der Frage, ob und wann der Minister verpflichtet ist, das Gutachten des Ministerrates einzuholen. Bestehen darüber staatsrechtliche Grundsätze oder Dienstvorschriften oder nur politische Regeln? Nach dem, was in der parlamentarischen Behandlung der Frage hervortrat, scheint es — natürlich nicht veröffentlichte — Dienstvorschriften zu geben. Einen weiteren Ausbau hätte dann die Lehre von den auswärtigen Angelegenheiten erfahren dürfen. Wann vertritt z. B. das Verkehrsministerium den Staat nach Außen? In der Presse war darüber einmal eine Regelung veröffentlicht. Ist ferner der von SEYDEL übernommene Satz (II S. 628) gegenüber dem Staate richtig: die katholischen Kirchenangelegenheiten gehören nicht zu den auswärtigen, sondern zu den inneren Angelegenheiten des Staates? Gilt das nicht bloß im Verhältnis zu den Bischöfen? Zu kurz behandelt (II S. 100) ist die schwierige Frage der nichtbudgetmäßigen Fonds. Vgl. darüber meinen Aufsatz in der Allgemeinen Zeitung 1901 Nr. 301. Ferner sind im Militärrecht die in der Praxis so bedeutsamen Folgen des Umstandes nicht genügend gewürdigt, daß der bayerische Militäretat kein Bedürfnis-, sondern ein Quotenetat ist. Seine Höhe hängt von der Höhe des bayerischen Rekrutenkontingents ab.

Straßburg. Prof. Dr. H. Rehm.

Deutscher Juristenkalender 1914, begründet und herausgegeben von Rechtsanwalt Dr. **Arthur Kallmann**, Berlin. Verlag der Deutschen Juristenzeitung, Berlin (Otto Liebmann).

Wie MEYERS historisch-geographischer Kalender und SPEMANNS Kunstkalender auf ihrem Gebiet Begleiter durch das Jahr sein wollen, so möchte der Deutsche Juristenkalender einiges zusammenstellen, was den Juristen täglich an die Reize seines Berufes erinnern kann. Rechtshistorisches, Gesetzesdaten, Daten aus dem Leben bekannter Juristen und Nationalökonomen, deren Bild auch häufig Aufnahme gefunden hat, Rechtsparömien und im Mittelpunkt steht der in kurzen Abhandlungen auf die einzelnen

Tage des Jahres verteilte eigentliche Rechtsstoff, wobei freilich die dem Staate zugewandten Rechtsdisziplinen stark zurücktreten hinter dem bürgerlichen Recht und Verfahren, das auch durch zahlreiche praktische Fälle unter Heranziehung vieler RGE. entsprechend erläutert ist. Der Kalender bietet dem fertigen Juristen neue Anregung und willkommene Erinnerung, ist aber auch für den Studierenden von Wert wegen der zwanglosen einführenden Hinweise. Unschätzbare Dienste allerdings könnte er dem Jünger der Rechtswissenschaft leisten dann, wenn am Morgen des Prüfungstages Examinand und Examinator zufällig in gleicher Weise das diesem Tage gewidmete Thema zu Rate ziehen sollten. Denzler.