

8° Jus 13570

Fleiner

Universitäts-Bibliothek München.

Ueber die

# Umbildung zivilrechtlicher Institute

durch das öffentliche Recht.

Akademische Antrittsrede

von

**Dr. Fritz Fleiner,**

o. ö. Professor an der Universität Tübingen.



93377

Tübingen

Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)

1906.

8° Jus 13570

<41600501410011



Ausreichungen 1.12.05/ldo

AD BIBL.  
UNIVERS.

Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung in Tübingen.

## Grundsätze des Verwaltungsrechts

mit besonderer Rücksicht

auf gemeinsames deutsches Recht

sowie

auf neuere Gesetzgebung und bemerkenswerte  
Entscheidungen der obersten Behörden,  
zunächst der Königreiche Preußen, Baiern und Württemberg.

Von

F. F. Mayer,  
Württ. Oberamtmann.

8. 1862. Ermäßigter Preis. M. 4.—. Gebunden M. 5.—.

## Grundzüge

des

## Verwaltungs-Rechts u. Rechtsverfahrens.

Von

F. F. Mayer,  
Oberamtmann.

8. 1857. M. 1.80.

## Das öffentliche Recht

und

## die Verwaltungsrechtspflege.

Von

O. von Harweg.

8. 1880. M. 15.—.

Ueber die

## Umbildung zivilrechtlicher Institute

durch das öffentliche Recht.

Akademische Eintrittsrede

von

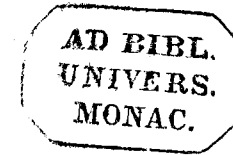
Dr. Fritz Fleiner,

o. ö. Professor an der Universität Tübingen.

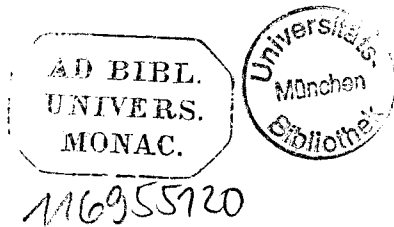


3978  
Tübingen

Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)  
1906.



Alle Rechte vorbehalten.



Druck von H. Laupp jr in Tübingen.

Das deutsche Verwaltungsrecht hat zur Stunde noch um die Anerkennung seiner Eigenart zu kämpfen. Diese Erscheinung ist in geschichtlichen Verhältnissen begründet. Als der Polizeistaat die Verwaltung mit unbeschränkten Kompetenzen ausstattete und sie zur Domäne des Landesfürsten machte, da suchten sich Fürsten und fürstliche Beamte — im Wege des Rechtes oder der Gewalt — der Kontrolle zu entziehen, welche bisher die Reichsgerichte über die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden ausgeübt hatten. Das freie Ermessen begann das Grundprinzip der ganzen Verwaltung zu werden. Während der Untertan vor den Gerichten nach den für alle gleichen Justiznormen beurteilt wurde, sah er sich von den Verwaltungsbehörden nach Gutdünken und Willkür behandelt. Die Folge war, dass in den Territorien das Bestreben hervortrat, in dem System des Rechtsschutzes die Lücke auszufüllen, die seit dem Wegfall der richterlichen Kontrolle entstanden war. Diesen Ersatz schuf die Fiskustheorie. Sie ging davon aus, dass das öffentliche Vermögen nicht dem Landesherrn, sondern einem von ihm verschiedenen Rechtssubjekt, dem Fiskus, gehöre, einer Person, die den Boden des Vermögensrechtes betrete und um deswillen wie ein anderer Privater dem

Zivilrecht und dem Zivilgericht unterworfen sei. In dieser neuen Auffassung fand der Untertan das Mittel, mit dessen Hilfe er in allen vermögensrechtlichen Streitigkeiten den Staat vor den Gerichten verklagen konnte.

Die Fiskustheorie ist nach zwei Richtungen für die Entwicklung des öffentlichen Rechtes Deutschlands von Bedeutung geworden: Sie hat für einen grossen Kreis von Streitigkeiten zwischen der öffentlichen Verwaltung und dem Untertan ein unparteiisches Forum zur Verfügung gestellt und damit Rechtsschutz eingeführt. Sodann aber hat sie gleichzeitig alle diese Rechtsverhältnisse, an denen die öffentliche Verwaltung beteiligt gewesen ist, der Herrschaft des Zivilrechtes unterworfen. In dieser Wirkung hat für die ganze Folgezeit die überragende Bedeutung der Fiskustheorie gelegen. Denn indem diese Theorie bestimmte Rechtsverhältnisse nach zivilistischen Anschauungen beurteilte, lokalisierte sie diese dauernd auf dem Boden des Privatrechtes.

Als jedoch seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts die grossen Wandlungen des öffentlichen Rechtes sich vollzogen, welche die ehemaligen Verhaltensmassregeln für Beamte zu Rechtssätzen umprägten und ihnen — um mit Ihering zu sprechen — »eine zweiseitig bindende Kraft« beilegen, da trat den von den Gerichten gehandhabten Justiznormen ein Verwaltungsrecht gleichwertig zur Seite. Frankreich, das in den Zeiten des Ancien régime bereits eine — von der deutschen Fiskustheorie unbeeinflusste — Kontrolle der Zivilgerichte über die Verwaltung gekannt hatte, zog aus den neuen Anschauungen sofort die volle Konsequenz. Es nahm den Zivilgerichten die Zuständigkeit zur Beurteilung von Rechtsverhältnissen,

an denen die öffentliche Verwaltung beteiligt war, weg, errichtete aber dafür innerhalb der Verwaltung selbst Verwaltungsgerichte und übertrug diesen die den Zivilgerichten entzogene Kompetenz. Aus der Unzuständigkeit des Zivilgerichtes in allen Angelegenheiten der öffentlichen Verwaltung schloss die Praxis auf die Unanwendbarkeit des Zivilrechtes. So setzte sich in Frankreich der Satz durch, dass grundsätzlich der Staat, und somit auch der verwaltende Staat, nach öffentlichem Rechte lebt, und dass das Zivilrecht auf ihn nur Anwendung findet, soweit er sich dessen Herrschaft ausdrücklich unterworfen hat.

Anders ging die Entwicklung in Deutschland vor sich. Mit dem Sieg der Anschauung, dass auch die Normen der Verwaltung Rechtssätze enthalten, war in keinem deutschen Staate eine durchgreifende Reorganisation der Verwaltung und die Errichtung eigener mit Verwaltungsrechtsprechung betrauter Behörden verbunden. In diesem Moment — dem Fehlen ausreichender Rechtsschutzorgane auf dem Gebiete der öffentlichen Verwaltung — liegt die Erklärung dafür, dass die Entwicklung des Verwaltungsrechtes in Deutschland in ganz andere Bahnen gedrängt wurde, als in Frankreich. Die Gerichte blieben in den deutschen Territorien die einzigen unabhängigen Rechtsschutzorgane, an die sich in den Streitigkeiten mit der öffentlichen Verwaltung die Untertanen wenden konnten. So kam es, dass eine Restitution der Verwaltungsstreitigkeiten an die Verwaltungsbehörden nicht eintrat. Die Gerichte behielten die auf Grund der Fiskustheorie erlangte Zuständigkeit bei, und das Zivilrecht lieferte die Normen, nach denen zahlreiche Rechtsverhältnisse der

öffentlichen Verwaltung beurteilt wurden.

Unmerklich und langsam trat jedoch eine wichtige Verschiebung ein: die Wandlung des Fiskusbegriffes. Mit der Errichtung einer geschlossenen, einheitlichen Staatsgewalt war für den Dualismus von Staat und Fiskus kein Raum mehr, und ein neues Staatsrecht lehrte, dass der Fiskus nicht eine vom Staate verschiedene Persönlichkeit, sondern nur die eine, vermögensrechtliche Seite des Staates selbst darstelle. Damit wurde die Grundlage der alten Fiskuslehre zerstört. Der Richter, der in Streitsachen des Fiskus Recht sprach, sass, nach dieser neuen Anschauung, über den Staat selbst zu Gericht. Die Kompetenz der Zivilgerichte und die Herrschaft des Zivilrechtes in den fiskalischen Streitigkeiten blieb jedoch trotz dieses Wandels der Anschauungen unangetastet. Allein es galt nunmehr, diese Erscheinung aus der veränderten Sachlage heraus neu zu erklären. Die Rechtfertigung hat jene Theorie übernommen, welche bis zum heutigen Tag die herrschende deutsche Lehrmeinung darstellt. Der verwaltende Staat, so lautet diese Meinung, lebt nach zweierlei Recht, nach öffentlichem Recht und nach Zivilrecht. Für welche Verwaltungsgeschäfte Normen des öffentlichen Rechtes zur Anwendung kommen, und für welche Geschäfte sich der Staat dem Zivilrecht unterwirft, das kann durch keine allgemeine Formel bezeichnet werden.

Das zu bestimmen, bleibt der Gesetzgebung, vor allem aber der von Fall zu Fall zu treffenden Entscheidung des Richters überlassen. Diese Anschauung hat in der Folge auch die Anerkennung des Reichsrechtes gefunden. Das Einführungsgesetz zur Reichszivilprozessordnung, vom 30. Januar 1877, hat ausdrücklich bestimmt (§ 4), dass für

bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, für welche nach dem Gegenstand oder der Art des Anspruchs der Rechtsweg zulässig ist, aus dem Grunde, weil als Partei der Fiskus beteiligt ist, der Rechtsweg durch die Landesgesetzgebung nicht ausgeschlossen werden darf. Diese Vorschrift hat jedoch eine bedeutungsvolle Ergänzung erfahren in jener andern Bestimmung des Gerichtsverfassungsgesetzes (§ 17), welche die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges in die Hand des Zivilrichters selbst legt. Gewiss, durch das richterliche Urteil, das zu gunsten eines bestimmten Rechtsverhältnisses den Rechtsweg eröffnet, wird über das materielle Recht, nach dem dieses Verhältnis zu beurteilen ist, an sich noch nichts entschieden. Allein dadurch, dass zunächst dem Zivilrichter überlassen geblieben ist, festzustellen, — um einen Ausdruck Savignys zu verwenden —, wo jedes Rechtsverhältnis seinen Sitz hat, ist von vornherein die Gunst dem Zivilrechte zugefallen, und auch die Errichtung besonderer Gerichtshöfe zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden hat keine durchgreifende Umgestaltung herbeigeführt. Zwei Momente erklären diese Vorherrschaft privatrechtlicher Anschauungen. Erstens der Umstand, dass in allen Fällen, in denen der Gesetzgeber schweigt, der Richter durch die privatrechtliche Charakterisierung eines Rechtsverhältnisses den Rechtsweg eröffnet und damit dem gegen die Verwaltung rechtsuchenden Bürger Rechtsschutz gewährt. Zum zweiten aber die Tatsache, dass auf weiten Gebieten keine Normen des öffentlichen Rechtes fertig ausgebildet vorliegen, nach denen Verhältnisse der öffentlichen Verwaltung beurteilt werden könnten.

Nach beiden Richtungen hat jedoch die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts die entscheidende Wendung gebracht. Die Voraussetzungen, von denen aus sich bisher die Anwendung des Zivilrechtes ergeben hatte, sind in erheblichem Umfange zerstört worden. Aus einer Mischlehre, welche Geschichte, Politik und Nationalökonomie bunt vermengte, ist die Wissenschaft des deutschen Verwaltungsrechtes zum Range einer juristischen Disziplin herangewachsen, die mit derselben streng juristischen Methode, durch welche die Wissenschaft des Zivilrechtes gross geworden ist, es unternommen hat, die Rechtsgrundsätze für die Beurteilung der Verhältnisse der öffentlichen Verwaltung zu gewinnen. Sodann hat aber die Errichtung besonderer Verwaltungsgerichtshöfe in einer grössern Zahl deutscher Staaten einen der Zivilgerichtsbarkeit gleichwertigen Rechtsschutz auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes eingeführt. Wenn auch der Zuständigkeit dieser Verwaltungsgerichte zum Schaden der Sache vielfach allzu enge Schranken gezogen wurden, so ist doch die Praxis der Verwaltungsgerichte für die Fortbildung eines selbständigen Verwaltungsrechtes von der allergrössten Bedeutung geworden.

Diese Ereignisse haben die Meinungen über die Aufgaben und das Geltungsgebiet des öffentlichen Rechtes aufs stärkste beeinflusst. Der Sinn für das öffentliche Recht hat sich geschärft, und damit ist jener kritische Geist ausgebildet worden, der prüft, wie weit für die einzelnen Beziehungen der öffentlichen Verwaltung auch heute noch das Privatrecht die juristischen Formen liefert, die den tatsächlich gewordenen Verhältnissen entsprechen. Auf diese Weise haben öffentlichrechtliche Anschauungen

die Herrschaft des Privatrechtes auf dem Boden der öffentlichen Verwaltung zurückzudrängen begonnen. Formen und Elemente des öffentlichen Rechtes sind vorgezogen und haben innerhalb des erwähnten Bereiches die herkömmlichen zivilrechtlichen Institute zu durchsetzen angefangen. An mehr als einem Punkte ist die zivilrechtliche Form vollständig gesprengt und durch eine neue Form des öffentlichen Rechtes ersetzt worden. Heute stehen wir mitten in diesem Umbildungsprozess. Langsam und gelassen spielt er sich ab; er vollzieht sich durch keinen radikalen Bruch mit der Vergangenheit.

Man würde das Wesen dieses Umbildungsprozesses verkennen, nähme man an, es sei dabei lediglich darauf abgesehen, ein bestimmtes Rechtsverhältnis, an dem die öffentliche Verwaltung beteiligt ist, nicht mehr aus den überlieferten privatrechtlichen, sondern aus neuen, bisher unbekanntem öffentlichrechtlichen Anschauungen heraus zu erklären, es bestehe somit das Ziel der Umbildung ausschliesslich darin, für eine hergebrachte rechtliche Erscheinung, die selbst keine Veränderung erleide, eine neue juristische Konstruktion zu gewinnen. Allein nicht um eine Frage der juristischen Eleganz handelt es sich hier. Die neue juristische Konstruktion stellt nur das Mittel dar, mit dessen Hilfe die öffentliche Verwaltung innerhalb eines bestimmten Bereiches von der Herrschaft eines Rechtes befreit wird, das auf die Bedürfnisse der sich gleich geordneten Privatpersonen und auf die Ausgleichung gleichwertiger, vergänglicher Privatinteressen zugeschnitten ist. Durch die Emanzipation vom Zivilrecht wird die Möglichkeit zur Ausbildung derjenigen besondern Grundsätze des öffentlichen Rechtes geschaffen,

die den eigentümlichen Aufgaben und Interessen der öffentlichen Verwaltung Rechnung tragen. So lange man Gebilde, die über den Boden des Privatrechtes hinausgewachsen waren, in eine zivilrechtliche Schablone hineinpresste, hat man sie um die Freiheit zu organischer Weiterentwicklung gebracht.

Es hält nicht ganz leicht, die Ergebnisse dieses Umbildungsprozesses einheitlich zusammenzufassen. Denn die Wandlung der Anschauungen ist in den verschiedenen Territorien in einem verschiedenen Tempo vor sich gegangen. Sehe ich recht, so haben sich jedoch schon heute bestimmte Gestaltungen deutlich ausgeprägt.

Die historische Priorität kommt der Theorie von den »gemischten Rechtsverhältnissen« zu. Die Lehre geht davon aus, in bestimmten Rechtsinstituten, welche man früher als reine Gebilde des Zivilrechtes betrachtet hatte, seien zivilistische und publizistische Bestandteile zu einer Einheit verschmolzen. Daraus folge, dass dasselbe Rechtsverhältnis zum Teil nach Zivilrecht, zum Teil nach öffentlichem Rechte beurteilt werden müsse. Diese Lehre hat zuerst Perthes im Jahre 1838 (in der Schrift »über den Staatsdienst in Preussen«) entwickelt, um damit das Verhältnis des Staatsdieners zum Staat juristisch auf einen neuen Boden zu stellen. Indem Perthes, im Anschluss an Gönnér, mit der Auffassung brach, welche in dem Beamtenverhältnis lediglich ein privatrechtliches Dienstverhältnis erblickte, kam er dazu, das Verhältnis des Staatsdieners aus dem Privatrecht in das öffentliche Recht zu verweisen. Aber ein zivilistisches Moment blieb: der Besoldungsanspruch. Er diene einem persönlichen Interesse des Beamten und trug vermögensrechtliche Natur

an sich. All dies drückte ihm, nach Perthes, das zivilrechtliche Gepräge auf. Während so diese Theorie das Beamtenverhältnis in das Gebiet des öffentlichen Rechtes rückte und dadurch die Möglichkeit zur Ausbildung eines den Anforderungen des Staates entsprechenden Spezialrechtes schuf, beließ sie den Gehaltsanspruch des Beamten auf dem Boden des Privatrechtes und wahrte dergestalt dem Beamten die Möglichkeit, seine Besoldung gegen den Staat auf dem Rechtsweg einzuklagen.

Damit hatte man eine juristische Form gewonnen, die ermöglichte, ein Rechtsverhältnis, das über den privatrechtlichen Rahmen hinausgewachsen war, aus der privatrechtlichen Schablone freizugeben, andererseits aber dasjenige Element auf dem Boden des Zivilrechtes festzuhalten, für welches das öffentliche Recht nur unvollkommene Schutzmittel darbot. Diese Art, Probleme aus dem Grenzgebiete von Justiz und Verwaltung zu lösen, wurde von den Gerichten begierig aufgenommen und weiter ausgebaut. So gelang es mit Hilfe dieser Formel, die vielumstrittene Frage nach der rechtlichen Behandlung der Sachen im Gemeingebrauch einer Lösung entgegenzuführen. Ob Sachen im Gemeingebrauch (Strassen, Plätze u. s. f.) dem Privatrechte oder aber dem öffentlichen Rechte unterstanden, darüber gingen in Deutschland und der Schweiz die Meinungen auseinander. In dem, in den Jahren 1859—1861 ausgefochtenen, Prozess über die Basler Festungswerke kam der Streit zu wissenschaftlichem Austrag. In Doktrin und Praxis wurde die Ansicht zurückgedrängt, welche die erwähnten öffentlichen Sachen ausschliesslich der Herrschaft des öffentlichen Rechtes unter-

stellt und demgemäss von einem rein publizistischen Verhältnisse gesprochen hatte. Aber ebensowenig wurde die rein privatrechtliche Auffassung herrschende Meinung. Die grösste Verbreitung erlangte vielmehr die Theorie, welche behauptete, auch auf die öffentlichen Sachen, insbesondere auf Strassen, Plätze, Festungswerke u. s. f., finde die gewöhnliche privatrechtliche Eigentumsordnung Anwendung. So weit aber das öffentliche Interesse reiche, unterstehe die Sache der Herrschaft des öffentlichen Rechtes. Dies gelte namentlich für die publizistische Benützungsortnung, d. h. für die Regelung des Gemeingebrauches. Diese Scheidung befriedigte ein rechtliches Bedürfnis. Eine besondere Rechtsordnung über das öffentliche Eigentum bestand in keinem deutschen und deutschschweizerischen Staat, und auch die besondern Organe, die Verwaltungsgerichte, fehlten, welche durch ihre Praxis den Begriff des öffentlichen Eigentums, der »domaine public«, hätten herausbilden können, wie es in Frankreich geschehen war. Indem man in Deutschland zum Zivilrecht seine Zuflucht nahm, gewann man den Vorteil, alle die Vorschriften über das Nachbarrecht, über die Haftung des Eigentümers bei fehlerhafter Herstellung oder mangelhafter Unterhaltung der Sache u. a. ohne weiteres auf die öffentlichen Sachen zur Anwendung bringen zu können und dergestalt dem Bürger gegen Staat und Gemeinden für den ganzen Bereich, der ausserhalb des öffentlichen Interesses lag, dieselben Ansprüche zuzusichern, wie gegen eine beliebige Privatperson.

Die juristische Operation, ein öffentlich-rechtliches Element aus einem privatrechtlichen Institut auszuscheiden, übertrug Laband auf ein neues Gebiet. In einer

im Jahre 1869 (im Archiv für die zivilistische Praxis) erschienenen Abhandlung wies Laband nach, dass die herkömmliche juristische Erklärung der Expropriation als eines Zwangskaufes den Tatsachen Gewalt antue. Nicht auf Grund eines zwischen Staat (Unternehmer) und Eigentümer geschlossenen Vertrages vollziehe sich der Eigentumsübergang, sondern kraft einseitiger Verfügung der Staatsgewalt. So gelangte Laband dazu, die Zwangsenteignung als einen einseitigen staatlichen Hoheitsakt zu charakterisieren und diesen Vorgang somit in die Sphäre des öffentlichen Rechtes zu verweisen. Aber die Entschädigung? Als eine vertragliche Kaufpreisforderung konnte sie nicht mehr betrachtet werden. Laband fand die Formel: der einseitige staatliche Akt begründe einen privatrechtlichen Anspruch auf Entschädigung, dessen Beurteilung der Entscheidung der ordentlichen Gerichte unterliege.

✓ Dieser Gedanke erwies sich in Theorie und Praxis als besonders fruchtbar. Er legte dar, wie aus Verhältnissen, die in eine privatrechtliche Form hineingespannt waren, das öffentlich-rechtliche Element ausgeschieden werden konnte, ohne dass der vermögensrechtliche Anspruch des Bürgers, der diesem Verhältnisse entspringt, dem Rechtsweg entzogen und von dem sichern Boden des Privatrechtes weggedrängt zu werden brauchte. Diese Lehre hat ganz allgemein den Weg gewiesen, auf dem die Zivilgerichte dazu gelangen können, die Selbständigkeit des sich immer stärker entwickelnden öffentlichen Rechtes anzuerkennen, ohne die Kompetenz zur Beurteilung vermögensrechtlicher Ansprüche gegen Staat und Gemeinde preisgeben zu müssen. Man geht nicht fehl



mit der Behauptung, dass diese Anschauung zur Stunde noch in der deutschen Praxis vorherrscht. Wir erkennen sie wieder in jener weitverbreiteten Meinung, welche die auf Steuerprivileg und Eisenbahnkonzession beruhenden Rechte als, durch einseitige staatliche Hoheitsakte begründete, Privatrechte der Beliehenen auffasst. In der neuesten Zeit hat diese »Scheidungsformel« ferner dazu gedient, die Vorgänge juristisch zu erklären, die sich bei der Bestellung von Sicherheit zu gunsten des Staates und der Gemeinden abspielen: bei Kauttionen für Strassenanliegerbeiträge, bei Amtskauttionen der Beamten u. s. f. Auch hier geht die herrschende — im Bürgerlichen Gesetzbuch (Einführungsgesetz Art. 90, 91) nicht aufgeschlossene — Ansicht davon aus, die Pflicht zur Bestellung der Kauttion werde durch einseitigen staatlichen Hoheitsakt begründet, die Erfüllung der Pflicht dagegen vollziehe sich in den Formen des Privatrechtes (Errichtung einer Hypothek, Bestellung eines Faustpfandes, Stellung von Bürgschaft u. s. w.).

Hier hat aber der Umbildungsprozess nicht Halt gemacht. Er ist in eine zweite Phase der Entwicklung getreten. Welcher innere juristische Grund rechtfertigt es, sobald ausreichende Rechtsschutzorgane bestehen, ein Rechtsinstitut zu zerreißen und die eine Seite des Institutes nach einem ganz andern Rechte zu beurteilen, als alle übrigen Teile? Das Bedenken besitzt nicht nur theoretisches Interesse. Die juristische Charakterisierung eines Anspruches erlangt für die allerverschiedensten Beziehungen Bedeutung: für Gerichtsstand, Verjährung, Kompensation. Die Erwägungen, mit denen man lange Zeit die vermögensrechtliche Seite der erwähnten Ver-

hältnisse für das Zivilrecht in Anspruch genommen hatte, sind heute nicht mehr ausschlaggebend. Seit der Ueberwindung der Fiskustheorie ist die These, dass der Vermögenswert einem Ansprüche das zivilrechtliche Gepräge aufdrücke, in dieser Allgemeinheit nicht mehr haltbar. Allein auch der andern Begründung, dass nämlich alle Ansprüche, welche individuelle Interessen befriedigen, dem Privatrechte angehören, wohnt keine überzeugende Kraft inne. Denn alle Leistungen, die dem Bürger vom Staate zufließen, befriedigen in letzter Linie sein persönliches Interesse. Man braucht nicht ein einheitliches Institut gewaltsam zu zerreißen und den einen Teil im Privatrecht zu lokalisieren, um die juristische Erklärung dafür zu gewinnen, dass der Einzelne auch dem Staate gegenüber rechtlich geschützte Ansprüche, subjektive Rechte, besitzt. Wenn auf zahlreichen andern Gebieten des öffentlichen Rechtes subjektive Rechte der Bürger gegen den Staat, die Verwaltung, anerkannt sind, warum soll einem dem öffentlichen Rechte entspringenden Anspruch vermögensrechtlichen Inhaltes die Anerkennung eines subjektiven öffentlichen Rechtes versagt sein? Es liegt in der Konsequenz dieser Gedanken, dass die Gerichte heute, zögernd und mit grösster Zurückhaltung, in der Forderung des Expropriaten, wie in dem Gehaltsanspruch des Beamten Ansprüche öffentlichrechtlicher Natur erkennen.

Die Entwicklung, von der wir sprechen, hat nicht überall zu dieser vollständigen Verdrängung des Zivilrechtes geführt. Bei einer grossen Zahl der oben besprochenen Gestaltungen ist, wie erwähnt, dagegen Privatrecht und öffentliches Recht bis auf den heutigen Tag vermengt geblieben. Das gilt vor allem von den Sätzen über die öffentlichen

Sachen. Es hat zu keiner Zeit an Versuchen gefehlt, für alle Beziehungen der öffentlichen Sachen das öffentliche Recht als ausschliesslich massgebende Norm zu erklären. Das römische Recht hat diesem Gedanken praktische Gestalt gegeben; dieselbe Auffassung aber lebt in einer, namentlich in der Schweiz verbreiteten, germanischen Volksanschauung fort, und das moderne französische Verwaltungsrecht hat sie in dem Begriffe der »domaine public« festgehalten. In Deutschland hat in der neuesten Zeit Otto Mayer an das römische und französische Recht angeknüpft und seine Lehre vom öffentlichen Eigentum auch für das deutsche Recht ausgebildet (Deutsches Verwaltungsrecht II § 35). Die Sache im Gemeingebrauch, so argumentiert Mayer, bleibt nach allen Richtungen der privatrechtlichen Herrschaft entzogen. Für sie gilt in jeder Beziehung öffentliches Recht. Es besteht daran zu gunsten des Verfügungsberechtigten ein öffentlichrechtliches Eigentum, das von dem gleichnamigen privatrechtlichen Institute scharf zu scheiden ist. Diese Lehre bezweckt somit, auch für die Behandlung der öffentlichen Sachen den Dualismus von öffentlichem Recht und Privatrecht zu überwinden und den Umbildungsprozess an diesem Punkte zu einem Abschluss zu bringen. Allein wenn dieser Theorie bis zur Stunde der volle Erfolg versagt geblieben ist, so liegt dies nicht an zufälligen äussern Umständen, sondern an Momenten, die für das ganze Wesen des hier erörterten Umbildungsprozesses von massgebender Bedeutung sind. Eine Erweiterung der Herrschaftssphäre des öffentlichen Rechtes hat die Praxis in allen den erwähnten Fällen nur unter der Voraussetzung zugelassen, dass für ein konkretes

Rechtsverhältnis durch das Hinauswachsen über den Boden des Privatrechtes Rechtsschutz und Rechtssicherheit nicht vermindert werden. Wenn in Rom und in Frankreich für die rechtliche Behandlung der öffentlichen Sachen das öffentliche Recht hat als Norm erklärt werden können, trotzdem kein ausgebildetes System gesetzlicher Regeln vorlag, so hing dies zusammen mit jener Freiheit, mit welcher die mit der Sorge für die öffentlichen Sachen betrauten Organe ihres Amtes walten durften. Die deutsche Rechtsauffassung erblickt dagegen die Garantie der Rechtssicherheit in einer möglichst strengen Bindung an das Gesetz. Die Möglichkeit zu ungemessener freier Rechtsgestaltung ist in Deutschland dem Richter und dem Verwaltungsbeamten versagt. Daher fehlt hier zur Stunde noch die Grundlage, von der aus die Lücke der Gesetzgebung durch Wissenschaft und Praxis ausgefüllt werden könnte.

Während sich die dargestellte Entwicklung langsam und stetig vollzogen hat, ist es von einem ganz andern Ausgangspunkte aus zu einer weitem Umbildung zivilrechtlicher Institute gekommen. Es wurde bereits davon gesprochen, in welcher Weise, solange ausreichende Rechtsschutzgarantien in der Verwaltung nicht bestanden, sich die Beschwerde des Bürgers gegen die Verwaltung in ein zivilrechtliches Gewand einkleiden musste. Gewiss, eine Aufhebung einer gesetzwidrigen Verfügung der Verwaltungsbehörde war von den bürgerlichen Gerichten nicht zu erreichen. Aber der Zivilrichter sprach eine Schadenersatzsumme jedem Kläger zu, der nachwies, dass die Verwaltungsbehörde durch eine Verwaltungsmaßnahme in ein ihm zustehendes »wohlerworbenes Privatrecht«

eingegriffen habe. Man gelangte zu dieser These, indem man den der Expropriation zugrunde liegenden Satz von der Entschädigungspflicht des Staates bei Entziehung von Privateigentum verallgemeinerte. Welches aber waren diese dem Privateigentum gleichwertigen »wohlerworbenen Privatrechte«? Von der Auffassung, welche in den »wohlerworbenen Rechten« die angeborenen Menschenrechte erblickte, ging man alsbald über zu der Behauptung, »wohlerworbene Rechte« seien die durch besondere Rechtstitel begründete Rechte, um schliesslich in praxi mit einer Theorie zu endigen, welche dem Richter volle Freiheit in der Bestimmung des vieldeutigen und schwankenden Begriffes liess. So diente die Verurteilung des Staates zu einer Geldentschädigung dazu, dem Bürger Rechtsschutz zu gewähren gegen die öffentliche Gewalt. Der Ersatzanspruch wegen Verletzung »wohlerworbener Rechte« übernahm die Funktion einer Rechtsschutzeinrichtung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes. Der Richter fragte nicht darnach, ob der staatliche Eingriff rechtmässig oder rechtswidrig erfolgt sei. Er folgerte aus der Tatsache, dass der Staat private Vermögenswerte zerstört hatte der Staat habe notwendigerweise dabei in Vermögensrechte des Privaten eingegriffen. Mit der Ausbildung besonderer Rechtsschutzgarantien in der Verwaltung selbst, insbesondere mit der Errichtung einer eigenen Verwaltungsrechtsprechung, hat sich die ganze Sachlage verändert. Heute wird die gesetzwidrige Verfügung der Verwaltungsbehörde auf Klage des betroffenen Privaten von der zuständigen Rechtsschutzinstanz aufgehoben und damit ein allfälliger widerrechtlicher Eingriff in das Vermögen des Privaten rückgängig gemacht. Soweit ein

Vermögensschaden entstanden ist, haftet auf Grund der Widerrechtlichkeit der schuldige Beamte, eventuell an Stelle des Beamten der Staat. Mit der Einführung direkter Rechtsschutzgarantien hat deren Surrogat, die zivilrechtliche Klage wegen Verletzung »wohlerworbener Privatrechte«, für diesen Bereich ihre Bedeutung verloren. Ihre Anwendbarkeit ist grundsätzlich auf den Kreis jener Fälle eingeschränkt worden, in denen das Vermögen Privater eine Beschädigung erleidet durch einen Akt rechtmässiger Handhabung der öffentlichen Gewalt. Auf diesen Boden gestellt ist aber die Theorie von der Unverletzbarkeit »wohlerworbener Privatrechte« sofort ins Schwanken geraten. Vor allem ist für die These, dass der rechtmässig handelnde Staat zu Schadenersatz verurteilt werden kann, in den Normen des Zivilrechts schlechterdings keine Begründung zu finden gewesen. Ferner hat man einem rechtmässig handelnden Staate gegenüber den Grundsatz der Schadenersatzpflicht mit Hilfe allgemeiner juristischer Erwägungen nur noch rechtfertigen können für Fälle, in denen der Staat subjektive Rechte der Einzelnen verletzt. Sobald man diesen schärfern Massstab angelegt hat, sind eine Reihe der angeblichen »wohlerworbenen Rechte« zerronnen, sie haben sich als Ausflüsse von Besitzständen, als bloss faktische Vorteile erwiesen, auf deren Fortbestand der Einzelne keinen Anspruch gegenüber dem Staat hat. Damit ist in weitem Umfang den Schadenersatzklagen gegen Staat und Gemeinden der Boden entzogen worden. Die Praxis der Gerichte hat sich häufig dabei nicht beruhigt. Sofern der Gesetzgeber nicht für die besonders empfindlichen Fälle die Lücke durch positive Festsetzung einer

Entschädigungspflicht ausgefüllt hat, haben nicht selten die Zivilgerichte auf dem Wege der Rechtsprechung Abhilfe zu schaffen versucht. Das ist nur möglich geworden, indem sie das Interesse, das der Einzelne an der Aufrechterhaltung bestimmter, durch die Verwaltung geschaffener Einrichtungen besitzt, zu einem Privatrecht gestempelt haben. Meist ist dies nicht anders, als durch eine Verbiegung und Verkrümmung privatrechtlicher Begriffe zu erreichen gewesen. Doch auf diesem Gebiet scheint der Zweck die Mittel geheiligt zu haben. Ich erinnere nur an das eine Beispiel: an die Behandlung, welche die reichsgerichtliche Judikatur der Frage angedeihen lässt, ob und wieweit dem Strassenanlieger bei Verlegung oder Niveauänderung der Strasse ein Schadenersatzanspruch zur Seite steht. Der gemeinrechtliche Senat des Reichsgerichtes hat konsequent die Existenz einer Schadenersatzpflicht verneint. Anders haben die Senate für das rheinische und das altpreussische Recht geurteilt. Sie sind davon ausgegangen, Staat oder Gemeinde, welche eine Strasse anlegen, forderten damit zur Bebauung auf; zwischen dem Bauenden und dem Strasseneigentümer komme infolgedessen ein Vertrag zustande, der eine Dienstbarkeit auf den ungeschmälernten Fortbestand der Strasse begründe. Diese höchst anfechtbare Konstruktion beweist mit aller Deutlichkeit, dass der ganze Vorgang an Hand von zivilrechtlichen Sätzen nicht begründet und gerechtfertigt werden kann. Dem Richter hat in den erwähnten Fällen eine bestimmte Lösung als richtig und gerecht vorgeschwebt. Sobald er sie aber mit zivilistischen Formeln zu rechtfertigen unternommen hat, ist er fehlgegangen. Ob und wieweit Staat und Gemeinde haften für die Ver-

mögensbeschädigungen, die sie bei rechtmässiger Handhabung der öffentlichen Gewalt Privaten zufügen, das kann nicht mit Hilfe irgendwelcher zivilrechtlicher Konstruktionen entschieden werden. Die Antwort auf diese Fragen ist allein aus Grundsätzen des öffentlichen Rechtes abzuleiten.

Zu einer Umbildung zivilrechtlicher Institute ist es aber noch auf einem dritten Gebiete des modernen Verwaltungsrechtes gekommen. Den Antrieb haben äussere Ereignisse gegeben: die Uebernahme und Gründung der sog. gewerblichen Unternehmungen durch Staat und Gemeinde, der Gas-, Wasser-, Elektrizitätswerke, Strassenbahnen, Schlachthäuser u. s. f. Welchen Rechtsnormen unterstehen derartige öffentliche Anstalten und Unternehmungen? Die Meinung, die man wohl als die herrschende ansehen darf, erklärt: das Fundament, die rechtliche Grundlage, d. h. alles, was die Organisation derartiger Anstalten betreffe, sei durch das öffentliche Recht geschaffen worden, die Beziehungen der Anstalt zu den Benützern dagegen würden nach Zivilrecht beurteilt; die Anstalt sei nach aussen ein privatwirtschaftliches Unternehmen. Von der Erledigung des Bedenkens, ob eine Anstalt, wie man zu sagen pflegt, öffentlichrechtlich oder privatwirtschaftlich betrieben wird, hängt ab, ob der Entgelt, den der Benützer entrichtet, den Charakter einer privatrechtlichen vertraglichen Gegenleistung an sich trägt, oder als Gebühr charakterisiert werden muss, die in allen Beziehungen (für materielles Recht und Gerichtsstand) als öffentlichrechtliche Abgabe zu behandeln ist. Von der Entscheidung hängt ferner ab — worauf insbesondere die neuere Rechtsprechung des württembergischen Ver-

waltungsgerichtshofs (Urteil vom 17. Juni 1903) hingewiesen hat —, wieweit die Freiheit des Eigentümers der öffentlichen Anstalt (Staat oder Gemeinde) reicht bei der Ausgestaltung der Benützungordnung. Die Zivilgerichte gehen zur Stunde noch an solchen Fragen sehr häufig achtlos vorüber. Sie wenden unbesehen Zivilrecht an. Um so sorgfältiger haben sich die deutschen Verwaltungsgerichte mit diesen Fragen beschäftigt. Von einem endgiltigen Ergebnis ihrer Judikatur kann zurzeit noch kaum gesprochen werden. Aber auch die Wissenschaft ist noch weit von jener communis opinio entfernt, welche in dieser Materie in der französischen und insbesondere in der reich entwickelten italienischen Literatur des Verwaltungsrechtes zu Tage tritt. Bei der Beantwortung der aufgeworfenen Frage hängt alles von den Umständen des einzelnen Falles ab. Dabei gewinnen verschiedene Tatsachen den Wert von Indicien: ob für das betreffende Unternehmen das Expropriationsrecht verliehen worden ist; ob die Grundstücke, die zum Bestande des Unternehmers gehören, dem Zugriffe der Staats- oder Gemeindegläubiger entzogen bleiben; ob gemäss § 36 des Handelsgesetzbuchs das betreffende Unternehmen von Staat oder Gemeinde beim Handelsregister angemeldet worden ist u. a. m. Keinem dieser Indicien kommt für sich allein eine entscheidende Bedeutung zu. Nicht selten vermag der Richter erst aus dem Zusammenwirken einer Reihe von Momenten zu erkennen, wo hier die Grenze zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht liegt. Die Scheidelinie ist gerade hier so fein, dass das auf Grund des Gesamteindrucks gewonnene juristische Gefühl bisweilen dem si-

chern Erkennen nachhelfen muss. Hier befindet sich die Rechtsentwicklung noch in vollem Fluss.

Man ist versucht, noch in einer andern Erscheinung des modernen Rechtes die Zeichen der hier erörterten Umbildung zu erblicken, darin nämlich, dass zahlreiche Formen, die uns aus dem Privatrecht bekannt sind, auch auf dem Boden des öffentlichen Rechtes ihre Verwendung finden. Ich denke hier an Vertrag, condictio, negotiorum gestio u. s. f. Bis in die neueste Zeit hat die Meinung bestanden, ein Verhältnis, das durch einen solchen »Privatrechtstitel« begründet worden sei, gehöre um deswillen dem Zivilrechte an. Heute wird diese Auffassung mehr und mehr preisgegeben. Wir haben gelernt, dass bestimmte Rechtsformen im öffentlichen Rechte ebenso zur Verwendung gelangen wie im Privatrecht, und dass aus der zeitlichen Priorität ihres Auftretens auf dem Boden des Privatrechtes nicht auf eine ihnen innewohnende privatrechtliche Natur geschlossen werden darf.

Doch damit haben wir die Grenzlinie berührt, welche das Gebiet, in dem das öffentliche Recht eine Umbildungsarbeit vollbringt, scheidet von der Sphäre, in der es frei schaltet.

Von der Darlegung rein zivilistischer Anschauungen hat unsere Erörterung auszugehen gehabt; sie schliesst mit einem Ausblick auf werdendes öffentliches Recht. Nur eines der Probleme hat sie herausgehoben. Aber in der Art, wie in den verschiedenen Epochen das Problem aufgefasst worden ist, prägt sich ein ganzes Stück Entwicklung des deutschen Verwaltungsrechtes aus. Die Höhepunkte dieser Entwicklung werden nicht durch Erlasse des Gesetzgebers bezeichnet. Von dem Spruch des

Richters und der stillen Arbeit der Wissenschaft ist hier der Fortschritt ausgegangen — von geistigen Faktoren, die bei der unvollkommenen Ausgestaltung der Verwaltungsrechtsgesetzgebung auch heute noch am Werke stehen. Aber für die Schwierigkeit lohnt die Schönheit der Aufgabe. In keinem andern Rechtsgebiet vermag der Jurist aus der Gesamtanschauung der Verhältnisse und Rechtssätze und aus dem Abwägen der Interessen heraus so frei zu gestalten, wie gerade hier. Grund genug, dass er mit äusserster Strenge die Grenzen bewache, welche das deutsche Verwaltungsrecht von den Disziplinen scheidet, die lediglich aus äussern, historischen Gründen ihm nahe liegen. Die Behauptung der Selbständigkeit und Unabhängigkeit kann einem jeden dieser Gebiete nur förderlich sein.

Welche neuen geistigen Werte die junge Disziplin der wissenschaftlichen Doktrin zuführen wird, darüber vermag erst die Zukunft zu richten. Die Wissenschaft des deutschen Verwaltungsrechtes befindet sich zur Stunde noch in den Anfängen. Doch unverrückbar steht vor ihr das eine Ziel: mitzuhelfen, dass selbst gegen den Herrscher Staat dem letzten Bürger im Lande sein Recht wird.

Verlag von **A. C. B. Mohr** (Paul Siebeck) in Tübingen.

## Archiv für öffentliches Recht.

Herausgegeben

von

**Dr. Paul Laband,** Professor der Rechte in Strassburg i. E. **Dr. Otto Mayer,** Professor der Rechte in Leipzig

und

**Dr. Felix Stoerk,** Professor der Rechte in Greifswald.

Preis eines Bandes von 4 Heften M. 16.—

## Allgemeines Verwaltungsrecht.

Von

**G. von Sarwey,**

Gr. 8. 1887. M. 5.—

(Aus „Handbuch des Deff. Rechts“.)

Die

## Verwaltungsrechtspflege in Württemberg.

Von

**Dr. Karl Göz,**

Geheimer Rat in Stuttgart.

Klein 8. 1902. M. 11.—. Gebunden M. 12.—.

## Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg.

Auf der Grundlage des Handbuchs von **Dr. L. Gaupp** dargestellt

von

**Dr. Karl Göz,**

Geheimer Rat in Stuttgart.

(Dritte Auflage des Gaupp'schen Handbuchs).

Leg. 8. 1904. M. 11.—. Gebunden M. 12.—.

(Aus „Handbuch des Deff. Rechts“.)

---

## Selbständig erschienene Arbeiten

von

Professor Dr. Fritz Fleiner.

### Obligatorische Civilehe und katholische Kirche.

Gekrönte Preisschrift. Leipzig 1891. H. Haessel.

### Die tridentinische Ehevorschrift. Leipzig 1892.

H. Haessel.

### Die Ehescheidung Napoleons I. Leipzig 1893.

H. Haessel.

### Staat und Bischofswahl im Bistum Basel.

Geschichte der diplomatischen Unterhandlungen mit der Römischen Kurie im 19. Jahrhundert und Darstellung des geltenden Rechtes. Leipzig 1897. H. Haessel.

### Die Gründung des Schweizerischen Bundesstaates im Jahre 1848. Basel 1898. Benno Schwabe.

### Ueber die Entwicklung des katholischen Kirchen- rechts im 19. Jahrhundert.

Rektoratsrede, gehalten am Jahresfeste der Universität Basel, den 8. November 1901. Tübingen, 1902. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).