

## Vierter Teil. Die Landesverwaltung.

### Erster Abschnitt. Die allgemeinen Grundlagen.

§ 48. **Allgemeines.** I. Unter Verwaltung im weiteren Sinne versteht man die gesamte Tätigkeit, die der Staat im Interesse der Verwirklichung des Staatszweckes unternimmt. Man hat die Verwaltung von den übrigen staatlichen Funktionen dadurch zu unterscheiden gesucht, daß man sagte<sup>1</sup>, zum Gebiete der Verwaltung gehörten alle jene Angelegenheiten, die nicht nach festen Rechtsnormen, sondern nach dem freien Ermessen der Behörden zu erledigen seien. Indessen ist die Ansicht, daß das „freie Ermessen“ ein Kriterium der Verwaltung im Gegensatz zu der an das Gesetz gebundenen Justiz sei, eine irrthümliche<sup>2</sup>. Das Gesetz gilt gleichmäßig für die Justiz und die Verwaltung.

Auch die Gerichte kommen in die Lage, innerhalb eines bestimmten gesetzlichen Rahmens nach freiem Ermessen zu handeln, z. B. eine Unterhaltstente, eine Schadensersatzsumme nach freier Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände festzusetzen<sup>3</sup>. Andererseits sind, wie bereits hervorgehoben, auch dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden Schranken gezogen: es soll darunter auch nur das verstanden werden, was der wohlverstandene Wille des Gesetzes ist (O. Mayer). Eine andere Auslegung des Begriffes „freies Ermessen“ wäre gleichbedeutend mit Ermessensmißbrauch<sup>4</sup>, gegen welchen das französische öffentliche Recht in dem recours pour excès de pouvoir (Rechtsmittel wegen Machtüberschreitung) ein Rechtsmittel an den Staatsrat gegeben hat<sup>5</sup>. Nur dadurch wird die sogenannte Prärogative der Verwaltung (d. h. die Vollstreckbarkeit der Verwaltungsakte ohne vorangehenden Richterspruch) im Rechtsstaat überhaupt erträglich. Gebundenheit an die Gesetze und allenfallsige Schadensersatzpflicht sind die beiden Korrektive der Verwaltungsvorrechte<sup>6</sup>.

§ 49. **Die Formen der Verwaltungsakte.** I. Die Verwaltung ist staatliche Geschäftsführung. Um diese zu bewerkstelligen, muß der Staat in Beziehungen zu Dritten treten. Es geschieht dies durch Verträge und Verfügungen<sup>1</sup>.

[§ 48] <sup>1</sup> Vgl. hierzu Fleiner S. 6.

<sup>2</sup> Vierhaus, Gerichtsbarkeit und Verwaltungshoheit, Verwaltungsjahrbuch 11 S. 223 f. Vgl. auch F. Stein, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung; O. Mayer, Justiz und Verwaltung 1902; Norman, Jahrb. des öff. Rechts 1913 S. 1 f.

<sup>3</sup> Man denke ferner an die Tätigkeit des Vormundschaftsrichters bei der Entmündigung und Wiederaufhebung derselben usw.

<sup>4</sup> v. Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen. Dieses „gebundene“ Ermessen, das die Verwaltungsbehörde z. B. handhabt, wenn sie Begriffe wie Gefahr, Bedürfnis usw. auslegt, ist zu unterscheiden von dem eigentlichen „freien“ Ermessen, bei welchem das Gesetz gar keine Anhaltspunkte gibt, z. B. bei der Vergabung von Lieferungen, Beamtenernennung usw. Das gebundene Ermessen unterliegt der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung, das eigentliche freie Ermessen dagegen nicht. Vgl. Stier-Somlo, Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung.

<sup>5</sup> Der bedeutsamste der unter diesem Begriff zusammengefaßten Anfechtungsgründe ist die Behauptung des détournement de pouvoir, d. h. die Aufstellung, die Behörde habe den Verwaltungsakt aus Motiven erlassen, aus denen sie den betreffenden Akt nicht hätte erlassen dürfen. Die Formel des französischen Staatsrats lautet: „a usé de son pouvoir discrétionnaire dans un but et pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été attribué.“ Vgl. Hauriou, Précis, 7. N. (1911) S. 452. Akte, die sonach gegen die positive Ermächtigungsklausel der betreffenden Behörde verstoßen, sind rechtsungültig. So hat der Staatsrat (v. 3. Juni 1893) eine Enteignung für rechtsungültig erklärt, weil sie nicht wirklich, sondern nur angeblich im öffentlichen Interesse verfügt war; er hat damit über die schwierige Frage entschieden, ob die Verwaltungsgerichte auch äußerlich korrekt erlassene Ermessensakte auf die wahren Motive hin untersuchen und eventuell aufheben dürfen („si le motif d'utilité public est déclaré mensonger“).

<sup>6</sup> Vgl. M. Hauriou, La gestion administrative, 1899, und Derselbe, Précis de droit administratif, 7. N., 1911.

[§ 49] <sup>1</sup> Caband II, S. 192. Von der Entscheidung unterscheidet sich die Verfügung dadurch, daß jene ausschließlich durch Rechtsätze, diese dagegen auch durch Zweckmäßigkeitsgründe gerechtfertigt