

# Fünftes Hauptstück.

## Die Rechtsprechung.

### 23. Abschnitt.

#### a) Justiz und Verwaltung.

Von

Hochschulprofessor Dr. Fritz Stier-Somlo, Cöln.

##### Literatur:

O. v. Sarwey, Allgemeines Verwaltungsrecht 1887 S. 14 ff. — Anschütz, Justiz und Verwaltung, Systematische Rechtswissenschaft von Stammler, Sohm u. a. (Kultur der Gegenwart Teil II Abt. VIII) 1906 S. 336—386. — Stier-Somlo, Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung 1908; v. Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen 1910, dazu W. Jellinek, Arch. f. öff. R., Bd. 27 S. 462. — Stier-Somlo, Rechtsstaat, Verwaltung und Eigentum 1911. — Oertmann, Die staatsbürgerliche Freiheit und das freie Ermessen der Behörden 1912. — Friedrich Stein, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung 1912. — Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung 1912.

**I. Begriff der Gesetzgebung, Justiz, Verwaltung. — Teilung der Gewalten. — Gegenseitige Bedingtheit.** Die Grundfragen des gegenseitigen Verhältnisses und der notwendigen Abgrenzung von Justiz und Verwaltung gehen auf den Lebenskern moderner konstitutioneller Staatsgestaltung zurück. Zwar hat schon Locke für die von uns als einheitlich und einzigartig anzuerkennende Staatsgewalt Einteilungsmaßstäbe gewinnen wollen, indem er die gesetzgebende, rechtsprechende und föderative Funktion unterschied. Aber erst durch Montesquieu ist die Unverlierbarkeit der Idee von der Trennung der Gewalten gesichert und auch die Erkenntnis ihrer besonderen organisatorischen und funktionellen Bedeutung in das Bewusstsein der politisch Denkenden eingedrungen. Gesetzgebung oder Legislative besteht in dem Erlassen von Rechtsnormen durch die verfassungsmässigen Organe der Staatsgewalt. Sie sind allgemein und abstrakt, d. h. für alle, die es angeht, gleichmässig anzuwenden. Die Justiz im Sinne von Rechtsprechung besteht in der Handhabung der von der Gesetzgebung dargebotenen Rechtssätze und anderen Vorschriften. Justiz im Sinne der Aufrechterhaltung unserer Rechtsordnung, d. h. der Ahndung der Rechtsverletzung und Gewährung des Rechtsschutzes durch Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichte ist darüber hinaus ein weiterer, mit dem ersten nicht zu verwechselnder Begriff. Verwaltung ist die Tätigkeit des Staates, die sich in der zweckmässigen Anordnung der für das Gemeinwohl erforderlichen Massnahmen, in der Sorge für die Volks- und Staatsinteressen ausserhalb der Gesetzgebung und Justiz erschöpft. Sie regelt im wesentlichen konkrete und individuelle Angelegenheiten im Gegensatz zur Gesetzgebung, die das Recht allgemein und ohne Ansehen des besonderen Falles setzt. Die Abscheidung der Verwaltung



von Gesetzgebung und Justiz erfolgt aber auch, wie klar ersichtlich, nach einem rein äusserlichen Momente, nämlich der Nichtzugehörigkeit zu diesen beiden letzteren Staatsfunktionen. Damit ist ein Element der Unsicherheit gegeben, das erst die Beziehung zwischen Verwaltung und Justiz zu einem geistigen Problem gestaltet. Denn würde eine reinliche Grenzscheidung zwischen ihnen und allen rechtlichen und staatspolitischen Verhältnissen vorhanden und durchführbar sein, so wäre eine Einteilungsart der Staatstätigkeiten gewonnen, die systematische und technische Bedeutung besässe, nicht aber bis zu den letzten Tiefen staatsrechtlicher Lebensgestaltung hinabreichte.

Dass dem so ist, zeigt die Bedeutung der Zuweisung der staatlichen Funktionen an verschiedene Organe. Nach der französischen Theorie des 18. Jahrhunderts (Montesquieu, Rousseau) dürfen jene drei Funktionen nicht in der Hand eines einzelnen Menschen, insbesondere des Monarchen sein, da hierdurch naturnotwendig die Tyrannei begründet würde. Wer neben der Verwaltung die Rechtspflege und die Gesetzgebung in seiner Person vereinigt, vermag das Recht in dem einzelnen Anwendungsfalle nach seinem Willen zu beugen, dies sogar noch mit einem Schein der Gerechtigkeit, da eine Berufung auf das Gesetz erfolgt, freilich auf ein solches, dass er stets umändern und aufheben kann. So sollen denn die Funktionen der Staatsgewalt nach der konstitutionellen Theorie geteilt sein: die Gesetzgebung soll dem Volke zustehen, die Gerichtsbarkeit unabhängigen Gerichten, lediglich die Verwaltung bleibt in der Hand des Monarchen oder obersten Staatsoberhaupts. Durchgeführt ist aber in den modernen Kulturstaaten nur das Zweite, die Unabhängigkeit der Gerichte. Dagegen steht die Gesetzgebung nicht allein dem Volke zu, wird vielmehr am häufigsten ausgeübt durch das Parlament im Zusammenwirken mit einem anderen Staatsorgan, insbesondere dem Monarchen. Die Verwaltung ist zwar nominell bei dem Staatsoberhaupt verblieben, doch hat seine Machtbefugnis eine erhebliche Einschränkung dadurch erfahren, dass die Verwaltungsakte unter der Verantwortlichkeit der Minister vorgenommen werden und dass die Freiheit der monarchischen Verwaltungstätigkeit erheblich begrenzt erscheint durch die Organisationsgesetze und spezielle Verwaltungsnormen. Denn jene lassen ein Abweichen von ihren Vorschriften nicht zu, diese legen der monarchischen Gewalt positive Schranken auf. Auch zeigt sich, dass die Idee der Trennung der Gewalten zwar verbunden erschien mit der ihrer Unabhängigkeit und Gleichwertigkeit, dass aber hier grundlegende Irrtümer vorliegen.

Denn Verwaltung und Justiz sind der Gesetzgebung nicht gleichgestellt, ihr vielmehr untergeordnet. Zwar kann und muss die Justiz die Einwirkung einer anderen Gewalt von sich abwehren, und es sind für sie grundsätzlich nur Rechtsnormen massgebend, aber diese stammen in der Hauptsache aus der Gesetzgebung — ein Teil kann allerdings auch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen entnommen werden. Für die Verwaltung sind sowohl Rechtsgrundsätze wie Zweckmässigkeitsrücksichten massgebend. Hier klingt die Lehre vom Rechtsstaat an (siehe unten II). Es hält aber auch die Auffassung von der Selbständigkeit und Unbeeinflussbarkeit der Gewalten kritischer Prüfung nicht stand. Die schroff durchgeführte Teilung der Gewalten müsste die Einheit des Staates vernichten, da sie einzelne Ausflüsse der einheitlichen Staatsgewalt zu selbständigen und unabhängigen Mächten erhöhe. Unausbleiblich wäre, dass die Gewalten gegeneinander arbeiteten, sich rieben und zerrieben und somit anarchische Zustände herbeiführen würden. So müssen denn die Funktionen vielfach ineinandergreifen und sich gegenseitig ergänzen. Vom politischen Standpunkte gesehen ist sogar die Gesetzgebung von der Rechtsprechung nicht unabhängig. Denn sie muss in den Ergebnissen der Rechtsprechung vielfach einen Prüfstein für die Richtigkeit und Zweckmässigkeit der Normen sehen. In Wirklichkeit haben die Veränderungen der Gesetze häufig ihren Ursprung in der Lage, die durch die Judikatur geschaffen worden ist, wenn diese, die letzte Folgerung aus den gegebenen Rechtsnormen ziehend, die Fehler des Gesetzes aufdeckt oder seine Unzulänglichkeit, Überlebensfähigkeit, Einseitigkeit usw. dartut. Dass Rechtsprechung und Verwaltung sich von der Gesetzgebung nicht unabhängig fühlen können, liegt in dem Wesen dieser, die für die Wirksamkeit der beiden anderen Staatsfunktionen im Rechtsstaat die massgebende Grundlage, freilich in einem besonderen Sinne (vergl. unten II), abzugeben hat. Aber noch in dem besonderen Verstande ist die Verwaltung von der Gesetzgebung untrennbar, der hinweist auf die Formel der „gesetzmässigen Verwaltung“, von der alsbald die Rede sein wird. Die Notwendigkeit einer Beachtung der Judikatur für die praktische Verwaltung leuchtet ebenfalls ohne weiteres

ein. Wenn und insoweit diese einer gerichtlichen Nachprüfung unterworfen ist, dann muss sie die ergebenden richterlichen Sprüche für sich gelten lassen. Dies zwar zunächst nur in dem konkreten Streitfall; aber die Wirkung der, insbesondere oberstrichterlichen, Rechtssprüche geht darüber hinaus. Eine Verwaltung, die mit den ständig festgehaltenen Rechtsgrundsätzen der höchsten Verwaltungsgerichtshöfe in Widerspruch steht, ist auf die Dauer unmöglich.

**II. Die Aufgaben der Justiz und Verwaltung.** Die Aufgabe der Justiz in materiellem Sinne (die im formellen Sinne ist die der ordentlichen Gerichte schlechthin, umfasst also u. a. auch die freiwillige Gerichtsbarkeit) besteht nach der herrschenden Auffassung darin, mittels des Rechtsspruches die Rechtsordnung aufrecht zu erhalten, Recht und Gerechtigkeit durch strenge Bindung an Rechtssätze zu verwirklichen. Ihr Mittel ist, aus festgestellten tatsächlichen Verhältnissen auf der Grundlage des Rechts eine logische Folgerung zu ziehen. Dagegen hat, immer nach der überwiegenden Meinung, die Verwaltung Staatsaufgaben nach Massgabe der gegebenen Verhältnisse durchzuführen, eine praktische Tätigkeit in Verfolgung der Kulturzwecke auszuüben, nach Zweckmässigkeit, Staatsnotwendigkeit, Angemessenheit, wohl nicht ausserhalb der Rechtsordnung, aber doch nur derart, dass diese lediglich „Mittel zum Zweck“ wird. Wo objektives Recht fehlt, tritt ein mehr oder minder freies Ermessen in die Lücke ein.

Diese Grundvorstellungen lassen sich in ihrer einseitigen Formulierung nicht mehr halten. Denn auf der einen Seite strebt die Justiz zu immer grösseren Freiheiten, die sich in der Richtung des freien Ermessens bewegen, auf der anderen Seite tritt eine immer stärkere Bindung der Verwaltung durch das Gesetz im Sinne jeder Rechtsnorm ein, wiewohl allerdings auch hier für das Walten ohne engste Rechtsbindung reichlich Gelegenheit bleibt. In jener ersten Beziehung mag hier nur generell auf die sogenannte freie Rechtsschule verwiesen werden. Mag man ihre Tendenzen und Ziele, die sich übrigens weidlich abschatten, als zu weitgehend, als bedenklich oder gefährlich ansehen: jedenfalls bringt sie den alten und immer wieder neuen Gesichtspunkt zum scharfen Ausdruck, dass die Justiz sich in der schablonenhaften Anwendung des gegebenen Rechts schon deshalb nicht voll auswirken kann, weil dieses auf die vielen neu auftauchenden Lebensverhältnisse nicht anwendbar ist oder stark lückenhaft erscheint. Somit tritt der Gedanke der rechtsschöpferischen Tätigkeit des Richters in den Vordergrund. Die Zulässigkeit des richterlichen freien Ermessens zeigen sogar Bestimmungen des positiven Rechts. Ein Hinweis auf das BGB. wird genügen, wo z. B. die Entscheidung abgestellt wird auf die „Umstände des Falles“ (§§ 151, 328, 612, 638), die „Würdigung des Falles“ (§ 119), auf „Treu und Glauben“ (§§ 157, 242). Hingewiesen sei noch auf die Verkehrsitte (§ 151 Abs. 2, 157, 242), auf die vorsätzliche gegen die guten Sitten verstossende Schadenszufügung und das Schikaneverbot (§§ 826, 226). Von der „Angemessenheit“ ist 45 mal in dem Gesetzbuch die Rede. Das freie Ermessen kann aber dem Richter ferner nicht versagt werden, wenn er im Gesetz eine Reihe von Bestimmungen vorfindet, denen er den konkreten Inhalt nach Lage der Umstände bei der Rechtsanwendung geben will, sodann wenn Zweifel darüber entsteht, welche Normen der Rechtsordnung anzuwenden sind. Nicht minder hat sein Ermessen platzzugreifen hinsichtlich der Konkretisierung der Rechtsfolge. Somit ist also das nach der herrschenden Lehre der Justiz eigentümliche Moment der strengen Bindung an die Rechtssätze durchbrochen, wenn hier der Gegensatz zur Verwaltung herausgestellt werden soll. Diese Bindung liegt allerdings vor, aber sie ist eingeschlossen in dem von mir als *Rechtgemässheit* bezeichneten Erfordernis (vergl. meine Abhandlung: „Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung“. Festschrift für Laband Bd. II S. 445—514). Eine diesem gemässe Entscheidung erfüllt die Aufgabe der Justiz. Der Gedanke einer „gerechten“ Entscheidung schliesst dagegen eine Fülle subjektiver Momente ein, die zur objektiven Erfüllung dieser Staatsfunktion nicht ausreichen können. Die Bindung des Richters an das Gesetz ist eine unantastbare Regel; jede aus „sozialem Gefühl“, „Rechtsgefühl“ usw. entnommene Entscheidung ist eine aus dem Gemüt und nicht aus dem Recht geschöpfte. Aber wo das Gesetz versagt, tritt das freie Ermessen bei der rechtsprechenden Tätigkeit in Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichtssachen in sein Recht. Es ist aber jedesmal nur ein Mittel zur Herstellung einer rechtmässigen Entscheidung, niemals eine Handhabe, den Richter über den Gesetzgeber zu stellen, neue Rechtsnormen zu schaffen, die nicht in der Richtung der bisherigen, bereits festgelegten liegen. Der Richter darf nicht Gesetzgebungspolitik treiben, er darf nicht über dem Gesetzgeber stehen. Sind die Gesetze unzweckmässig oder schädlich, so müssen