

Polizei — diskretionäre Verfügungen — gerichtlicher Rechtschutz

Dr. **Moriz v. Tomcsányi**, o. ö. Professor an der Universität Budapest, Mitglied der Ungarischen Akademie der Wissenschaften und des Oberhauses

I.

Bei unseren nachstehenden Erörterungen wollen wir vom Begriffe der Ordnung ausgehen.

Unter Ordnung verstehen wir die je nach Notwendigkeiten, Beweggründen, Gesetzmäßigkeiten sich vollziehende Zusammensetzung und Gliederung der verschiedenen Bestandelemente, ingredienten Faktoren der Natur, der Gesellschaft und des Staates, ferner das naturgemäße und zweckentsprechende Zurgeltungsgelangen und den Verlauf der Lebensfunktionen dieses Zusammenhanges.

Die Ordnung ist demgemäß sowohl der statische, als auch der dynamische Zustand der erwähnten Faktoren. Auf dieser Grundlage gibt es eine Ordnung der Natur, der Gesellschaft und des Staates. Das aus der Bergquelle entspringende Wasser sucht sich einen Ablauf nach niedriger gelegenen Gebieten. Da haben wir eine Erscheinung der Naturordnung. Die Menschen betätigen sich mannigfacherweise im Privatleben, auf gesellschaftlichem Gebiete: sie schaffen neue Werte, tauschen diese Werte aus, sie kaufen und verkaufen, mieten und vermieten, sie verbrauchen gewisse Güter, sie schaffen sich geistige Bildung. Das ist die Ordnung des gesellschaftlichen Lebens. Die staatlichen Organe hinwieder besorgen die öffentlichen Angelegenheiten und so kommen mit den Einzelnen konkrete Beziehungen mannigfaltigen Gegenstandes und mannigfaltiger Richtung zustande. Es entstehen verschiedene Verwaltungsfunktionen: Steuerveranlagung, Straßenbauten, Erteilung von Gewerbebewilligungen, öffentliche Versorgung der verlassenen Kinder und so weiter. Die Funktionen solcher Art bilden die Ordnung der administrativen Geschäftsführung. Und was schließlich die Verfassungsordnung anbelangt, so gehören hierher beispielsweise die Festsetzung des Wirkungskreises der legislativen und der exekutiven Gewalt und ihres gegenseitigen Verhältnisses, die Stellung der richterlichen Gewalt und die Art, wie diese Gewalt zur Geltung gelangt.

Bisher war von der Ordnung im allgemeinen die Rede. Was ist nun die Rechtsordnung? Die Elemente der Ordnung, die verschiedenen rechtsbildenden Faktoren streben in ihrem dynamischen Zustande — mehr oder minder richtigerweise — immer nach ihren eigenen Zielen. Beruf und Mission des Rechtes ist es nun, eine harmonische, zielstrebige, den menschlichen Interessen und den Anforderungen der Gerechtigkeit entsprechende Betätigung dieser Kraftfaktoren, mithin das Zurgeltungsgelangen der Ordnung in diesem Sinne zu gewährleisten. Das Recht sucht dieses Ziel durch seine ureigensten Mittel, d. i. durch die auf Einzelpersonen gemünzte Regelung der Befugnisse und Verpflichtungen zu erreichen. Auf dem Gebiete der Verfassungsordnung bietet das Recht hinsichtlich der Bildung des im Gesetz zum Ausdruck gelangenden obersten staatlichen Willens eine derartige Regelung, daß die Mitwirkung der Wahlbürger bei der Bildung des Vertretungsorganes entsprechend gewährleistet wird und das Verhältnis der beiden Häuser des Reichstages im entsprechenden Gleichgewichte sich befindet. Auf dem Verwaltungsgebiete wahrt es bei der Überwachung des gewerblichen Lebens das öffentliche Interesse, indem es gewisse gewerbliche Beschäftigungen an den Nachweis der Fachbildung und an behördliche Genehmigung (Lizenz) knüpft; es setzt die Grundlage der Steuerleistung fest, bestimmt Art und Umfang der Beteiligungspflicht an öffentlichen Arbeiten, es regelt die Ansprüche auf öffentliche Hilfe usw.

Die Ordnung, oder sagen wir: die öffentliche Ordnung (d. i. Staats- und Gesellschaftsordnung im gemeinschaftlichen Sinne) ist als Begriff mit der Rechtsordnung nicht identisch, wiewohl der Anschein dafür spricht. Der Vergleich hinkt zwar einigermaßen, doch hat das Verhältnis der beiden zu einander eine gewisse Ähnlichkeit mit Körper und Kleid. Das Kleid haftet am Körper, es liegt ihm an, bedeckt ihn, so daß man durch Körper und Kleid die menschliche Gestalt gewissermaßen als einheitliches Ganzes wahrnimmt. Und dennoch ist Mensch und Kleid jeweilig ein anderes. So ist es keineswegs richtig, daß das Kleid den Menschen macht. Ebenso steht es auch mit Ordnung und Rechtsordnung. Die Rechtsordnung ist ein ideeller Zustand der auf die tatsächliche Ordnung der Lebensverhältnisse bezüglichen Rechtsregelung. Die Ordnung ist ein tatsächlicher, die Rechtsordnung ein ideeller Zustand. Der Weg, den sich der aus der Bergquelle entspringende Wasserlauf bahnt, würde nach den gegebenen Verhältnissen, der inneren, naturnotwendigen Gesetzmäßigkeit Folge leistenden Ordnung entsprechend, vielleicht über Saaten, Gärten, Gebäude hinweg zu Tal führen und so hinsichtlich der dazwischenliegenden Kulturwerte einem Weg der Verwüstung gleichkommen. Diese Urordnung der Natur wird nun durch den Staat derart geregelt und umgestaltet, daß er eine Rechtsordnung schafft, wodurch die beteiligten Einzelpersonen

zwangsweise zur Schaffung von Werken verpflichtet werden, die durch die Ableitung des Wassers, durch den Bau von Schutzvorrichtungen die zerstörende Wirkung des Elements aufheben, ja dieses gegebenenfalls als Energiequelle sogar in den Dienst der menschlichen Kultur stellen.

Nehmen wir noch ein alltägliches Beispiel. Es betrifft die Verkehrspolizei. Wenn auf einer öffentlichen Verkehrsstraße ein Fuhrwerk mit einem anderen zusammenstößt, so entsteht eine Störung, eine Verletzung der tatsächlichen öffentlichen Verkehrsordnung, gleichzeitig aber ist auch die Rechtsordnung des Verkehrs verletzt worden; denn diese schreibt Vorsicht hinsichtlich der Fahrgeschwindigkeit, Einhaltung einer gewissen Entfernung zwischen den Fuhrwerken und eine bestimmte Fahrtrichtung vor. Die Verursacher des Zusammenstoßes werden wegen Verletzung der Rechtsordnung bestraft. Es kann vorkommen, daß die rechtliche Anordnung, rechtliche Regelung des Verkehrs offensichtlich schlecht ist, die einschlägige Rechtsordnung also Mängel, Fehler aufweist. Nehmen wir an, es wäre erlaubt, daß die Fahrzeuge auf derselben Seite der Straße auch in einander entgegengesetzter Richtung verkehren dürfen. Ein solcher Verkehr würde zwar die Rechtsordnung des Verkehrs nicht verletzen, doch wäre dessen tatsächliche, natürliche Ordnung wegen der häufigen Unfälle gewiß ein unvollkommener Zustand. Es kann also der Verkehr unrichtig, gefährlich sein, ohne daß derselbe rechtlich regelwidrig, anstößig wäre, weil er ja der Rechtsordnung des Verkehrs, den bezüglichen Rechtsnormen entspricht.

Die Rechtsordnung ist demnach substantiell mit der tatsächlichen öffentlichen Ordnung nicht identisch. Die Rechtsordnung überzieht, umspannt diese bloß. Das Recht (die Rechtsordnung) fungiert nur als Ordner, Lenker, in vielen Fällen als Hervorrufener, Schöpfer der öffentlichen Ordnung (was namentlich in bezug auf die staatliche Ordnung der Fall ist). In Händen des Rechts sind die Elemente der öffentlichen Ordnung bloß ein Material, das eben durch das Recht, nach den Gesichtspunkten von Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit, nach bester Einsicht geformt, geknetet, bearbeitet wird.

Zur Veranschaulichung des Unterschiedes zwischen Ordnung und Rechtsordnung möge noch das folgende Beispiel dienen. Wenn jemand im Zuschauerraum eines Theaters vorsichtigerweise und vom Publikum unbemerkt sich eine Zigarre anzündet, begeht er eine Übertretung; denn, obgleich er die tatsächliche Ordnung der Vorstellung nicht störte, so wurde durch ihn doch die Rechtsordnung des Theaters, die Rechtsregel, wonach zur Vermeidung von Feuersgefahr ausnahmslos auch das kleinste, vorsichtigste Feueranzünden verboten ist und bestraft wird, tatsächlich verletzt.

Gehen wir noch einen Schritt weiter und untersuchen wir die Frage, wie es mit dem Verhältnis zwischen der Ordnung (Rechtsordnung) und der Polizei, der polizeilichen Funktion, kurz mit dem Polizeiwesen bestellt ist. Vor allem haben wir da festzustellen, daß die Polizei nicht die Ordnung selbst bildet, nicht deren substantielles Element darstellt, im aktiven Bestande und im Funktionieren der Ordnung kein innerer (immanenter) Faktor ist. In Wirklichkeit bietet die Polizei lediglich die äußeren Bedingungen des Zurgeltungskommens der in Gestaltung begriffenen oder schon bestehenden Ordnung und so sichert sie bloß äußerlich den Bestand und die Geltung der sie angehenden Ordnung. Die Polizeiverwaltung, die Polizei ist demgemäß immer akzessorischer Natur. So hat beispielsweise die Verkehrspolizei nur die Aufgabe, darauf zu achten, daß die Verkehrsordnung regelrecht zur Geltung gelange und nicht gestört werde. Das Polizeiorgan ist streng genommen auch dann kein integrierender Bestandteil der Verkehrsordnung, wenn es auf der Straße stehend den Wagenverkehr mittels optischer Zeichen lenkt. Auch diese Lenkung ist nur eine Art der Überwachung und in jedem Fall eine akzessorische, die Geltungsbedingungen der Verkehrsordnung sichernde Funktion.

Der Zweck einer polizeilichen Funktion wird entweder präventiv, zuvorkommend, durch Abwendung der Gefahren, die der Ordnung, der Rechtsordnung drohen, oder aber nachträglich, im Falle der bereits erfolgten Ordnungsstörung, dadurch erreicht, daß man den ordnungsstörenden Umstand beseitigt, z. B. das Verkehrshindernis aus dem Wege räumt, dem gefallenem Pferd auf die Beine hilft und es, wenn es den Fuß gebrochen, entfernen läßt. Die polizeiliche Aktion ist also nicht nur von präventiver (abwehrender) Art, wie viele behaupten, — sie kann sich auch nachträglich auswirken und in positiven Tatsachen äußern. Hat das Geltungshindernis der Verkehrsordnung aufgehört, dann gerät die Verkehrsordnung, oder, wenn man so sagen will, der Fortlauf des regelrechten Verkehrs in den gewohnten Fluß und das Polizeiorgan zieht sich auf seinen Beobachtungsposten zurück. Oder nehmen wir als weiteres Beispiel die Feuerwehr. Als Organ der Feuerpolizei ist die Feuerwehr bestrebt, die Feuersgefahr abzuwenden; ist aber trotzdem Feuer entstanden, dann löscht sie es, d. h. sie schafft diesen ordnungsstörenden Zustand aus der Welt. Im Dienste dieses Zweckes betätigt sich der Feuerwehrmann ebenso wie der Wasserträger, der das Material zum Feuerlöschen herbeischafft. Mit dem Feuerlöschen ist die Mission des Feuerpolizeiorganes zu Ende; der Wiederaufbau oder die Renovierung des abgebrannten Gebäudes ist nicht mehr seine Aufgabe.

Zwischen den verschiedenen Funktionstypen und namentlich zwischen polizeilichen und allgemeinen Verwaltungsakten die Grenze zu ziehen, ist oft zweifellos schwierig, grundsätzlich aber ist diese Grenze

immer feststellbar. Selbst ein und dieselbe Betätigung kann je nach dem Wechsel von Zweck und Umständen verschiedener Art sein. Es handelt sich dann bald um eine allgemeine (gewöhnliche) administrative, bald um eine polizeiliche Funktion. Das behördlich veranlaßte Austrocknen eines Sumpfes rein zu dem Zwecke, um der Gemeinde neuen Ackerboden zu verschaffen, ist eine agrikulturelle Verwaltungsfunktion. Erfolgt aber das Austrocknen bloß zu dem Zwecke, daß der Sumpf wegen seiner gesundheitsschädlichen Eigenschaften im öffentlichen Interesse entfernt werde, so gehört dies in den Aufgabenkreis der Gesundheitspolizei. Das Bohren eines Brunnen bei der Ansiedlung einer neuen Gemeinde ist eine Funktion der allgemeinen Volkswohlfahrtverwaltung, die Verhinderung der Beschmutzung des bestehenden Brunnens aber steht der Gesundheitspolizei zu. Die Erteilung von Gewerbe- lizenzen ist teils eine polizeiliche Funktion (Abwendung der Schädigung des Publikums), teils stehen wir da ordentlichen Verwaltungsakten (Gewerbe- förderungsmaßnahmen) gegenüber.

Begrifflich aber ist es, wie schon erwähnt, nicht immer leicht, die Grenzlinie zu ziehen zwischen der zur Ordnung des privaten oder staatlichen Lebens gehörigen, einschlägig Ordnung schaffenden Privat-, bzw. Verwaltungsfunktion und den diese Lebensordnungen betreffenden polizeilichen Funktionen. Häufig haben wir es in solchen Fällen mit der Erscheinung sogenannter schwimmender Grenzen zu tun. Diese Grenzfrage möchten wir auch an einem schwierigeren Beispiel erörtern.

In welche Kategorie gehört die Bemessung und Eintreibung der Staatssteuern? Der einschlägige Vorgang betrifft unstreitig ein Existenz- element der Ordnung des Staatslebens, ja des staatlichen Bestandes über- haupt. Die Besorgung der Steuerangelegenheiten bildet eine der Haupt- aufgaben der Verwaltung; obwohl diese Funktion vom Gesichtspunkte des Bestandes der staatlichen Existenz auch einen bedingungsweisen Charakter hat, gilt dies nur in dem Sinne, wie überhaupt jeder Sache, die als Teil, als Element einer anderen Sache anzusprechen ist, be- dingungsweise Bedeutung innewohnt. So z. B. sind das Herz, die Beine, die Arme wohl Teile, Elemente der physiologischen Ordnung der mensch- lichen Lebensfunktion, gleichzeitig aber sind sie auch Bedingungen der Integrität, der vollständigen Lebensfunktion des Menschen. Die Be- sorgung der staatlichen Finanzen, die Ausübung der Finanzgewalt be- steht in solchem Sinne, vom Gesichtspunkte des staatlichen Bestandes, gleichfalls nur bedingungsweise, doch sind die Finanzeinrichtungen in erster Linie immerhin Bestandeselemente der staatlichen Existenz und gehören somit ebenso zur allgemeinen, normalen, gewöhnlichen Verwal- tungsordnung wie die menschlichen Organe — Herz, Fuß, Arm — zum Be- griffe „Mensch“ gehören. Indem wir uns mit der polizeilichen Funktion

in engerem Sinne beschäftigen, denken wir an keine Bedingung solcher Art; in der bedingungsweisen Art der polizeilichen Funktion liegt ausschließlich ein äußerliches, besser gesagt: ein akzessorisches Moment. Staat und Gesellschaft streben innerhalb des Rahmens, der ihnen durch das Recht angewiesen ist, nach ihren eigenen Lebenszwecken und ihren primären Aufgaben. Die Polizei aber paßt sich diesem Streben an, indem sie die einzelnen Lebensfunktionen des Staates und der Gesellschaft äußerlich beschützt und unterstützt. Sie beseitigt die störenden Einflüsse und sichert auf diese Weise die äußeren Bedingungen des regelrechten, rechtmäßigen Zurechtgelangens dieser Lebensfunktionen.

Nach der Auffassung Viktor Conchas gehört zur Begriffsvollständigkeit der polizeilichen Tätigkeit außer dem erörterten speziellen Zwecke der Polizeifunktion auch die Eigentümlichkeit der Methode und der Mittel ihres Vorgehens¹⁾. Demgemäß könne von einem polizeilichen Akte nur dann die Rede sein, wenn die Erreichung des polizeilichen Zweckes der einschlägigen Funktion auf diskretionäre Weise und mit diskretionären Mitteln angestrebt wird. Das freie Ermessen, die diskretionäre Einsicht sei als Vorgangsweise und als Mittel des Vorgehens ein ebenso unabläßliches Kennzeichen der polizeilichen Funktion wie deren polizeilicher Zweck. So habe z. B. die standesamtliche Funktion ihrem Zwecke nach polizeilichen Charakter, der Art und den Mitteln des Vorganges nach aber sei diese doch keine polizeiliche Funktion, und zwar darum nicht, weil ihr das diskretionäre Element abgeht. Aus diesem Grunde allein ist Concha der Ansicht, daß die Matrikelführung in den Rahmen der Polizeiverwaltung nicht eingereiht werden könne.

Was in der Begriffsbestimmung des polizeilichen Aktes das diskretionäre Moment betrifft, bedarf die Auffassung Conchas unserer Ansicht nach einer gewissen Modifizierung. In der polizeilichen Funktion kann dem Elemente des freien Ermessens eine derart absolute Bedeutung kaum zugesprochen werden. Es gibt völlig typische polizeiliche Akte, ohne daß darin ein diskretionäres Element zu finden wäre. Das Polizeiorgan hält den auf der Straße fahrenden Kraftwagen an, um festzustellen, ob der Wagenführer eine Fahrlizenz hat, oder weil nächtlicherweile die Wagenlampe nicht leuchtet. Die strompolizeiliche Behörde läßt den vom Hochwasser weggerissenen Damm wiederaufbauen. In diesen Fällen findet sich überhaupt keine Spur von freiem Ermessen und dennoch ist das Vorgehen des betreffenden Polizeiorgans eine typische und wichtige polizeiliche Funktion. Unserer Ansicht nach wäre hierüber richtigerweise nur soviel zu sagen, daß die polizeiliche Funktion in der Regel und zumeist diskretionärer Natur ist.

¹⁾ V. Concha: A rendőrség természete és állása szabad államban. (Wesen und Stellung der Polizei im freien Staate.) Budapest 1901.

Die Begriffsbestimmung des polizeilichen Aktes könnte unserer Ansicht nach kombinatorischerweise derart gelöst werden, daß man der sogenannten Gefahrentheorie aushilfsweise das Gefahrenmoment entlehnt. Wenngleich die Gefahrentheorie in ihrer Gänze und Ausschließlichkeit zur Begriffsbestimmung der Polizei und zur vollständigen Kennzeichnung dieser Funktion nicht annehmbar ist, so darf sie doch keineswegs vollständig ausgeschaltet werden. Im allgemeinen halten auch wir die Konstruktion Conchas unter den verschiedenartigen Polizeitheorien für die beste, doch einerseits nur mit der Einschränkung, daß der diskretionäre Charakter der Funktion kein absolutes und ausschließliches, sondern bloß ein normales Erfordernis ist, andererseits aber mit der Ergänzung, daß auch in Ermangelung des diskretionären Elementes der polizeiliche Charakter des Aktes feststellbar ist und zwar in dem Falle, wenn es sich um die Abwendung einer die persönliche oder Vermögenssicherheit unmittelbar bedrohenden größeren Gefahr handelt. Auch bei den vorhin aufgezählten Beispielen stehen wir trotz Mangel des freien Ermessens aus dem Grunde polizeilichen Akten gegenüber, weil die Polizeiverwaltung zwecks Abwendung einer unmittelbaren und größeren Gefahr vorgeht. Und auch die Funktion der standesamtlichen Matrikelführung ist nicht allein darum keine polizeiliche Funktion, weil ihr kein diskretionärer Charakter zuerkannt werden kann, sondern vielmehr darum, weil keine unmittelbare, imminente Gefahr obwaltet. Wäre das letztere Moment feststellbar, so würde diese Funktion neben ihrem polizeilichen Zweck auch in Ermangelung des diskretionären Elementes sofort polizeilichen Charakter annehmen.

II.

Bisher haben wir das Problem des Polizeiwesens in seinen zwei Hauptrelationen behandelt. Wir befaßten uns mit der (öffentlichen) Ordnung, die wir einerseits von der Rechtsordnung, andererseits von der polizeilichen Funktion unterschieden haben. Nunmehr haben wir noch das gegenseitige Verhältnis der beiden letzteren, d. i. der polizeilichen Funktion und der Rechtsordnung zu erörtern.

Auch die Polizeifunktion gehört in den Aufgabenkreis der öffentlichen Verwaltung; die Polizeiadministration ist nur eine Gattung der öffentlichen Verwaltung. Die Frage: in welchem Verhältnis die allgemeine oder, sagen wir, die gewöhnliche öffentliche Verwaltung zu der Polizeiverwaltung steht, haben wir mit den vorstehenden Erörterungen eigentlich schon beantwortet, und zwar dort, wo bei der Analyse der Begriffe der Verwaltungsordnung und Polizeiverwaltung nebenbei auch vom gegenseitigen Verhältnis der allgemeinen Verwaltung und der Polizeiverwaltung die Rede war. An dieser Stelle

genügt es daher kurz darauf hinzuweisen, daß die allgemeinen Verwaltungsfunktionen primärer Art und ihrem Gegenstande nach auf die verschiedenartige Erledigung der mannigfachen öffentlichen Angelegenheiten gerichtet, wogegen die Polizeifunktionen sekundärer, akzessorischer und defensiver, schützender, abwehrender Natur sind.

Was aber die Rechtsordnung des näheren anbelangt, verweisen wir, nachdem deren Begriff vorstehend schon eingehend erörtert worden, vor allem auf den bekannten allgemeinen Grundsatz, wonach die Rechtsordnung das gesamte Gebiet des Privatlebens und der öffentlichen Verwaltung umfaßt, private und Verwaltungsorgane gleichermaßen der rechtsordnenden Gewalt des Staates untergeordnet sind. Ist nun die Polizeifunktion begrifflich ebenfalls eine Verwaltungstätigkeit, so folgt daraus mit logischer Notwendigkeit, daß sich die Herrschaft der Rechtsordnung, der Rechtsnorm auch auf die Polizeiverwaltung erstreckt. Wie jedwede Funktion jedweden Staatsorganes wird auch die Polizeifunktion durch die in der Rechtsschaffung zum Ausdruck kommende staatliche Souveränität und durch die höchste, vollständigste Äußerungsform dieser Gewalt: durch das Gesetz, eingeschränkt. Wäre dem nicht so, dann gäbe es keine vollständige und unumschränkte Staatsoberhoheit. Dann wäre die Polizeigewalt ein ganz alleinstehender derartiger Machtzweig, der sich selbst der gesetzgebenden Gewalt entziehen könnte oder ihr gleichrangig gegenüberstünde, was aber ein verfassungsrechtliches Unding bedeutet. Die Polizeibehörde gehört in den Bereich der Vollzugsgewalt oder, falls man sie vielleicht als besonderen Zweig der Staatsgewalt qualifizieren wollte, würde ihr jedenfalls auch so im Rahmen der ideal einheitlichen Staatsgewalt, unter der Oberhoheit der gesetzgebenden Gewalt, ein Platz zukommen. Über die Schranken des gesetzlichen Willens und der durch ihn zustandekommenden Rechtsordnung kann sich daher auch die Polizeibehörde nicht hinwegsetzen; das große Rechtsprinzip der Gesetzlichkeit gilt auch für die Polizeifunktion. Ist es ja doch, wie weiter oben gezeigt wurde, gerade die Aufgabe der Polizeifunktion, das rechtsordnungsgemäße Zur-Geltung-kommen der öffentlichen Ordnung verschiedenen Gegenstandes (Materials) zu gewährleisten, die rechtsordnungsmäßigen Bedingungen der Ordnungsgeltung auf eine Weise darzubieten, daß sie die Gefahren der Rechtsordnung entweder präventiv abwendet, oder aber nachträglich Verfügungen trifft, durch die die Störung der Rechtsordnung behoben wird. Wenn sich die Polizei über die gesetzlichen Rechtsnormen hinwegsetzt, begeht sie ebenso eine Rechtsverletzung, wie ein jedes andere Verwaltungsorgan, das unter Mißbrauch seiner gesetzlichen Macht die gesetzlichen Schranken in welcher Beziehung immer mißachtet. Richtig ist wohl, daß der Polizeifunktion das Merkmal der freieren Erwägung der Umstände, das sogenannte diskretionäre Verfügungsrecht, als charakteristisches

Merkmal in der Regel innewohnt. Auch die Ausübung der diskretionären Gewalt wird jedoch durch rechtliche Schranken eingeeengt. Ja, eben die spezielle, große Macht der Polizei gestaltet die Rechtsschranken am meisten zur Notwendigkeit, weil sonst für die Rechtsordnung und namentlich für die individuellen Freiheitsrechte die größten Gefahren erwachsen würden. Aus diesem Grunde erscheint es geboten, den polizeilichen Funktionen gegenüber in noch höherem Maße die Sicherung der Rechtsschranken zu fordern, als hinsichtlich der gewöhnlichen Verwaltung.

Nun wollen wir aber die Wesensart jener rechtsordnungsmäßigen Schranken untersuchen, die der polizeilichen Funktion gegenüber errichtet werden müssen. Vor allem ist die Tätigkeit der Polizei dadurch gebunden, daß die Rechtsnorm den Zweck der Ausübung polizeilicher Machtbefugnisse genau festsetzt. Zu anderen als zu polizeilichen Zwecken kann die Polizei ihre Macht ohne Rechtsverletzung nicht verwenden. Das Gegenteil ist auch dann unstatthaft, wenn jener andere Zweck etwa ein öffentliches Interesse berührt. Die Notwendigkeit der diskretionären Polizeitätigkeit rührt im allgemeinen daher und beruht darauf, daß die Rechtsnorm den Tatbestand der Rechtsverfügung in all seinen Vorbedingungen nicht mit voller Genauigkeit im vorhinein festsetzen kann, sondern ihn bloß im allgemeinen zu kennzeichnen vermag. Die Rechtsnorm sagt z. B. nur soviel, daß die Polizeibehörde ein Gebäude, das einzustürzen droht, abtragen lassen muß. Der Tatbestand ist auch hier im allgemeinen umschrieben und zwar durch die Tatsache, bzw. Gefahr des Einsturzes; die Feststellung der konkreten, tatsächlichen Gefahr des Einsturzes allein ist es, was dem freieren Ermessen der Polizeibehörde anheimgegeben ist. Darin aber liegt jenes tatsächliche Moment, dessen vorhergehende, genaue und ausführliche Feststellung der Natur des Gegenstandes gemäß ein Ding der Unmöglichkeit ist. Wenn nun die Polizeibehörde ohne tatsächliches Bestehen der erwähnten Gefahr die Demolierung eines Hauses anordnet, so begeht sie eine Rechtsnormverletzung. In denselben Fehler verfällt sie aber auch dann, wenn sie die einschlägigen Verfügungen mit Außerachtlassung des gesetzlich vorgeschriebenen Sicherungsverfahrens (z. B. Lokalaugenschein der Sachverständigen) trifft. Es ist offenkundig, daß sie in all diesen Fällen rechtswidrig vorgeht und nicht allein den beteiligten Privaten schädigt, sondern auch die objektive gesetzliche Bestimmung verletzt und die im öffentlichen Interesse geregelte objektive Funktionsordnung der staatlichen Organe stört. Der subjektive Rechtskreis der beteiligten Individuen und die objektive Rechtsordnung der Funktion des Staatsorganismus wird gleichermaßen beeinträchtigt.

Zwischen der rechtlich geregelten Gebundenheit der polizeilichen und jener der gewöhnlichen (normalen) Verwaltung besteht bloß der

Unterschied, daß das Funktionieren der gewöhnlichen Verwaltung zumeist nach allen Richtungen genau und eingehend geregelt ist, wogegen das polizeiliche Vorgehen neben dem rechtlich genau fixierten Teil zumeist auch solche Momente aufweist, welche betreffend die Rechtsnorm (auf der höchsten Stufe: das Gesetz) hinsichtlich des Zweckes und der Mittel nur den Rahmen angibt, innerhalb dessen dann die Polizeibehörde nach ihrer vom gesetzlichen Ziel geleisteten besten Einsicht sich bewegt. Das Rechtselement hat also die Funktion der Polizei innerhalb des erwähnten Rahmens unbedingt zu durchdringen. Es genügt nicht, daß der Zweck des Verfahrens selbst polizeilich, also rechtlich erlaubt sei — die zur Erreichung des gesteckten Zieles angewandten Mittel müssen auch in jeder Hinsicht dem Zwecke angemessen sein, gar nicht zu reden von der strengen Einhaltung der Formen des Verfahrens.

Außer der Richtigkeit des Zweckes und der Anwendung des entsprechenden Mittels ist der Funktionskreis der Polizei auch in jener formellen, kompetenziellen Hinsicht eingeschränkt, daß Verfügungen, durch welche die individuellen Rechtskreise stärker berührt und namentlich die Freiheitsrechte eingeengt werden, nur auf Grund gesetzlicher (oder mit Gesetzeskraft wirkender gewohnheitsrechtlicher) Ermächtigung vollzogen werden dürfen. Vorerst bedarf es also einer einschlägigen (gegenstandsmäßig polizeilichen) rechtsnormalen Verfügung der Gesetzgebung und erst bei deren Vollzug kann die Polizei die gewünschte, ansonst meritorisch begründete, konkrete Verfügung treffen.

Ferner obwaltet eine Rechtsnormverletzung im Sinne des Mißbrauchs der polizeilichen Befugnis auch in dem Falle, wenn die Polizeibehörde ihren Aufgabenkreis derart überschreitet, daß sie sich nicht damit begnügt, die Bedingungen der Ordnung zu sichern, sondern sich selbst zu einem integrierenden, bildenden Faktor der Ordnung aufwirft und entweder den Aufgabenkreis der gewöhnlichen (normalen) Verwaltung usurpiert oder durch Einmischung in die Ordnung der Gesellschaft (des Privatlebens) sich als deren schaffendes Subjekt geriert. Der erwähnte Fall kann sich nur ganz ausnahmsweise, bei äußerster Notwendigkeit und bloß provisorisch, übergangsweise ereignen, aber auch dann muß die Verfassung irgendeine Grundlage bieten und für die Verhinderung von Mißbräuchen gesorgt haben. Was aber den zweitangeführten Fall betrifft, stehen wir da einer Gefährdung der individuellen Freiheitsrechte gegenüber, indem die Polizeibehörde unter dem Vorwande des Ordnungschaffens Aufgaben der allgemeinen sozialen Wohlfahrt lösen will, die außerhalb des polizeilichen Wirkungskreises liegen.

Die Förderung der Kultur auf den verschiedenen Gebieten der menschlichen Tätigkeit ist teils Aufgabe der Gesellschaft, teils aber

Beruf der (gewöhnlichen) öffentlichen Verwaltung. Die Polizei kann eine schaffende Arbeit solcher Art mangels des einschlägigen Wirkungskreises nicht auf sich nehmen. Das Kennzeichen und gleichzeitig der größte Fehler der alten Polizeistaaten lag ja eben darin, daß sie sich unter dem Vorwande der Förderung des öffentlichen Wohles mit polizeibehördlichen Verfügungen in sämtliche Lebensverhältnisse der Staatsbürger einmengen, die menschliche Freiheit durch willkürliche Eingriffe in das Privatleben auf die verschiedenste Weise und in verschiedenster Richtung (negativ und positiv) einschränkten. Erst mit dem Untergange des Polizeisystems gelangte die Rechtsentwicklung dahin, daß die Schaffung der öffentlichen Wohlfahrtseinrichtungen in den Aufgabenkreis der allgemeinen Verwaltung gewiesen wurde, was zur Folge hatte, daß die Verwaltungsorgane bei der Beeinträchtigung der menschlichen Freiheit nur mehr als Vollzieher der gesetzlichen Rechtsnormen, d. i. auf gesetzlicher Rechtsgrundlage vorgehen können. Die Polizeiverwaltung hinwieder wacht bloß über den Bestand und das normmäßige Walten der bereits vorhandenen öffentlichen Ordnung, indem sie deren Bedingungen äußerlich sichert.

Nehmen wir auch hier einige Beispiele. Die Errichtung neuer Siedlungen, Gemeinden ist keine polizeiliche, sondern eine bevölkerungspolitische und agrarpolitische Aufgabe. Sobald aber die Siedlung bereits vorhanden ist, steht es berufs- und pflichtmäßig schon der Polizeibehörde zu, die dortige Lebensordnung zu überwachen und zu sichern, damit die regelmäßigen Lebensfunktionen der Siedlung nicht gestört werden. Desgleichen ist die Sicherung der regelrechten Funktion verschiedener öffentlicher Werke (Beleuchtung, Wasserleitung) gegen Elementarunfälle oder Arbeitseinstellung eine berufsmäßige Aufgabe der Polizei. Das ungestörte Funktionieren der öffentlichen Werke bildet eine Vorbedingung der öffentlichen Ordnung und so kommt deren Sicherung der Polizeibehörde zu. Da nun aber die Störung der öffentlichen Werke eine imminente, die Ruhe vom Grund auf störende Gefahr bedeutet und so die Frage für die öffentliche Ordnung von existentieller Wichtigkeit ist, kann in solchem Falle auch die außerordentliche Einmischung der Polizei als berechtigt anerkannt werden. Demgemäß ist die Polizei nicht allein befugt, die administrative Arbeit der gefährdeten öffentlichen Werke in solchem Falle zu unterstützen, sondern sie kann bei dieser Arbeit ausnahmsweise sogar als Ersatz einspringen. (Freilich bedarf es auch hier der gesetzlichen Grundlage, d. i. einer ausnahmsweisen legislativen Bevollmächtigung.) Hinsichtlich der Steuereinhebung ist eine solch imminente Gefahr wohl schwerlich feststellbar und so kann der polizeiliche Ersatz bei der Steuereinhebung nicht einmal theoretisch als befugt anerkannt werden.

Welche neue Zielsetzungen der Staat hinsichtlich der Förderung

des menschlichen Fortschrittes für ersprießlich hält und was für neue Einrichtungen er demgemäß ins Leben ruft, das gehört in den Entscheidungsbereich der Staatsgewalt und steht in höchster Instanz der Gesetzgebung zu. In dieser Hinsicht ist die Staatsmacht auf Grund der Souveränität rechtlich zweifellos unbeschränkt, so daß füglich die persönliche Freiheit auf jede Art und in jedem Maße eingeschränkt werden kann¹⁾. Daß dann die von Gesetzes wegen geschaffenen Rechtsinstitutionen tatsächlich störungslos funktionieren können; bedarf es der behördlichen Überwachung; diese aber bildet, wie schon erwähnt, die eigentliche Aufgabe der Polizei. Die Erfüllung dieser Aufgabe schließt jedoch schon begrifflich den Gedanken der Beschränkung und Gebundenheit in sich, da sich ja diese Funktion zielgemäß den bestehenden Institutionen der Rechtsordnung anzupassen hat und ihr ganzer Beruf in der äußeren Unterstützung derselben sich erschöpft.

Die polizeiliche Funktion trägt ferner das Zeichen der Notwendigkeit an sich; Zweck und Rechtstitel sind schon zufolge der Natur des Polizeiberufes von dem Willen der Polizeibehörde unabhängig; sie ergeben sich notwendigerweise und pflichtgemäß. Diese pflichtgemäße Notwendigkeit ist gleichfalls ein Element des Begriffskreises der Beschränkung.

Der Begriff der Polizei faßt also das Element des unbeschränkt freien Entschlusses keineswegs in sich. Das Moment des freien Entschlusses heftet sich nur dort und nur insofern an ihre Tätigkeit, wo und als es zur Erreichung des Zweckes der polizeilichen Funktion — auch dann aber stets innerhalb der Schranken der bestehenden Rechtsordnung — auf freierem Ermessen beruhender (diskretionärer) Verfügungen bedarf. »Freies Ermessen« ist übrigens kein glücklich gewählter Ausdruck. Die Beifügung »frei« bedeutet durchaus keine absolute Freiheit. Absolute Freiheit steht nur dem Gesetzgeber, dem höchsten Urheber der objektiven Rechtsordnung und Träger der staatlichen Souveränität, zu. Jede andere Freiheit erhält nur innerhalb der Schranken der Rechtsordnung Geltung. Dies gilt auch für die Ermessensakte der öffentlichen Verwaltung. Auch die Beifügung »frei« bedeutet also keine Befreiung von den Schranken des Gesetzes, sondern bloß eine innerhalb dieser Schranken zur Geltung gelangende, im Vergleich zur gewöhnlichen Verwaltung freiere Amtstätigkeit. Auch diese ist eine gebundene Tätigkeit, jedoch keine detailliert und strengstens gebundene. Auch das diskretionäre Element ist also ein Rechtselement, nicht aber ein Element außerhalb der Rechtsordnung (Rechtsnormen).

¹⁾ Eine andere Frage ist, ob nicht auch die Gesetzgebung gewisse ethische Schranken, nämlich die Anforderungen des über alle positiven Gesetze sich erhebenden idealen Rechtes, der Gerechtigkeit und des höheren Rechtsgedankens sich vor Augen zu halten hat.

Die diskretionäre Funktion ist eine Eigentümlichkeit der öffentlichen Verwaltung. Ähnlichen Funktionen begegnen wir zwar auch auf anderen Gebieten der staatlichen Lebenstätigkeit, doch sind diese keine diskretionären Funktionen im fachrechtlichen Sinne. Manche Autoren wollen auch der richterlichen Funktion das Obwalten des diskretionären Elements zuerkennen. Sie berufen sich dabei auf die Feststellung des Tatbestandes oder auf das bei der Strafbemessung vorkommende freie Ermessen. In diesen Fällen handelt es sich aber lediglich um auslegend (interpretatorisch) logische Funktionen, die sich auf eine durch Beweise erfolgte Feststellung schon vollzogener Tatsachen, bzw. um die den Strafbestimmungen entsprechende Anwendung beziehen. Jede Verstandesarbeit geht schließlich mit einer gewissen geistigen Freiheit einher. Bei dem freien Ermessen im Rahmen der öffentlichen Verwaltung handelt es sich um ein freieres, konstruktives Ermessen. In dem Falle der Auflösung einer öffentlichen Versammlung konstruiert sich die Polizeibehörde selbst den Tatbestand, den gefahrmäßigen Zustand der öffentlichen Ordnung. Und zwar geschieht dies mit Hilfe von Tatsachelementen, die im vorhinein nicht bestimmbar sind und dem freien, man könnte sagen intuitiven Ermessen unterliegen. In dem vor den Richter gelangenden Prozeß hingegen gibt es einen gegebenen Tatbestand, angesichts dessen der Richter nicht so sehr eine konstruktive, wie vielmehr eine rekonstruktive Tätigkeit entwickelt; sein Ermessen richtet sich nach den tatsächlich erfolgten und positiv kennzeichbaren Gegebenheiten, wobei sich die ermessende Tätigkeit auf die im Gesetze bezeichneten Beweise bezieht.

In den Problemenkreis der diskretionären Macht gehört auch die Frage, ob eine Einzelperson das Recht beanspruchen kann, daß die zuständige Behörde ihre diskretionäre Macht zugunsten des privaten Anregers in dem von ihm gewünschten Sinne ausübe. Mit anderen Worten: ob von subjektivem Recht überhaupt die Rede sein kann, wenn man dem diskretionären Rechtskreis der Behörde gegenübersteht. Diese Frage ist mit einem kurzen Ja oder Nein nicht zu beantworten. Im allgemeinen läßt sich zwar behaupten, daß es in solchen Fällen subjektive Rechte — streng oder, sagen wir, in vollem Sinne genommen — nicht gibt, immerhin aber bestehen gewisse Unterschiede der Schattierungen, die wir keineswegs aus dem Auge verlieren dürfen.

Jedenfalls kann die Privatpartei fordern, daß das mit diskretionärer Macht bekleidete Organ ihr Ansuchen in Erwägung ziehe. Dazu besitzt sie einen unmittelbaren Rechtsanspruch.

Eine andere Frage ist es, ob sie das Recht hat, darauf zu bestehen, daß ihrem Ansuchen meritorisch stattgegeben werde. Im allgemeinen steht ihr ein solches Recht nicht mehr zu, andererseits aber kann die Behörde trotzdem nicht willkürlich vorgehen. Nehmen wir beispiels-

weise den Fall der Gewerbebewilligung. Die Erteilung der Gewerbe-
lizenz ist, nebst anderen genau umschriebenen rechtlichen Bedingungen,
an die der diskretionären Erwägung unterliegende Voraussetzung
geknüpft, daß der Gesuchsteller seine persönliche Verlässlichkeit nach-
weisen kann. Führt nun die Gewerbebehörde bei der Abweisung des
Ansuchens als Grund des Mangels an Vertrauenswürdigkeit einen
Umstand an, der die behördliche Feststellung betreffs der Vertrauens-
würdigkeit offensichtlich widerlegt und umstößt, so obwaltet eine
Rechtsverletzung und der Gesuchsteller kann sich nicht nur wegen Ver-
letzung seines Reflexrechtes, sondern auch seines subjektiven Rechtes
beschweren. Die Rechtslage ist nämlich in solchem Falle derart be-
schaffen, daß die Privatperson kraft des staatsbürgerlichen Fundament-
rechtes der Erwerbs- und Arbeitsfreiheit zur Ausübung des gewerblichen
Erwerbs befugt ist, bzw. auf die verwaltungsbehördliche Genehmigung
des einschlägigen Ansuchens Anspruch hat, wenn sie den im Gesetze
festgelegten Bedingungen entspricht. Die Sonderlichkeit des Falles
liegt hier bloß darin, daß eine der Bedingungen diskretionärer Natur
ist. Nun aber obliegt es der Behörde, ihre diskretionäre Macht gesetz-
mäßig auszuüben, das zu fordern aber ist schon ein subjektives Recht
der Privatpartei. Wird jedoch diese Macht von der Behörde offen-
sichtlich und nachweisbar mißbraucht, so ist in diesem Belang
— abgesehen von der Verletzung der objektiven Rechtsordnung — auch
der subjektive Rechtskreis des beteiligten Privaten durch die Behörde
verletzt worden.

Anders gestaltet sich die Lage, wenn es sich beispielsweise um eine
staatliche Unterstützungsangelegenheit eines Industrieunternehmens zu
Gewerbeförderungs Zwecken handelt und die Bedingungen dieser Unter-
stützung im Gesetze nur ganz im allgemeinen fixiert sind. So kann die
Unterstützung z. B. von der volkswirtschaftlichen Lage sämtlicher
Gewerbebranchen des Landes, von deren Reihenfolge hinsichtlich der
Unterstützung und von der Finanzlage der Staaten abhängig gemacht
werden. Das sind dermaßen freie, jedem rechtlichen Ermessen ent-
gleitende Gesichtspunkte, daß ein Recht oder Mißbrauch der diskretionä-
ren Befugnis kaum festgestellt werden kann. Aus diesem Grunde kann
sich auch der Gesuchsteller in erwähnter Beziehung auf sein subjektives
Recht nicht berufen ¹⁾).

¹⁾ Die eingehende Untersuchung der Rechtsnatur diskretionärer Akte ist erst in
neuerer Zeit in den Vordergrund gerückt. Von deutschen Autoren befassen sich damit:
F. Stier-Somlo, Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, 1908. — F.
Tezner, Über das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, 1924. — W. Jellinek,
Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägungen, 1913. Derselbe: Ver-
waltungsrecht, 1928. — R. v. Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910. —
Ausführlicher behandeln diese Frage mehrere französische Autoren in ihren syste-
matischen Werken: Duguit, Traité du droit constitutionnel, 1923. — Jéze, Cours

III.

Der Fundamentalsatz, daß auch die Polizei der Herrschaft des Rechts untersteht, hat zur logischen Folge, daß sich der rechtlichen Kontrolle des unabhängigen Gerichtes, als berufensten Organs der Rechtsherrschaft und des Rechtsschutzes, auch die Polizei nicht entziehen kann. Ja, das Interesse der Rechtssicherheit erfordert den unabhängigen richterlichen Schutz gegenüber den polizeilichen Verfügungen sogar mit noch größerem Nachdruck, als den gewöhnlichen Verfügungen der Verwaltungsbehörden gegenüber, weil vermöge der diskretionären Macht der Polizei die Möglichkeit von Rechtsverletzungen naturgemäß in höherem Maße obwaltet, als dies auf dem allgemeinen Verwaltungsgebiete der Fall ist. Spricht nun nicht vielleicht ein grundsätzliches Hindernis dagegen, daß das Gericht diese diskretionären Verfügungen zum Gegenstand der Beurteilung mache? Ist da nicht am Ende in Betracht zu ziehen, daß das Gericht nur zur Prüfung der Rechtmäßigkeit und zur Abhilfe bei Rechtsverletzungen berufen ist? Die moderne Rechtsauffassung kennt derartige Hindernisse nicht mehr. Der gerichtlichen Beurteilung können auch die in Rede stehenden ermessenden Verfügungen nicht entzogen werden, weil ja die Prüfung dessen, ob die Behörde ihre diskretionäre Macht rechtmäßig ausgeübt hat, keine Frage des freien Ermessens mehr, sondern im strengen Sinne eine Rechtsfrage ist. Als solche aber bildet sie einen Gegenstand des richterlichen Ermessens, wie ja auch die Mißbräuche dieser Macht tatsächlich immer Rechtsnormverletzungen sind. Sobald nun der Verfügung in welcher Form und welchem Belang immer eine Rechtsnormverletzung, kürzer gesagt eine Rechtsverletzung, anhaftet, ergibt sich sofort die Notwendigkeit des richterlichen Rechtsschutzes und die richterliche Kompetenz. Will man zwischen dem Elemente der Zweckmäßigkeit (Richtigkeit) das die auf freiem Ermessen beruhende Verfügung in sich birgt, und dem Elemente der Rechtmäßigkeit die Grenzlinie ziehen, so erfordert dies jedenfalls eine tiefgreifende Untersuchung, doch ist auch schon die Festsetzung dieser Grenzlinie selbst eine Rechtsfrage, wie denn die Kompetenzfragen überhaupt Rechtsfragen sind, zu deren Beurteilung wieder nur ein richterliches Organ berufen ist. Dieser Erwägung entspringen jene in ganz Europa, besonders aber in Deutschland und Frankreich wahrnehmbaren neueren Bestrebungen, daß die auf freiem Ermessen beruhenden Verfügungen in ihren rechts-

de droit public, 1924. — Im ungarischen Fachschrifttum: Wilhelm Szontagh: A közigazgatás szabad belátása (Das freie Ermessen der öffentlichen Verwaltung), 1928. — Stefan Ereky: A tárgyi és alanyi közjogok dualizmusa (Dualismus der objektiven und subjektiven öffentlichen Rechte), 1928. — Moriz Tomcsányi, A magyar közigazgatási jog alapintézményei (Fundamentalinstitutionen des ungarischen Verwaltungsrechtes), 1926.

widrigen Beziehungen überhaupt und grundsätzlich in den Wirkungskreis der Verwaltungsgerichte verwiesen werden mögen. Auch hier bietet sich der juristischen Feinarbeit, wie sie ja die Begriffsanalysen in den meisten Fällen bedeuten, ein weites Feld. An Hand einiger Beispiele sei nun darauf hingewiesen, wann das Gericht kraft seines Berufes die diskretionären Fragen mit vollem Rechte in den Kreis seiner Beurteilung ziehen kann, wiewohl sie der Hand des Richters zu entgleiten scheinen.

Um einen solchen Fall handelt es sich vor allem, wenn die Polizeibehörde, bzw. ein Verwaltungsorgan überhaupt den eigenen behördlichen Rechtskreis nicht zu dem im Gesetze bezeichneten Zwecke verwendet, oder wenn der Zweck zwar erlaubt, die in Anspruch genommenen Mittel aber rechtswidrig, weil dem Zwecke nicht entsprechend sind; oder wenn die Behörde irgend ein formelles Erfordernis des vorgeschriebenen Verfahrens außer acht läßt. Diese Leitsätze sind heute bereits allgemein akzeptierte Thesen des Verwaltungsrechtes. Außerdem aber müssen die diskretionären administrativen Verfügungen auch in anderen Fällen vor den Richter gebracht werden können. Von diesen Fällen sei hier beispielsweise bloß auf einige Haupttypen hingewiesen:

1. Es kommt vor, daß die Verfügung an sich richtig, der Beweggrund aber rechtlich zu beanstanden ist. Die Verfügung könnte zu Recht bestehen, wenn die Behörde als Beweggrund einen anderen, rechtlich annehmbaren Umstand vorgebracht hätte. So aber wird die Verfügung wegen Rechtswidrigkeit des Motivs zunichte.

2. Der als Motiv angeführte Umstand wäre seiner rechtlichen Natur zufolge zwar annehmbar, kann jedoch in seiner konkreten Anwendung nicht bestehen, und zwar aus dem Grunde nicht, weil die in Rede stehende Tatsache in offensichtlichem Widerspruch zu dem wirklichen Tatbestand steht. Mit anderen Worten: die Tatsachenfeststellung des Beschlusses ist falsch, augenfällig unwahr. Um ein gewöhnliches Beispiel anzuführen: Die Feuerwehrbehörde läßt unter dem Titel Feuersgefahr die Räume eines Lichtspieltheaters mit der Begründung sperren, daß das Theater mit keiner Feuerspritze versehen ist, was aber der Wahrheit widerspricht, weil der in Rede stehende Löschapparat vorhanden ist. Die wirklichen Tatsachen widerlegen und entkräften offensichtlich die im Beschlusse angeführten, der Verfügung als Grundlage dienenden Tatsachen. Da es aber ein allgemein gültiger Rechtssatz ist, daß geltende rechtliche Verfügungen sich nur auf wahre Tatsachen stützen können, ist demzufolge die unwahre Tatsachenfeststellung und so auch die darauf begründete Rechtsverfügung rechtswidrig.

Oder nehmen wir an, daß es sich nicht um einen derart rohen Fehler der Tatsachenfeststellung handelt. Die Feststellung der Grundtatsache ist richtig, die aus der Tatsache folgerungsmäßig abgeleitete andere

Tatsache aber ist offensichtlich unrichtig, mit anderen Worten: die Folgerungen sind in ihrem Aufbau falsch. So ist dann auch die Begründung des Beschlusses, desgleichen die darauf basierte Rechtsverfügung rechtswidrig. Nehmen wir den nachstehenden Fall: Die Feuerwehrbehörde verfügt die Sperrung einer Schaustellungsräumlichkeit mit der Begründung, daß nur zehn Feuerlöschapparate vorhanden sind, während nach einhelligem Gutachten sämtlicher angehörten Sachverständigen fünf Spritzen zur Wahrung der Feuersicherheit hinlänglich genügen. Die Feststellung der Grundtatsache (zehn Feuerspritzen) ist richtig; die tatsächliche Folgerung, bzw. die darauf begründete tatsächliche Behauptung, wonach die Einrichtung feuergefährlich sei, ist offensichtlich unrichtig, der Wahrheit nicht entsprechend, folglich rechtswidrig. In all diesen Fällen berührt der Rechtspruch des Gerichtes Fragen des Ermessens, der Zweckmäßigkeit und der Richtigkeit auf Grund der daran haftenden Rechtsnormverletzungen.

3. Ein anderes Beispiel: Die Behörde ordnet zwecks Erweiterung des Unratablagerungsplatzes das Enteignungsverfahren an. Das Gericht kann die Frage, ob die in Rede stehende Erweiterung notwendig ist, nicht prüfen, weil diese, als diskretionäre Frage der Zweckmäßigkeit, außerhalb des Kreises seiner rechtlichen Beurteilung liegt. Dagegen kann das Gericht wohl die Frage entscheiden, ob zum Zwecke der als notwendig angenommenen Erweiterung gerade die Enteignung jener Grundfläche begründet sei, die von der Behörde dazu ausersehen ist und ob dem gesetzlich gerechtfertigten Zwecke nicht vielleicht ein anderes Grundstück besser entspräche, z. B. jenes, gegen welches auch die Behörde selbst aus sanitären oder anderen öffentlichen Gesichtspunkten keine Einwendung erhebt und, falls dasselbe beansprucht wird, die Lösung mit weit geringerer Störung der bestehenden Rechte erfolgen kann.

Das Streben nach Erweiterung des Wirkungskreises der Verwaltungsgerichte im Zeichen des Rechtsschutzes ist eine bedeutungsvolle Erscheinung der modernen Rechtsentwicklung. Heute finden sich auch bereits Anhänger der Auffassung, daß sogar die reinen Interessenverletzungen (d. i. nicht subjektiven Rechtsverletzungen); bzw. die reinen Zweckmäßigkeitsfragen in besonders wichtigen Fällen auf unmittelbare Weise und in unmittelbarer Form — wenn auch nur ausnahmsweise, unter dem Rechtstitel des außerordentlichen Wirkungskreises, bei taxativer Bezeichnung solcher Angelegenheiten — dem Wirkungskreise des Gerichtes zuzuweisen seien. Dabei denken wir jetzt nicht an die naheliegende Möglichkeit, daß auch gegen reine Interessenverletzungen auf gerichtlichem Wege — mittelbar — ebenfalls Abhilfe geschafft werden kann¹⁾. Für jetzt handelt es sich

¹⁾ Mein rein privates Interesse ist es z. B., daß die Bogenlampe, die von der Straße aus mein Zimmer beleuchtet, am jetzigen Platze verbleibe, weil ich dadurch in meiner

Z. ausl. öff. Recht u. Völkerr. Bd. 3, T. 2: Abh.

bloß darum, daß, wie einige Gesetzgebungen bezeugen, reine Interessenverletzungen, bzw. rein zweckmäßige (diskretionäre) Verfügungen mitunter ausnahmsweise auch auf direkte, unmittelbare Weise und in ebensolcher Form zum Gegenstande der gerichtlichen Beurteilung gemacht werden. Unstreitig aber kann das nur im außerordentlichen Wirkungskreise des Gerichtes, auf Grund ganz ausnahmsweiser legislativer Bevollmächtigung geschehen, denn eine derartige Rechtsprechung liegt grundsätzlich außerhalb des Wirkungskreises des Gerichtes. Der vorhin erwähnte Enteignungsfall kommt dieser Erscheinung schon sehr nahe. Aber auch reinere Beispiele bieten sich hierfür. So kann sich in Italien der bei den amtlichen Beförderungen übergangene öffentliche Beamte um Abhilfe an den Staatsrat, als oberstes Verwaltungsgericht, wenden. In Ungarn können die Mitglieder des Municipalausschusses die vom Minister wegen Arbeitsunfähigkeit oder staatsgefährlicher Haltung dieser Körperschaft verfügte Auflösung derselben mittels Beschwerde beim Verwaltungsgericht anfechten. In solchem Falle macht der Verwaltungsgerichtshof die Frage der Arbeitsunfähigkeit und der staatsgefährlichen Haltung unmittelbarweise zum Gegenstand der richterlichen Beurteilung.

Angesichts der heutigen Entwicklung der Rechtskultur darf man keinen Augenblick mehr mit der Anerkennung zaudern, daß sowohl die öffentliche Verwaltung im allgemeinen, als auch die Polizeiverwaltung in ihrem sogenannten ermessenden (diskretionären) Wirkungskreis ebenfalls unter richterlicher Kontrolle stehen. Es ist dies ein Erfordernis des Wesens der alles überragenden Rechtsherrschaft. Die institutionelle Geltung der Rechtsherrschaft und die richterliche Funktion aber stehen mit einander in engstem Kontakt, die beiden sind sozusagen eins. Die Rechtsherrschaft ist das rechtliche Grundprinzip des modernen Staates. Die einzige wirksame, institutionelle Gewähr des tatsächlichen Zurgeltunggelangens der Rechtsherrschaft aber ist der unabhängige, unparteiische richterliche Rechtsschutz. Jede andere

Wohnung Beleuchtungskosten erspare. Zu diesem Vorteil besitze ich kein subjektives Recht, er berührt bloß mein rein subjektives, rechtloses Interesse. Wenn man die Straßenlampe von ihrem jetzigen Platze an einen anderen Ort verlegt, erleidet mein Interesse zwar eine Verletzung, doch kann dabei meinerseits von keiner Rechtsverletzung die Rede sein. Unter solchem Titel kann ich mich daher weder unmittelbar, noch indirekt an das Gericht um Abhilfe wenden. Falls aber das Ortsstatut die Bestimmung enthält, daß vor einer Versetzung der Straßenlampen die Hauseigentümer anzuhören sind und die Versetzung ohne Anhörung der beteiligten Hauseigentümer erfolgt ist, können die Interessenten oder gegebenenfalls im Wege einer *actio popularis* auch wer immer sonst den betreffenden verwaltungsbehördlichen Beschluß vor dem Verwaltungsgericht anfechten, worauf durch die Annulierung dieses Beschlusses auf mittelbarem Wege, als Reflexergebnis, die gerichtliche Entscheidung unbeabsichtigterweise auch den Schutz meines in Rede stehenden Privatinteresses nach sich ziehen kann.

Rechtsschutzinstitution ist mangelhaft, unvollkommen, wovon auch die parlamentarische Kontrolle keine Ausnahme bildet. Der Glaube an dieersprießlichkeit jedweder parlamentarischen Gerichtsbarkeit über Akte der Vollzugsgewalt ist eitle Selbsttäuschung. In gleichem Maße wie das Parlament — zumal bei entsprechenden Korrekturen — seinen Beruf auf dem Gebiete der Gesetzgebung, der Ausgestaltung des souveränen öffentlichen Willens erfüllt, gestaltet sich seine Funktionstätigkeit alsbald mangelhaft, wenn es sich um die richterliche Anwendung eines von ihm geschaffenen Gesetzes oder einer Rechtsnorm überhaupt handelt. Dieser Feststellung sei aber sofort hinzugefügt, daß der besagte Fehler nicht gerade den Parlamentsmitgliedern als Einzelpersonen zuzuschreiben ist. Die in Rede stehende Erscheinung folgt aus der Natur der Sache und hängt mit dem politischen Charakter, mit der inneren Konstruktion und Wesensbeschaffenheit der gesetzgebenden Körperschaft zusammen. Das Parlament ist und bleibt eine vorwiegend politische Körperschaft, mit allen Vorzügen und Nachteilen einer solchen. Jene Eigenschaft, die — neben der juristischen Fachbildung — das hervorragendste Merkmal der richterlichen Rechtsprechung bildet: die Unparteilichkeit liegt diesem höchstrangigen Staatsorgane bei der rechtssprechenden Tätigkeit wirklich ganz ferne.

Auch die Berufung auf die Institution der Ministerverantwortlichkeit ist in dieser Frage nicht stichhaltig. Laien und die noch gefährlichere Spezies der Halbjuristen leisten sich häufig das juristische Argument, die Institution der ministeriellen Verantwortlichkeit müsse illusorisch bleiben, wenn Handlungen und Unterlassungen der Regierung anstatt vor das Parlament, vor das Gericht zur Beurteilung gebracht werden können. Diese Auffassung laboriert an einer durch die Konfundierung zweier Fragen entstandenen Begriffsverwirrung. Sicher ist, daß außer dem Monarchen jedes Staatsorgan und so auch das Ministerium für seine Handlungen und Unterlassungen Verantwortlichkeit schuldet. Die Art aber, wie ein Minister zur Verantwortung gezogen wird, ist ebenso verschieden wie das Forum, vor dem ein solcher Akt vor sich geht. Vor das Parlament gehört in ihrer Vollständigkeit bloß die politische Verantwortlichkeit des Ministers. Was die rechtliche Verantwortung anbelangt, gehört bloß die Verfassungsverletzung vor das Parlament. In Wirklichkeit aber besitzt auch diese Art der verfassungsmäßigen Verantwortlichkeit keine Bedeutung und zwar aus dem Grunde, weil sie in der Praxis kaum jemals zur Anwendung gelangt. Daher kommt es auch, daß sie in den neueren Verfassungen dem Rechtskreise der Parlamente schon klar und deutlich entzogen ist und selbst diese verfassungsrechtliche Gerichtsbarkeit einem unabhängigen Gerichtsorgan übertragen wurde (Deutschland, Österreich). Wenn dem so ist — um wieviel mehr ist dann das Verwaltungsgericht zur Beur-

teilung der administrativen Verfügungen des Ministers berufen, wo doch diese Funktion auch ursprünglich und grundsätzlich bereits dem ordentlichen Aufgabenkreise des Verwaltungsgerichtes zugehört.

Vom Standpunkte des Rechtsschutzes aber ist die Institution der parlamentarischen Ministerverantwortlichkeit auch aus anderen, objektiven Gründen mangelhaft und unbefriedigend. Mit der parlamentarischen Gerichtsbarkeit findet nämlich nur die Frage der persönlichen strafrechtlichen Ahndung ihre Erledigung, während gegen die Rechtsverletzung damit noch keine Abhilfe geschaffen ist. Die parlamentsgerichtliche Form des Rechtsschutzes kann also schon aus diesem Grunde den Erwartungen nicht entsprechen, ganz abgesehen von dem erwähnten Umstande, daß sie vom praktischen Standpunkte selbst in der Form dieser persönlichen strafrechtlichen Verantwortlichkeit ein wertloser, veralteter Archaismus ist. Wie tief muß nun aber das Gefühl des Rechtsschutzes erschüttert werden, wenn in einem Staate die durch rechtswidrige Verfügungen der Vollzugsgewalt verursachte Rechtsverletzung aus dem Grunde nicht wiederhergestellt wird, weil die Mehrheitspartei des Parlaments ihren Minister nicht zur Verantwortung ziehen will, das Verwaltungsgericht, als berufener Hüter der öffentlichrechtlichen Ordnung, aber nicht zu Wort kommen kann, indem die Gesetzgebung des betreffenden Staates bei dem auch grundsätzlich zu beanstandenden System der taxativen Festsetzung die Beurteilung der fraglichen Angelegenheit nicht in den Wirkungskreis des Gerichtes weist.

Auch die taxative Regelung des Wirkungskreises der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist eine Frage, die besondere Erwähnung verdient. Die sogartete Festsetzung des richterlichen Wirkungskreises kommt einer bedeutenden Wertverminderung des ganzen öffentlichrechtlichen Rechtsschutzes gleich. Der Wirkungskreis eines öffentlichrechtlichen Gerichtes kann richtigerweise nur auf allgemeiner grundsätzlicher Basis festgesetzt werden. Das allein entspricht der Idee des Rechtes. Das Verwaltungsrecht ist entweder ein Recht oder es ist keines. Ist es ein Recht, was ja keinem Zweifel unterliegt, so kann es des richterlichen Rechtsschutzes nicht entbehren. Unter den Rechten soll vom Standpunkte des Erlaubtseins oder Nichterlaubtseins des richterlichen Rechtsschutzes keinerlei Auswahl statthaft sein, wie denn eine solche auch innerhalb der Zweige des Verwaltungsrechtes unter den einzelnen administrativen Befugnissen subjektiver Art nicht am Platze sein kann.

Auch noch auf anderer Grundlage läßt sich die Unhaltbarkeit und Unlogik der den taxativen Wirkungskreis der Verwaltungsgerichte betreffenden Auffassung nachweisen. Die Aufzählung der verschiedenen Angelegenheiten, die in den Wirkungskreis des Verwaltungsgerichtes gewiesen werden, ist entweder mangelhaft und dann ist

auch der auf diesem System begründete Rechtsschutz wertlos oder geringwertig, — oder aber die einschlägige Aufzählung ist hinlänglich reichhaltig. In diesem Falle aber kann mit Recht gesagt werden, daß derartige Aufzählungen niemals vollständig und erschöpfend sein können, — einige Angelegenheiten bleiben, wenn auch nur aus Versehen, immer weg. Dann aber ist es annehmbarerweise nicht zu begründen, warum die Gesetzgebung den Wirkungskreis des Verwaltungsgerichtes nicht lieber gleich auf allgemeiner grundsätzlicher Basis regelt, wonach jede Angelegenheit, jeder administrative Beschluß auf prinzipieller Grundlage, wahl- und ausnahmslos in den Wirkungskreis des Verwaltungsgerichtes gehört.

Nur bei allgemeiner, grundsätzlicher Bestimmung des Wirkungskreises gestaltet sich der richterliche Rechtsschutz wirklich zu einem so vollständigen, wie er es sein soll. Vollständig auch in dem Sinne, daß nicht allein sämtliche administrativen Verfügungen, sondern auch die hinsichtlich der Regierungsakte des Staatsoberhauptes auftauchenden Rechtsstreite zum Gegenstand richterlicher Rechtsabhilfe gemacht werden können. Damit aber haben wir einen heiklen Punkt berührt, der die modernen Hüter der Rechtswissenschaft lebhaft beschäftigt, ohne daß sie zu einem einheitlichen, beruhigenden Resultat gelangen könnten. Unsere Wissenschaft aber ist berufen, auch dieser Frage frei und offen ins Auge zu schauen und sie früher oder später der Entscheidung zuzuführen. Denn sollte es nicht unser Rechtsgefühl verletzen, wenn Verfügungen des Staatsoberhauptes — gleichviel aus welchem Grunde — offensichtlich mit dem Gesetze kollidieren und gegen derartige reine Rechtsverletzungen trotzdem keine Rechtsmittel vorhanden sind? Kann es in einem Rechtsstaate geduldet werden, daß eine rechtswidrige Verfügung Gültigkeit behalte und in Kraft bleibe, bloß weil sie vom Staatsoberhaupte her stammt? Ist das Staatsoberhaupt nicht ebenfalls dem Gesetze untergeordnet? Nehmen wir das Beispiel, das Staatsoberhaupt übt auf gesetzwidrige Weise, weil mit Hinansetzung der gesetzlichen Qualifikation oder der vorgeschriebenen Kandidation, also gegen klare und bestimmte Rechtsverfügungen verstoßend, sein Ernennungsrecht aus. Die Ministerverantwortlichkeit bietet auch hier keine befriedigende Grundlage zur Lösung und Abhilfe, denn selbst wenn der Minister, durch dessen Gegenzeichnung der gesetzwidrigen Verfügung des Staatsoberhauptes sozusagen ein konstitutionelles Mäntelchen umgehängt wird, vom Parlamente rechtlich zur Verantwortung gezogen würde, könnte dies die gesetzwidrige Verfügung als solche nicht berühren und wäre gegen die Rechtsverletzung keine objektive Abhilfe geschaffen. Und doch müßte die gesetzwidrige Verfügung als solche, also in dem beispielsweise angeführten Falle das Faktum der Ernennung, irgendwie seine wirksame Kraft verlieren können. Eine Schwierigkeit

bildet in diesem Falle der Umstand, daß Handlungen und Unterlassungen des Staatsoberhauptes — in monarchischen Staaten namentlich die Verfügungen des Herrschers — zum Gegenstand unmittelbarer richterlicher Beurteilung nicht gemacht werden können¹⁾. Der Schlüssel zur Lösung dieser offenbar schwierigen Frage wäre nur so zu finden, daß nicht unmittelbar gegen den staatsoberhauptlichen Akt, sondern gegen die durch die Verfügung des Ministers oder eines anderen Verwaltungsorgans erfolgte Vollziehung der Entschließung des Staatsoberhauptes die richterliche Abhilfe ermöglicht werden müßte. Auf diesem Wege läßt sich der staatsoberhauptlichen Verfügung durch das richterliche Urteil mittelbarer Weise (indirekt) beikommen. Es ist dies dem Wesen nach derselbe Vorgang, der in einem andern Belang, wie oben gezeigt wurde, den diskretionären Verfügungen der Verwaltungsbehörden gegenüber eingeschlagen werden kann. In solchem Falle ist es das Gericht, das dem Verwaltungsorgan sozusagen in den Arm fällt und so durch sein indirektes Eingreifen das Inkrafttreten der staatsoberhauptlichen Verfügung verhindert. Dem Wesen nach gleicht dieses Verfahren dem Vorgehen des Gerichtes, das bei seiner Urteilsfällung eine gesetzwidrige königliche Verordnung ohne Annullierung derselben einfach nicht anwendet.

Die erwähnte Lösung steht teilweise auch mit der Frage des Dienstgehorsams der amtlichen Organe in Verbindung. Sowohl die Staatsbürger, als auch die Organe des öffentlichen Dienstes haben das Recht, offenkundig rechtswidrigen Anordnungen ihrer Oberbehörde gegenüber den Gehorsam unter ihrer eigenen persönlichen Verantwortung und unter gerichtlicher Kontrolle zu verweigern. In jedem Rechtsstaate ist dies ein unbestreitbares Erfordernis der Verfassung und eine Garantie derselben von nicht geringer Bedeutung.

Auch auf den Umstand will ich hier nur in Kürze hinweisen, daß der Gedanke der Außerkraftsetzung offensichtlich gesetzwidriger staatsoberhauptlicher Ernennungen, wenn auch in anderer Form und Beziehung, in Ungarn auf dem Gebiete des gerichtlichen Organisationsrechtes insofern sich Bahn gebrochen hat, als nach dortigem Prozeßrecht ein ohne die gesetzlichen Erfordernisse ernannter Richter seiner Stelle im Disziplinarwege zu entheben ist. Einer unserer obigen Erörterung ähnlicher Argumentierung begegnen wir in der französischen Rechtspraxis und im dortigen Schrifttum²⁾.

¹⁾ In Republiken dagegen können zahlreiche Verfügungen des Präsidenten dem Gerichtsverfahren unterzogen werden. In Frankreich werden neuestens (seit 1907) sogar gesetzergänzende Verordnungen, die vom Präsidenten der Republik auf Grund gesetzlicher Bevollmächtigung erlassen wurden, durch den Staatsrat, als Oberstes Verwaltungsgericht, unter dem Titel der Gesetzwidrigkeit annulliert.

²⁾ Bei Besprechung des Belagerungszustandes sagt G. Jèze: »La jurisprudence cède à la pression du sentiment de justice qui exige que l'arbitraire disparaisse. Lorsqu'il

Rechtlich, auf grundsätzlicher Basis ist es auch nicht zu begründen, warum einige — nach der Praxis jetzt nur mehr vier — Gegenstände betreffende *actes de gouvernement* des Präsidenten der französischen Republik dem richterlichen Urteilspruch derzeit vollständig entzogen sind. (*Actes concernant les rapports du président de la République avec les Chambres; actes de grâce; déclaration d'état de siège; actes diplomatiques.*) Mehrere vortreffliche französische Rechtsgelehrte halten dies für nichts anderes als ein Rudiment der alten, überholten Rechtsauffassung, dessen Ausmerzung sie folgerichtig anstreben.

Die Regierungsakte sind offenbar Verfügungen politischen Gegenstandes und diskretionärer Natur. Das allein aber macht sie für die richterliche Beurteilung nicht ungeeignet. Denn was ist die politische Zweckmäßigkeit? Eine Frage der existentiellen Staatsinteressen, die das freie Ermessen beanspruchen, kurzum Fragen der Staatsraison. Niemand behauptet aber, daß die Staatsinteressen diskretionärer Natur als solche von Gerichts wegen zum Gegenstand einer unmittelbaren meritorischen Beurteilung und Kontrolle gemacht werden sollen. Das fällt außerhalb des gerichtlichen Aufgabenkreises. Hier handelt es sich bloß darum, daß, falls gewisse Funktionen der Staatsregierung gegen die rechtlichen Schranken der Verfassung, gegen deren absolut rechtliche Verbote verstoßen, das Gericht, als Organ der Rechtsprechung, die Regierungsakte rein in Beziehung auf die daran haftende Rechtsverletzung zum Gegenstand der Beurteilung machen könne. Üben doch auch die Verwaltungsbehörden niederer Instanz eine mit Interessenermessen verbundene diskretionäre Macht aus und ihre einschlägigen Verfügungen können auf Grund, bzw. vom Standpunkte der daran sich knüpfenden Gesetzwidrigkeiten oder Rechtsverletzungen, vor Gericht angefochten werden. Zwischen dem Ermessen des in den Rechtskreis des Staatsoberhauptes fallenden Staatsinteresses und dem Ermessen des dem Wirkungskreis der Verwaltungsorgane angehörenden Staats-(öffentlichen) Interesses besteht bloß ein gradueller Unterschied. Sicher ist, daß keines von beiden der meritorischen Beurteilung durch das Gericht untersteht. Vom Gesichtspunkte der solchen diskretionären Akten anhaftenden reinen Rechtsverletzungen jedoch gehören die Akte beider Kategorie unter gerichtliche Rechtskontrolle. In dem letzterwähnten Belange kommt beiden auch eine gleichartige Behandlung zu. Denn Achtung oder Außerachtlassung des Gesetzes ist mehr keine Frage der Staatsraison und auch keine diskretionäre Frage. Die Einhaltung der Rechtsverfügungen ist ein Postulat absoluter Art und kommt jedermann gegenüber ausnahmslos in gleichem Maße zur Geltung. Sie ist an und für sich die höchste Staatsraison.

ne peut pas attaquer franchement et ouvertement l'acte de gouvernement le Conseil d'état s'efforce de le rendre pratiquement inoffensif en admettant les recours contre les mesures d'exécution». (Cours de droit public 1924, S. 253.)

Es unterliegt daher keinem Zweifel, daß den gesetzwidrigen Verfügungen sämtlicher dem Gesetze unterstehenden Staatsorgane gegenüber auf irgendeine Art und Weise für den Schutz der gesetzlichen Rechtsordnung gesorgt werden muß. Dabei kann, was das Staatsoberhaupt anbelangt, bei Geltung der Institution der ministeriellen Gegenzeichnung auch die persönliche Unverantwortlichkeit des Herrschers kein Hindernis bilden. Die Intaktheit der Rechtsordnung und der Verfassung aber fordert erst recht kategorisch den Rechtsschutz. Denn was insbesondere die Verfassung anbelangt, ist es doch klar, daß die Gefahr einer Verfassungsverletzung weit eher von Seiten der in der Vollzugsgewalt sich offenbarenden aktiven Staatsgewalt, als von Seiten des Reichstages oder der Staatsbürger dreht. Und welche Staatsinstitution bietet dagegen wirksameren Schutz: das Parlament, das, von allem andern abgesehen, auf gesetzlicher Grundlage auch aufgelöst werden kann, oder das unabhängige, unparteiische, nicht absetzbare und ausschließlich die Gesichtspunkte der Gesetzlichkeit vor Augen haltende Verfassungs- oder Verwaltungsgericht, das eine alle übrigen an Wirksamkeit weit überragende Verfassungsgarantie darstellt?

Der Weg des wirklichen Rechtsschutzes führt auf allen Gebieten des Rechtes, auch auf dem der Staatsregierung und der verfassungsrechtlichen Fragen, nicht durch das Parlament, sondern mit Vermeidung des Parlamentes, in schnurgerader Richtung zum Verfassungsgericht.

Heute ist auch die Frage der materiellen Prüfung des Gesetzes schon ein lebhaft erörtertes Problem der Rechtswissenschaft und auch die Gesetzgebungen befassen sich bereits damit, indem sie dem Gerichte das Recht erteilen, verfassungswidrige Gesetze zu annullieren.

Man sollte nicht vergessen, daß die Sonderstellung der richterlichen Gewalt und der vollständige richterliche Wirkungskreis auch ein wichtiges Postulat des großen verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Trennung der Staatsgewalten ist, die hinwieder durch Gewährleistung des Gleichgewichtes im Staatsleben einen Grundpfeiler der Rechtsherrschaft bildet. Der richterliche Rechtsschutz ist ein absolutes Postulat des Rechtsgedankens. Besteht hinsichtlich eines Rechtes die Notwendigkeit des Rechtsschutzes nicht, so ist dieses gar kein wirkliches Recht, sondern etwas anderes, z. B. ein Politikum oder ein gesellschaftliches Übereinkommen.

Ausnahmslos jeder Rechtszweig erfordert den richterlichen Rechtsschutz, nicht allein das Privatrecht, sondern auch das Verfassungsrecht und das Verwaltungsrecht, einschließlich des oben erörterten Polizeirechtes. Daß die unabhängige Gerichtsbarkeit heute bereits auch auf diese Rechtsgebiete sich erstreckt, ist eben die größte Errungenschaft der Rechtsentwicklung, denn so entsteht auf der ganzen Linie, in der gesamten Sphäre des Staatslebens die Rechtsherrschaft.