

GRENZEN DER KOMMUNALEN SELBSTVER- WALTUNG IN PREUSSEN

EIN BEITRAG ZUR LEHRE VOM VERHÄLTNIS
DER GEMEINDEN ZU STAAT UND REICH

VON

DR. JUR. HANS PETERS

REGIERUNGSASSESSOR
PRIVATDOZENT IN Breslau



VERLAG VON JULIUS SPRINGER · BERLIN 1926

**ALLE RECHTE, INSBESONDERE DAS DER ÜBERSETZUNG
IN FREMDE SPRACHEN, VORBEHALTEN.**

Softcover reprint of the hardcover 1st edition 1926

ISBN-13:978-3-642-47261-9

e-ISBN-13:978-3-642-47664-8

DOI: 10.1007/978-3-642-47664-8

MEINER FRAU

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Einleitung	I
Erstes Kapitel.	
Der Begriff der Selbstverwaltung.	5
Vorbemerkung	5
I. Die Ansichten in der Literatur und Praxis	6
1. Selbstverwaltung als politischer Begriff	6
2. Selbstverwaltung als juristischer Begriff	8
a) Ansichten der Theorie 8. — b) Ansichten der Praxis 15.	
II. Kritik	17
1. der Ansichten über die Selbstverwaltung als politischer Begriff . .	18
2. der Ansichten über die Selbstverwaltung als juristischer Begriff . .	19
a) Das Subjekt der Selbstverwaltung	20
b) Das Objekt der Selbstverwaltung.	21
aa) Ursprünglich eigener Aufgabenkreis der Gemeinden . . .	21
Sind die Gemeinden „natürliche“ Gebilde? — Gibt es ein Grund-	
recht auf Selbstverwaltung? — Das Wesen der Grundrechte. —	
Ihre Bedeutung für die Selbstverwaltung. — Aufgaben der	
Rechtswissenschaft.	
bb) Vom Staate verliehener eigener Aufgabenkreis der Ge-	
meinden	30
cc) Ergebnis.	34
c) Das Mittel der Selbstverwaltung	34
d) Die Form der Selbstverwaltung	35
e) Sonstige Merkmale	36
III. Eigene Definition, Merkmale und Folgerungen	36
a) Verwaltung (Unterschied von Rechtsprechung, Rechtsetzung, Ver-	
hältnis zur Autonomie) 36. — b) Aufgaben 38. — c) Tätigkeitsform im	
Rahmen der Gesetze. Diese bilden die Grenzen der Selbstverwaltung	
38. — d) Subjekt der Selbstverwaltung 41. — e) Gegensatz zwischen	
Staat und Selbstverwaltung 41. — f) Die eigene Verantwortung 41. —	
g) Ist Selbstverwaltung ein Recht? 41. — h) Bedeutung der Art. 127	
RV. und Art. 70 Preuß. Verf. 42.	
IV. Zukunftsaussichten für die Selbstverwaltung.	43
Literatur	44
Zweites Kapitel.	
Der Begriff der Gemeinde.	47
Vorbemerkung	47
I. Das positive Recht	47
II. Die Ansichten in der Wissenschaft	49
III. Eigene Definition. Merkmale	54
1. Die Gemeinde als öffentlich-rechtlicher Selbstverwaltungskörper. .	54
2. Die Herrschaftsgewalt der Gemeinde	54
3. Das Gemeindegebiet	55

4.	Die Totalität des Wirkungskreises	55
a)	Begriff der Totalität 55. — b) Ihr Fehlen bei anderen als den Gebietskörperschaften 56.	
5.	Wesensunterschied von Staat, Reich und Gemeinden	56
a)	Vorbemerkung 56. — b) Das Ergebnis der Anhänger der Organtheorie 56. — c) Das Zweckmoment 57. — d) Souveränität 57. — e) Die Ansicht von Preuß 58. — f) Die eigene Rechtssphäre 59. — g) Die Ansicht v. Blume's 60. — h) Originäre und derivative Herrschaftsgewalt.	
6.	Materieller und formeller Begriff der Gemeinde	60
IV.	Arten der Gemeinden	60
	Allgemeines	60
1.	Unterscheidungsmerkmale zwischen Städten und Landgemeinden. . .	61
2.	Unterscheidungsmerkmale zwischen Ortsgemeinden und Kreisen . .	62
3.	Rechtliche Natur der Provinzen	63
4.	Die Samtgemeinden	63
a)	Verhältnis von Samtgemeinde zur Einzelgemeinde 64. — Rheinprovinz, Westfalen. — Schleswig - Holstein (Dorf- und Bauerschaften, Köge) — b) Verhältnis von Samtgemeinde zum Kreis 67. — c) Neubildung von Samtgemeinden 68.	
5.	Kommunalähnliche Gebilde mit zweifelhafter Rechtsnatur	68
a)	Titularstädte, Flecken usw. 68. — b) Die sogen. Fürstlichen Gemeinden in der Rheinprovinz 69. — c) Restkreise in Oberschlesien 69. — d) Abwicklungsstelle Posen-Westpreußen 70. — e) Siedlungsverband Ruhrkohlenbezirk 70. — f) Bezirke der Stadt Berlin 70. — g) Die Landeskommunalverbände Cassel und Wiesbaden 70. — h) Die kommunalständischen Verbände 70.	
	Literatur	73

Drittes Kapitel.

Das Verhältnis der einzelnen Arten von Gemeinden zueinander und zu den übrigen öffentlich-rechtlichen Verbänden (außer Staat und Reich) . . .		74
I.	Verhältnis der Gemeindeverbände zueinander.	74
1.	Die Existenz gegenseitiger Rechte und Pflichten der Gemeinden . .	75
2.	Grundsatz der Koordinierung der Gemeindeverbände	76
3.	Aufgabenverteilung	76
a)	Kompetenz bei ausdrücklicher gesetzlicher Regelung 77. — b) Kompetenz bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung 78. — c) Kompetenz de lege ferenda 80.	
4.	Verteilung der Einnahmequellen	81
5.	Verhältnis der Gemeindeverbände zueinander bei der Bildung ihrer Organe	82
6.	Einführung von Landbürgermeistereien in den östlichen Provinzen .	83
II.	Verhältnis der Gemeinden zu öffentlich-rechtlichen Verbänden anderer Art	84
1.	zu Verbänden, zu denen keine besonderen Beziehungen bestehen . .	85
2.	zu Verbänden mit kommunalen Zwecken	85
3.	zu Verbänden mit mittelbarem Interesse für die Gemeinden	85
4.	Ergebnis	86

Viertes Kapitel.

Staat und Gemeindegebiet.		88
	Vorbemerkung	88
I.	Allgemeines	89
1.	Das geltende Recht	89
a)	Tabellarische Übersicht 89. — b) Vereinigung von Städten miteinander 89. — c) Veränderung von Kreis- und Provinzialgrenzen 95.	
2.	Die neuen Entwürfe	98

II. Folgen der Eingemeindung	100
1. Rechtsnatur der Eingemeindung	100
2. Rechtsfolgen im einzelnen	106
3. Ortsrecht im umgemeindeten Gebiet	106
4. Sonstiges	108
Literatur	109

Fünftes Kapitel.

Einfluß von Staat und Reich auf die Organisation und Organe der Gemeinden	111
I. Einwirkungen auf die Organisation	111
1. Einfluß des Reichs	111
a) Geltendes Recht 111. — b) Bestrebungen einer zukünftigen Neu- regelung 112.	
2. Einwirkungen des Staates	113
a) Staatliche Regelung der Gemeindeverfassung 113. — b) Einfluß- nahme auf den den Gemeinden bleibenden Spielraum 113.	
II. Einwirkungen auf die Organe	117
1. Bestätigung und Ernennung von Gemeindebeamten	117
2. Die Organtheorie	117
3. Vereinbarkeit der Organtheorie mit der staatlichen Einwirkung auf die Bestellung kommunaler Organe	119
4. Mittelbare Staatsbeamte	121
a) Der Begriff; dreifache Bedeutung.	121
b) Beamteneigenschaft der Lehrer.	126
c) Folgerungen	131
aa) Kein Subordinationsverhältnis zwischen Staats- und Gemeinde- beamten 131. — bb) Disziplinarrecht 132. — cc) Eidesleistung auf die Verfassungen 138.	
5. Dauerangestellte.	138
6. Pflicht zur Übernahme von Versorgungsanwärtern	144
7. Einfluß des Staates und Reichs auf die Besoldung der Kommunal- beamten	144
a) Regelung zugunsten der Kommunalbeamten.	144
b) Regelung zuungunsten der Kommunalbeamten.	145
aa) Verhältnis des Besoldungssperrgesetzes zur Reichsverfassung a) Zu Art. 10 Ziff. 3 146. β) Zu Art. 14, 15 148. γ) Gegen- stand der Entscheidung des Reichsschiedsgerichts 151. δ) Wei- tere Gründe für die hier vertretene Ansicht 152. bb) Folgen einer gültigen Entscheidung des Reichsschiedsgerichts für die Gemeinde.	155
cc) Besoldungssperrgesetz und kommunale Organisationsgewalt	157
dd) Regelung de lege ferenda	158
8. Amtsbezeichnungen der Gemeindebeamten und Staat	159
9. Eingriffe der Preuß. Personalabbau-Verordnung	160
10. Überblick.	160
Literatur	161

Sechstes Kapitel.

Finanzielle Abhängigkeit der Gemeinden von Staat und Reich	163
Vorbemerkung	163
I. Das geltende Recht	163
1. Steuern, insbesondere der Finanzausgleich	164
a) Verteilung der Überweisungssteuern	165
b) Die den Gemeinden zur Verfügung stehenden Steuerobjekte	167
aa) Direkte Steuern (bes. Grund-, Gewerbe-, Hauszinssteuern) 168. — bb) Indirekte Steuern 173.	
2. Gebühren.	174

3. Beiträge	176
4. Staatliche Zwangsmaßnahmen gegen Gemeinden auf dem Gebiete des Abgabewesens	176
5. Kommunale gewerbliche Unternehmungen	177
a) Sparkassen 177. — b) Kommunalbanken 178. — c) Forsten 179. — d) Sonstige Betriebe 179.	
6. Anleihewesen	179
II. Grundsätze für die Zukunft	181
Literatur	185

Siebentes Kapitel.

Einfluß von Staat und Reich auf den sachlichen Wirkungskreis der Gemeinden	186
I. Begriff des eigenen und übertragenen Wirkungskreises und der Selbstverwaltungs- und Auftragsangelegenheiten	186
1. Die Ansichten in der Literatur	186
2. Ihre Kritik	189
II. Verteilung der Aufgaben auf Auftrags- und Selbstverwaltungsangelegenheiten	191
1. Grundsätze	191
a) Die Verteilung im allgemeinen 191. (Örtliche Aufgaben und solche der Gesamtheit. — Dreiteilung. — Die Zweiteilung und das positive Recht). b) Die Verteilung im einzelnen 194	
2. Sonderfälle	195
a) Polizei als Selbstverwaltungsangelegenheit?	196
aa) Begriffliche Klarstellung der Arten der Polizei 197. — bb) Untersuchung der einzelnen Arten, für welche eine Übertragung als Selbstverwaltungsangelegenheit überhaupt in Betracht kommt 201. — cc) Besonders praktische Schwierigkeiten 208. — dd) Die Polizei als Selbstverwaltungsangelegenheit in Württemberg 209. — ee) Politische Gründe gegen die Übertragung 210. — ff) Ergebnis 212.	
b) Das Schulwesen als Auftragsangelegenheit	213
III. Zusammenfassung	214
Literatur	215

Achtes Kapitel.

Die Kommunalaufsicht	216
I. Das Prinzip	216
II. Begriff der Kommunalaufsicht	217
1. Bestehende Unklarheiten	217
2. Begriffsbestimmung	218
a) Kommunalaufsicht als Verwaltungstätigkeit 218. — b) Zweck und Ziel 221. — c) Unterschied von verwandten Begriffen (Dienstaufsicht, Kontrolle, Bevormundung, Oberaufsicht) 221.	
3. Subjekt und Objekt der Kommunalaufsicht	222
4. Inhalt der Kommunalaufsicht	222
a) Die herrschende Meinung 222. — b) Der Einwand gegen die Anwendung außer Kraft befindlichen Rechts 224. — c) Vereinbarkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip; Mißverständliche Erfassung des letzteren 225. — d) Lösung von Kollisionsfällen 228. — e) Gegenstand der Kommunalaufsicht sind nicht nur Rechtsverletzungen 229.	
III. Mittel der Kommunalaufsicht	229
1. Einteilungen	229
2. Die einzelnen Mittel	233
A. Raterteilung 234. — B. Beobachtung 234. — C. Staatliche Zustimmung als Vorbedingung der Gültigkeit kommunaler Handlungen 235. — D. Vernichtung der Wirkungen kommunaler Handlungen 236. — E. Zwangsmaßnahmen 238. — F. Handeln an Stelle der Gemeinde	

(Kommissarbestellung, Zwangsetatisierung, Zwangsvollstreckung)
 239. — G. Auflösung der Gemeinde oder ihrer Organe 247.
 V. Aufsicht auf Spezialgebieten 249
 Literatur 249

Neuntes Kapitel.

**Staatsrechtliche Beteiligung der Gemeinden an der Willensbildung von Staat
 und Reich 251**
 I. Die Vertretung der Gemeinden im Staatsrat 251
 II. Die Vertretung der Gemeinden im Reichsrat 253
 Literatur 257

Zehntes Kapitel.

Das Verhältnis freiwilliger Gemeindevereinigungen zu Reich und Staat . . 258
 I. Zweckverbände 258
 1. Allgemeines 258
 2. Siedlungsverband Ruhrkohlenbezirk 262
 II. Privatrechtliche freiwillige Verbände mit politischer Be-
 deutung (Städtetag, Landkreistag usw.) 262
 Literatur 270
 Sachverzeichnis 270

Verzeichnis der wichtigsten Abkürzungen *).

- ALR. = Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
 A.M. = Anderer Meinung
 Anm. = Anmerkung
 Bd. = Band
 Art. = Artikel
 DJZt. = Deutsche Juristenzeitung
 Drucks. = Drucksache (des Reichstages, Landtages, Abgeordneten-
 hauses usw.)
 EG.ZPO. = Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung in der Fassung
 vom 17. Mai 1898
 Entw. = Entwurf
 Entw.StO. = Regierungsentwurf der Städteordnung von 1922
 Erl. = Erlaß
 Fin.Min. = Finanzminister
 Ges.S. = Preußische Gesetzsammlung
 hann. = hannoversch
 hess. = hessen-nassauisch
 JKG. = Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts
 KAG. = Kommunalabgabengesetz vom 14. Juli 1893
 KBG. = Kommunalbeamtenengesetz vom 30. Juli 1899
 KrO. = Kreisordnung
 LGO. = Landgemeindeordnung
 LVG. = Landesverwaltungsgesetz vom 30. Juli 1883
 MBl. inn.Verw. = Ministerialblatt für die Preußische innere Verwaltung
 östl. Prov. = für die östlichen Provinzen
 OVG. = Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts (Amtliche
 Sammlung)
 Preuß.Verw.Bl. = Preußisches Verwaltungsblatt
 Prov. O. = Provinzialordnung
 RGBl. = Reichsgesetzblatt
 RGZ. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
 rhein. = rheinisch
 RV. = Reichsverfassung
 S. = Seite
 schlesw. = schleswig-holsteinisch
 StO. = Städteordnung
 Verw.Arch. = Verwaltungsarchiv
 westf. = westfälisch
 Zust.G. = Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883.

*) Weitere Abkürzungen in den Anmerkungen erklären sich aus den Literaturverzeichnissen am Ende der einzelnen Kapitel.

Einleitung.

Der deutschen Rechtswissenschaft ist in den vergangenen Jahrzehnten der Zusammenhang mit der Praxis vielfach verloren gegangen. Die Folgen konnten nicht ausbleiben. Die Leistungen der Gesetzgebung der letzten Jahre sind nach ziemlich einmütigen Urteile durchweg minderwertig. Lediglich in der Reichsabgabenordnung und in einigen der neuen Verfassungen sind Werke geschaffen worden, die auch den Durchschnitt der Vorkriegsgesetze an Klarheit und Sorgfalt der Verarbeitung überragen. Darüber hinaus aber ist ohne Beobachtung wichtiger Grundsätze regelmäßig nach den Eingebungen und Bedürfnissen des Augenblicks — meist schon äußerlich oberflächlich — ge- und verboten worden. Dem Auge der unser Recht von außen betrachtenden ausländischen Sachverständigen konnte die Prinzipienlosigkeit mancher Neuschöpfungen der Gesetzgebungs-„Maschine“ — die Gebräuchlichkeit dieses Ausdrucks ist charakteristisch — nicht verborgen bleiben, und so fällen sie über die Reichsfinanzgesetzgebung im Dawes-Bericht das Urteil, daß ein klares System der Beziehungen der Einnahmen von Reich, Ländern und Gemeinden fehle. Auf zahlreichen anderen Gebieten ist die Lage kaum anders. Freilich darf nicht übersehen werden, daß die außerordentlichen Zeitverhältnisse auch ganz besondere Anforderungen an den Gesetzgeber stellten und daß bei der vielfach gebotenen Eile eine Fühlungnahme mit der Wissenschaft kaum durchführbar war, während umgekehrt schon aus dem gleichen Grunde der Theorie die Möglichkeit fehlte, ihrerseits die Wege zu ebnen oder gar zu weisen.

An sich hatte zwar die Umwälzung von 1918 die tatsächlichen Voraussetzungen geschaffen, unter denen die verschiedensten Reformen möglich gewesen wären. Zu wirklichen Reformen aber kam es nicht, und weder die kommunale noch auch die sog. „kleine staatliche Verwaltungsreform“ verdienen den Namen „Reform“. Sieht man von der Änderung der Wahlvorschriften ab, die bereits 1919 im Prinzip durchgeführt wurde, so fehlen im Kommunalrecht noch heute fast gänzlich maßgebende Vorschläge für grundlegende Reformen. Weder die führenden Männer der Vorkriegszeit noch die der Nachkriegszeit haben bisher in dieser Beziehung irgendwelche nennenswerten neuen Gedanken hervorgebracht. Erst während diese Zeilen in Druck gehen, — im 2. Halbjahr 1925 — scheint von Regierungsseite im Anschluß an die schon früher von DREWS geäußerten Gedanken eine wirklich grundlegende Reform vorgeschlagen werden zu sollen.

Nachdem nunmehr die allgemeinen Verhältnisse in Gesetzgebung und Verwaltung einer Stabilisierung entgegengehen, ist auch für die Wissenschaft der Zeitpunkt gekommen, ihrerseits die Fühlung mit der Praxis in vollem Umfange wiederzugewinnen und sich wieder die führende Rolle zu erstreiten, die ihr im modernen Staate zukommt. Es mag eine Streitfrage bleiben, wie sich Wissenschaft und Staat zueinander verhalten; unbestritten aber sollte es sein, daß die Rechtswissenschaft, insbesondere ihre das öffentliche Recht behandelnden Zweige, der Erforschung und künftigen Entwicklung des geltenden staatlichen Rechts ihre besondere Fürsorge zu widmen haben. Wie einerseits der Staat von der Erkenntnis ausgehen muß, daß die Erhaltung der juristischen Fakultäten seiner Universitäten, insbesondere auch soweit sie dem öffentlichen Rechte dienen, für ihn keine Luxusausgabe darstellt, sondern seine eigene Existenz auf das engste berührt, so hat umgekehrt die Rechtswissenschaft die Sorge für die Klärung der Rechtsfragen und die Weiterbildung des Rechts als eine ihrer vornehmsten Aufgaben zu betrachten, die auch hinter der Ausbildung des juristischen Nachwuchses nicht zurückstehen darf.

Erwägungen dieser Art sind es, welche mich veranlassen, mit der vorliegenden Arbeit mitten in ein Gebiet zu treten, das eine Fülle aktueller politischer und rechtlicher Fragen in sich birgt. Ich bin mir der Schwierigkeiten, die einer solchen Aufgabe entgegenstehen, wohl bewußt, meine aber, daß selbst ein Fehlgriff, eine falsche Behauptung, ein unrichtiger Schluß der Fortentwicklung unserer Wissenschaft und der Erhöhung ihrer Wertschätzung bei der Praxis mehr nützt, als ein ängstliches Vermeiden alles dessen, was vielleicht von irgendeiner Seite — juristisch oder politisch — eine Anfechtung erfahren könnte. Daß ich gerade das Kommunalrecht zum Gegenstand meiner Arbeit gemacht habe, beruht darauf, daß ich auf diesem Gebiete dem oben gekennzeichneten Ziele am ehesten näher zu kommen hoffe, weil mir eine fast zweijährige Tätigkeit in der Kommunalabteilung des Preußischen Ministeriums des Innern mancherlei dankbar angenommene Anregungen und vielfache Hinweise dafür gab, wo heute die praktischen Bedürfnisse eine wissenschaftliche Forschung am meisten erfordern.

Diesen Bedürfnissen zu entsprechen, war mein ständiges Bestreben bei Abfassung der vorliegenden Arbeit. Ich rechtfertige damit auch die Erörterung zahlreicher Einzelfragen, deren Klärung in der Wissenschaft bisher vielfach verabsäumt war oder deren bisherige Lösung mir nicht richtig erschien. Manche Ergebnisse mögen nicht neu sein; ich habe aber alsdann die ihnen noch fehlende Begründung oder deren Vertiefung zu geben versucht. Ich hoffe daher auch, mit meiner Arbeit zahlreiche Einzellücken in der bisherigen Literatur ausgefüllt und damit den wissenschaftlichen Unterbau des Kommunalrechts weiter gefestigt zu haben.

Die „Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung“ sind die Reichs- und Staatsgesetze. Das Verhältnis der Gemeinden zu Staat und Reich bildet demgemäß im wesentlichen den Gegenstand meiner Arbeit. Frei-

lich mußte hierbei eine starke Auswahl getroffen werden, da die erschöpfende Behandlung dieses Problems allzu hohe Anforderungen an Raum und Zeit stellen würde. Schon das Thema bedurfte einer Einschränkung. Eine solche ergab sich ohne weiteres einmal dadurch, daß die Gemeindeverfassungsgesetze der verschiedenen deutschen Länder so zahlreiche grundlegende Verschiedenheiten aufweisen, daß bei einem wissenschaftlich erst wenig erforschten Gebiete schon das Recht des Reichs und eines einzelnen Staates eine solche Menge von Problemen darbot, daß zunächst einmal in diesem engeren Kreis eine Verarbeitung des Rechtsstoffes zweckmäßig erschien. Für Preußen ist dagegen durchweg stets das Recht aller Rechtsgebiete und Provinzen berücksichtigt, was schon allein eine große Fülle von Stoff bot. Lediglich Hohenzollern mit seinem praktisch wie theoretisch wenig bedeutsamen Sonderrechte durfte m. E. ohne Schaden für die Arbeit stärker zurücktreten.

Die Gliederung der Arbeit, der die Erhaltung einer einheitlichen Linie und der Übersichtlichkeit zufiel, ergibt sich m. E. aus der Natur der Sache. Als unbrauchbar war abzulehnen etwa eine Trennung nach den durch das Reich und den durch den Staat gesetzten Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung; eine theoretisch nicht vertretbare Zerreißen notwendig zusammenhängender Gedankengänge wäre die Folge gewesen.

Eine historische Darstellung, welche die verschiedenen Stadien der Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung zur Grundlage genommen hätte, hätte bei dem Hin- und Herschwanken der Stärke und Art der staatlichen Einwirkung auf die Gemeinden zu unnötigen Wiederholungen geführt und wäre im übrigen der klaren Herausarbeitung von Grundsätzen nicht dienlich gewesen.

Eine Klärung der Begriffe „Selbstverwaltung“ und „Gemeinde“ sowie des Verhältnisses der Gemeinden zueinander mußte als logischer Unterbau vorausgeschickt werden. Alsdann war die Einwirkung des Staates auf die Grundlage jeder Gemeinde, ihr Gebiet, ihre Organisation, Organe und Finanzen zu erörtern. Im Anschluß daran ergibt sich die Notwendigkeit der Darlegung der Grenzen der Selbstverwaltung hinsichtlich der von den Gemeinden zu erfüllenden Aufgaben. In der Kommunalaufsicht äußern sich dann generell die Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung. Das 9. Kapitel soll die Teilnahme der Gemeinden an der Willensbildung von Staat und Reich dartun und das 10. die gar nicht zu unterschätzende Bedeutung der freiwilligen Gemeindevereinigungen für Staat und Reich der Erkenntnis näher bringen. Beide Probleme sind mittelbar für die Ziehung der Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung von großer Wichtigkeit.

Im einzelnen war alsdann in der Weise vorzugehen, daß eine Schilderung der Grundzüge des geltenden Rechts, wo es nötig erschien, vorauszuschicken war, worauf die Grundsätze, welche Literatur und Praxis aufgestellt haben, zu folgen hatten. Auf eine möglichst vollständige Literaturverarbeitung glaubte ich deswegen größeren Wert

legen zu sollen, weil Zusammenstellungen der Ansichten zu wichtigen Fragen entweder ganz fehlen oder — wie hinsichtlich des Begriffs der Selbstverwaltung — nicht selten unrichtig eingruppiert oder wiedergegeben sind. Unter diesem Gesichtspunkte wird man auch eine reichlich bemessene Wiedergabe von Ansichten anderer Autoren als zweckmäßig anerkennen. Im übrigen habe ich es, wie ich glaube, nirgends unterlassen, meine eigene Meinung begründet und deutlich zum Ausdruck zu bringen, wobei die Art der Aufgabe es mit sich bringt, daß hinter rechtsdogmatische Erörterungen hier und da rechts- und kommunalpolitische eingeschaltet werden mußten. Wenn man sich darüber im klaren ist, daß solche Darlegungen nicht das geltende Recht als „falsch“ kritisieren, sondern nur zeigen sollen, welche Regelung mit unseren sonstigen Rechtsgedanken besser in Einklang zu bringen oder welche für Reich, Staat und Gemeinden nützlicher ist, so sind m. E. derartige Hinweise auch in Arbeiten mit rein wissenschaftlichen Zielen unvermeidlich und sogar zweckmäßig.

Wenn auch eine in dieser Weise vorgehende Arbeitsmethode ständig im Auge behalten wurde, so ergab sich doch die Notwendigkeit, in einzelnen Fällen davon abzuweichen. Die Gründe, die jeweils dafür maßgebend waren, wird der Leser in der Regel aus den Ausführungen an Ort und Stelle selbst erkennen können.

Bemerkt sei endlich noch in rein formeller Beziehung, daß die Literaturnachweise aus Zweckmäßigkeitsgründen an das Ende der einzelnen Kapitel gestellt sind.

Erstes Kapitel.

Der Begriff der Selbstverwaltung.

Art. 127 der Reichsverfassung sichert den Gemeinden und Gemeindeverbänden das Recht der Selbstverwaltung innerhalb der Schranken der Gesetze zu. In gleicher Weise wird durch Art. 70 der Preußischen Verfassung den politischen Gemeinden und Gemeindeverbänden das Recht der Selbstverwaltung ihrer Angelegenheiten gewährleistet. Man sollte unter diesen Umständen meinen, daß damit klargestellt ist, was die Verfassungen zusichern wollen, und daß zum mindesten jene Selbstverwaltung vor Übergriffen, gleichviel von welcher Seite, aufs denkbar beste geschützt wäre.

Demgegenüber muß es zunächst bei dem unbefangenen Beobachter Staunen erwecken, wenn heute der Ruf nach einem Schutz der Selbstverwaltung aus den verschiedensten kommunalen Kreisen mit einer Stärke ertönt, die auf eine schwere Bedrohung dieser Institution und eine Unterminierung ihrer Wurzeln schließen läßt. Sowohl die Generalversammlung des Deutschen Städtetages in Hannover im September 1924 und des Reichsstädtebundes in Bad Harzburg um die gleiche Zeit als auch einige Monate vorher die vereinigten Landeshauptleute der preußischen Provinzen haben in den Vordergrund ihrer Beratungen den Kampf um die Erhaltung der Selbstverwaltung gestellt und damit zum Ausdruck gebracht, daß es sich hier um eine der aktuellsten Fragen für Gemeinden und Gemeindeverbände handelt. In der auf dem 6. Städtetag auf die Rede von KÜLZ und MANN gefaßten Entschliebung wird Einspruch erhoben „gegen die fortschreitende Zurückdrängung der kommunalen Selbstverwaltung auf allen Gebieten durch die Gesetzgebung und Verwaltung des Reiches und der Länder“¹⁾. Staat und Reich suchen demgegenüber wirkliche Eingriffe in die Selbstverwaltung zu bestreiten oder wenigstens eine Beschränkung auf Einzelfälle nachzuweisen. Dabei ist dann das Wort „Selbstverwaltung“ zu einem Schlagwort²⁾ geworden, das heute weit über die Kommunalpolitik hinaus auch auf anderen Gebieten³⁾ eine teils berechnete, teils unbe-

¹⁾ Vgl. Deutsche Gemeindezeitung 1924, S. 314 f. — Noch schärfer HORION in Deutsche Gemeindezeitung 1924, S. 137 ff.

²⁾ O. MAYER (Verwaltungsrecht Bd. 2, S. 357 f., Anm. 11) meint sogar, es handle sich von Haus aus um ein Schlagwort.

³⁾ So spricht DERSCH (S. 146, im Anschluß an Art. 165 RV.) von „Selbstverwaltung im Arbeitsrecht“; bei LUTHER-MITZLAFF-STREIN (Zukunftsaufgaben, S. 22 f.) heißt es, der moderne Bürger verstehe vielfach unter Selbstverwaltung die Verwaltung durch seine wirtschaftliche oder berufliche Organisation.

rechtigte Bedeutung erhalten hat. Trotz der Aufnahme in die Verfassungen ist der Sinn des Wortes „Selbstverwaltung“ unklar. Jeder, der das Wort gebraucht, geht von einer Selbstverwaltung aus, wie er sie auffaßt, und so ist eine Verwirrung entstanden, die einer Klärung durch die Wissenschaft dringend bedurft hätte.

Aber in der Wissenschaft sieht es mit der Klarstellung des Begriffes „Selbstverwaltung“ mindestens ebenso trübe aus. Die Äußerung v. GERBERS¹⁾, daß hier nicht selten eine Reihe von Mißverständnissen obwalten, hat die mehr denn 50 Jahre hindurch, die dieser Ausspruch zurückliegt, bis auf den heutigen Tag uneingeschränkte Geltung behalten und kehrt fast in denselben Worten bei PREUSS²⁾ wieder.

Unter diesen Umständen ist es für eine kommunalrechtliche Arbeit unumgänglich notwendig, zunächst eine Definition der Selbstverwaltung zu geben, auf der dann die Ausführungen der folgenden Abschnitte fußen können.

I. Die sich in der Literatur findenden Ansichten sind außerordentlich mannigfaltig; teils decken sie sich in verschiedenen Punkten, teils weichen sie grundlegend voneinander ab. Eine Gruppierung der verschiedenen Meinungen ist wiederholt versucht worden³⁾, aber eine wirklich umfassende, den verschiedenen Schattierungen und Abweichungen auch nur einigermaßen gerecht werdende Einteilung hat man bisher nicht gefunden und wird sie auch niemals finden können, weil die einzelnen Ansichten sich vielfach überschneiden. Der Erfolg aller sich in dieser Richtung bewegenden Versuche ist gewesen, daß der Leser regelmäßig ein schiefes Bild von den einzelnen Meinungen bekommen hat, das sich bei einer Überprüfung an Hand der Werke der einzelnen Autoren selbst nicht selten erheblich anders darstellt. Aus diesem Grunde kann von einer kurzen Wiedergabe der Ansichten der einzelnen Autoren nicht Abstand genommen werden.

Die einzige Einteilung, die brauchbar ist, ist die nach dem politischen und juristischen Begriff der Selbstverwaltung. Bei der Begriffsbestimmung der letzteren aber wird man zunächst nur die einzelnen Meinungen nacheinander — freilich unter Zusammenstellung verwandter Anschauungen — zur Darstellung bringen können und dann aus den einzelnen Definitionen die wesentlichen Merkmale herauszusuchen und kritisch zu erörtern haben.

I. Der sog. politische Begriff der Selbstverwaltung geht zurück auf RUDOLF v. GNEIST, der ihn in seinen zahlreichen Werken⁴⁾ aus dem nicht ganz richtig erfaßten⁵⁾ englischen selfgovernment übernommen hat. v. GNEIST versteht unter selfgovernment, „die Ver-

1) S. 59, Anm. 6; er meint mit dem von ihm verwendeten Ausdruck „Autonomie“ nach dem Zusammenhang offenbar die Selbstverwaltung.

2) Handb. d. Politik. 2. Aufl. Bd. I, S. 266.

3) Vgl. z. B. HATSCHER: Lehrbuch, S. 62 ff.; GLUTH: S. 29 ff.; NEUKAMP im Arch. f. öffentl. Recht, Bd. 4, S. 382 ff.; BLODIG, S. 4 ff.

4) Vgl. das Literaturverzeichnis am Ende dieses Kapitels.

5) Vgl. v. BLUME: S. 15.

waltung der Kreise und Ortsgemeinden nach den Gesetzen des Landes durch Ehrenämter der höheren und Mittelstände mittels Kommunalgrundsteuern“¹⁾). Für die Übertragung auf deutsche Verhältnisse spielt das steuerliche Moment keine Rolle, und es bleibt als das Wesen der Selbstverwaltung die Wahrnehmung von Funktionen der inneren Landesverwaltung durch unbesoldete Ehrenbeamte im Gegensatz zu besoldeten Berufsbeamten²⁾). Nach v. GNEIST ist die Selbstverwaltung nicht verwirklicht in den deutschen Kommunalverbänden, sondern im englischen Selfgovernment.

Die Ansicht v. GNEISTS hat zunächst in der preußischen Praxis einen lebhaften Widerhall in den Reformen der Jahre nach 1870 gefunden. Aber auch wissenschaftlich weist sie eine ganze Anzahl von Anhängern auf. Von den älteren seien genannt SARWEY³⁾ und LOENING⁴⁾). Die beiden letzteren sehen den Kernpunkt der Selbstverwaltung im Fehlen der Besoldung der die Verwaltungstätigkeit ausübenden Personen.

Von neueren Schriftstellern findet sich die Ansicht v. GNEISTS wieder bei MEYER-ANSCHÜTZ⁵⁾). Er versteht unter Selbstverwaltung die Ausübung von Verwaltungsbefugnissen durch Personen, welche aus dem Staatsdienst nicht ihren Lebensberuf machen; er legt also das Gewicht auf die neben einem anderen Hauptberuf ausgeübte Verwaltungstätigkeit.

Dagegen betont ARNDT⁶⁾) ausdrücklich, daß er das wesentliche Merkmal der Selbstverwaltung, die er anscheinend mit Kommunalverwaltung identifiziert, nur in dem Subjekte sieht, d. h. in Trägern, welche durch Wahl derjenigen, deren Angelegenheiten verwaltet werden, bestellt sind. Die preußische Städteordnung beruhe deswegen auf Selbstverwaltung, weil die Stadtverordneten von der Bürgerschaft gewählt würden. In ähnlicher Weise geht BRAUSE⁷⁾) davon aus, daß die Bestellung der Organe der Selbstverwaltung durch Wahl, d. h. durch Mitwirkung des Volkes, das Wesensmerkmal der Selbstverwaltung sei, während es auf eine ehrenamtliche Tätigkeit nicht ankomme.

Zu den Anhängern des GNEISTSchen Selbstverwaltungsbegriffs ist ferner BORNHAK⁸⁾) zu rechnen. Jeder anderen als der GNEISTSchen Bedeutung des Wortes „Selbstverwaltung“ spricht er die Existenzberechtigung ab.

1) So v. GNEIST: Geschichte und Gestalt der heutigen Kommunalverfassung und des Selfgovernment. Bd. 2, S. 1211.

2) v. GNEIST: Kreisordnung, S. 9.

3) Allgem. Verwaltungslehre, S. 100ff.

4) Verwaltungsrecht, S. 35ff.

5) Lehrbuch, S. 386.

6) Staatsrecht, S. 210f.

7) Selbstverwaltung, S. 33.

8) Staatsrecht, Bd. 2, S. 108. — Dort, wo andere Schriftsteller von juristischer Selbstverwaltung reden, spricht BORNHAK von Kommunalverwaltung, wobei er übersieht, daß deren Eigentümlichkeiten sich auch bei anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften als Gemeinden finden.

Auch O. MAYER¹⁾ kommt auf den politischen Begriff der Selbstverwaltung, wenn er unter Selbstverwaltung die möglichste Zurückdrängung der Verwaltung von oben her zugunsten des Machteinflusses der Körperschaftsmitglieder versteht.

Nicht viel anders ist endlich die Selbstverwaltung im Sinne NEUKAMPS²⁾, welcher definiert: „Selbstverwaltung ist selbständige von der Zentralinstanz rechtlich unabhängige Verwaltung kraft eigener EntschlieÙung im Gegensatz zur Ministerverwaltung, innerhalb welcher letzterer die unteren Organe nur als Mandatare, als Willenträger der oberen handeln.“ Es ist nicht zu verkennen, daß hier im Vergleich zu den bisher besprochenen Begriffsbestimmungen noch andere Momente eine Rolle spielen, die später erörtert werden; im Ergebnis aber unterscheidet sich NEUKAMPS Ansicht kaum von der der vorgenannten Schriftsteller, wie schon sein Ergebnis³⁾ beweist, wonach Bezirksausschuß und Provinzialrat Selbstverwaltungsbehörden sind.

2. a) Neben seiner oben erwähnten Begriffsbestimmung gibt MEYER-ANSCHÜTZ⁴⁾ noch eine andere, die er selbst als eine von der ersten völlig verschiedene anerkennt. Nach dieser ist Selbstverwaltung die Ausübung von Verwaltungsbefugnissen durch mit obrigkeitlicher Gewalt ausgestattete öffentlich-rechtliche Verbände, welche dem Staate ein- und untergeordnet, gleichwohl aber ihm gegenüber selbständig sind. MEYER-ANSCHÜTZ sieht hier das Wesensmerkmal der Selbstverwaltung in ihrem Träger. Ihm folgt in dieser Beziehung WIRKAU⁵⁾, indem für ihn das Wesen der Selbstverwaltung in der Ausübung von Verwaltungstätigkeit nicht durch den an sich dazu berufenen Staat unmittelbar, sondern durch selbständige, wenn auch dem Staate untergeordnete Personen liegt.

LABAND⁶⁾ geht von dem Wortsinne aus und setzt Selbstverwaltung in Gegensatz zum Verwaltetwerden. Es werde also stillschweigend eine höhere Macht vorausgesetzt, von der die betreffende Körperschaft verwaltet werden könnte. Demnach liege Selbstverwaltung überall da vor, „wo eine obere Gewalt die ihr zustehenden Hoheitsrechte nicht unmittelbar mittels eines eigenen, zu ihrer ausschließlichen Disposition stehenden Apparates durchführt, sondern sich darauf beschränkt, die Normen für die Ausübung dieser Hoheitsrechte aufzustellen und ihre Durchführung zu beaufsichtigen, während die Durchführung selbst ihr untergeordneten politischen Körpern übertragen oder überlassen ist.“ Es sind hierbei also die Verwaltungsgeschäfte zwischen Staat und Selbstverwaltungskörper in der Art geteilt, daß letzterem auf den ihm überwiesenen Gebieten die unmittelbare Geschäftsführung zusteht⁷⁾.

1) Verwaltungsrecht, Bd. 2, S. 357, Anm. 11.

2) Arch. f. öff. Recht, Bd. 4, S. 551.

3) Ebendort, S. 540.

4) Lehrbuch, S. 386.

5) Zweckverbandsgesetz, S. 94f. — Ganz ähnlich definieren STENGEL (Organisation, S. 11 ff.) und GIESE (RV. Anm. 2 zu Art. 127).

6) Staatsrecht, Bd. 1, S. 103f.

7) LABAND: Staatsrecht, Bd. 2, S. 201.

Von vielen Schriftstellern wird dabei für besonders wichtig gehalten, daß für LABAND Objekt der Selbstverwaltung nur staatliche Aufgaben sind.

Auf den letzteren Punkt legt schon SCHOEN¹⁾ großes Gewicht. Er selbst steht auf dem Standpunkte, daß Objekt der Selbstverwaltung nur solche Angelegenheiten sein können, die der Staat besorgen müßte, wenn sie nicht der Selbstverwaltungskörper erledigte. Unsere ganze Selbstverwaltung beruhe darauf, daß der Staat sich selbst in seiner Tätigkeit beschränke. Dabei handele es sich keineswegs nur um die Ausübung von Herrschaftsrechten, sondern auch auf rein wirtschaftlichem Gebiete erfordere die Erfüllung der Staatszwecke eine umfassende Tätigkeit. Welche Geschäfte im einzelnen den Selbstverwaltungskörpern vom Staate übertragen würden, dafür freilich sei das positive Recht maßgebend. So kommt SCHOEN schließlich zu dem Ergebnis, daß Selbstverwaltung die „Besorgung staatlicher Aufgaben durch dem Staate untergeordnete, aber innerhalb ihres Wirkungskreises selbständige Verbände“ bedeute²⁾.

Die Tatsache, daß es sich bei der Selbstverwaltung um Verwaltung staatlicher Aufgaben handele im Gegensatz zu eigenen des Selbstverwaltungskörpers betont am schärfsten wohl GAREIS³⁾, wenn er meint, daß Selbstverwaltung stets Verwaltung fremder Angelegenheiten sei.

HAENEL⁴⁾ sieht zwar auch in der Selbstverwaltung die Erfüllung von Aufgaben der Staatsverwaltung, die nunmehr nur mittelbar über den Selbstverwaltungskörper vom Staate erledigt würden; trotzdem aber besteht nach seiner Ansicht ein wesentlicher Unterschied zwischen Staats- und Selbstverwaltung, und zwar liege er in dem Subjekte, das die Verwaltung führe. Die Subjekte der Selbstverwaltung seien vom Staate verschiedene korporative Verbände, deren innere Verfassung eine selbständige Organisation in der Gliederung eigener Organe und eigener Mitglieder aufwiesen.

Ähnlich ist die Definition von LEIDIG⁵⁾, welcher unter Selbstverwaltung die Erfüllung staatlicher Zwecke nicht durch den Staat, sondern durch politische Einheiten versteht, welche zwar dem Staate untergeordnet, aber von eigenem Leben erfüllt sind.

Auch RÖNNE-ZORN⁶⁾ und BORNHAK⁷⁾ erklären die gesamte Selbstverwaltung sowohl im sog. eigenen wie übertragenen Wirkungskreis letzten Endes für Staatsverwaltung. Ähnliche Ansichten vertreten v. MANGOLT⁸⁾ und WESSELS⁹⁾.

1) Kommunalverbände, S. 7f.

2) Holtendorfs Enzyklopädie, Bd. 4, S. 202.

3) Allgem. Staatsrecht in Marquardtsens Handbuch I, I, S. 87.

4) Staatsrecht, S. 135ff.

5) Stadtrecht, S. 36.

6) Preußisches Staatsrecht, Bd. 2, S. 332.

7) Staatsrecht, Bd. 2, S. 104, 106. BORNHAK spricht in diesen Fällen freilich nicht von Selbstverwaltung, sondern von Kommunalverwaltung (vgl. oben S. 7 Anm. 8).

8) Staatsaufsicht, S. 33.

9) Oberaufsicht, S. 47.

Nach GLUTH¹⁾ ist Selbstverwaltung die Tätigkeit der Gemeinden für den Gemeinschaftszweck; sie ist stets obrigkeitliche Tätigkeit und auf Erfüllung des Staatszweckes gerichtet. Daher ist eine Kollision zwischen Staat und Selbstverwaltungskörper ausgeschlossen.

Von Interesse ist die Auffassung G. JELLINEKS²⁾ vom Wesen der Selbstverwaltung. Er versteht darunter jene Verwaltung der Verbände, vornehmlich der Gemeinden, welche staatliches Imperium als ein dem Verbände zustehendes Recht zur Erfüllung der Verbandszwecke in Übereinstimmung mit den Gesetzen und unter Kontrolle des Staates ausüben. Auch nach JELLINEK handelt es sich also um die Erfüllung staatlicher Aufgaben. Daraus ergebe sich alsdann auch die Pflicht, das Imperium zu üben, so daß gegebenenfalls der Staat selbst an Stelle der Gemeinde handeln kann. Die staatliche Verleihung folge aus dem unbeschränkten Rechte des Staates, die Selbstverwaltungsbefugnisse der Gemeinden zu ordnen. Irgendein erworbenes Recht, das eine Schranke für den Staat bilde, sei nicht vorhanden. Freilich sei die juristische Freiheit des Staates eine rein formale, durch außerjuristische Momente — z. B. ethische — begrenzte. Daß sie aber bestehe, dafür zeugen die Kommunalverbände höherer Art, die erst vom Staate geschaffen seien. Aus alledem ergebe sich, daß der Staat den Wirkungskreis der Gemeinden nicht nur anerkenne, sondern auch schaffe.

In manchen Punkten an G. JELLINEK anschließend, beschäftigt sich HATSCHEK³⁾ eingehend mit dem Begriffe der Selbstverwaltung. Nach ihm bedeutet Selbstverwaltung die Heranziehung von Kommunalverbänden für Staatszwecke, gleichviel in welcher Form. Von Haus aus handele es sich hier um ein politisches Institut. HATSCHEK benutzt nun die JELLINEKSche Konstruktion⁴⁾ der aktiven und passiven öffentlich-rechtlichen Verbände, der er aber m. E. einen teilweise anderen Sinn als JELLINEK unterschiebt. Aktiv öffentlich-rechtliche Verbände sind Subjekte des öffentlichen Rechts im Sinne der Trägerschaft von Rechten und Pflichten, passiv öffentlich-rechtliche Verbände dagegen genießen lediglich als Reflex des objektiven Rechts gewisse Privilegierungen.

HATSCHEKS wenig klaren Ausführungen scheinen darauf hinauszulaufen, daß bei dem aktiv öffentlich-rechtlichen Verband dieser als solcher berechtigt und verpflichtet ist, staatliche Aufgaben zu erfüllen, während ein Verband dadurch ein passiv öffentlich-rechtlicher wird, daß andere Personen — sei es einzelne Individuen oder der Staat — dem Verbande gegenüber Rechte haben, ohne daß auf der anderen Seite Rechte des Verbandes gegenüber diesen Subjekten zu bestehen brauchen, wobei

1) S. 102ff.

2) System, S. 291 ff., 263 ff.

3) Selbstverwaltung, besonders S. 87ff., 91ff., 99ff., 106ff., 123, 125, 139f., 153, 157ff., ferner Lehrbuch, S. 65ff.; letzteres enthält einen Auszug der wichtigsten Gedanken der ersten Schrift; endlich in STENGEL-FLEISCHMANN: Wörterbuch, Bd. 3, S. 519.

4) Vgl. JELLINEK: Allgem. Staatslehre. S. 640ff. Dort ist klar gesagt, daß passiv öffentlich-rechtliche Verbände solche ohne Herrschaftsrecht sind.

freilich auch die Ausübung der Rechte dieser Individuen letzten Endes der Erfüllung staatlicher Aufgaben dient. Es werden hier also die Kommunalverbände — bei anderen öffentlich-rechtlichen Verbänden wie Genossenschaften verneint HATSCHEK hier offenbar die Möglichkeit einer Selbstverwaltung — vom Staate in verschiedener Weise benutzt, teils als selbst Berechtigte, teils nur als Gegenstand und Mittel bei der Erfüllung von Staatszwecken durch andere Personen. Es kann demnach ein und derselbe Verband sowohl ein aktiver wie passiver sein (z. B. der Kreis). Zur Gruppe der bloß passiv öffentlich-rechtlichen Verbände gehören beispielsweise solche Verbände, die vom Staate lediglich zur Kostentragung verpflichtet sind (wie die Städte mit staatlicher Polizeiverwaltung hinsichtlich der Ortspolizei), ohne selbst staatliche Zwecke auf dem betreffenden Gebiete aktiv zu erfüllen. Die passiv öffentlich-rechtlichen Verbände üben insoweit im Gegensatz zu den aktiv öffentlich-rechtlichen Verbänden niemals ein vom Staate abgeleitetes Herrschaftsrecht aus.

HERRNRIT¹⁾ endlich versteht unter Selbstverwaltung „jenen Anteil an der öffentlichen Verwaltung, welcher einzelnen als Verbandspersonen organisierten Gruppen der menschlichen Gesellschaft innerhalb des Staates mit Zulassung der Staatsgewalt zwecks besserer Wahrnehmung der von ihnen vertretenen Interessen zu eigenem Rechte eingeräumt ist“. Wenn er aber auch von „eigenem Rechte“ spricht, so ist damit jedenfalls nicht ein Gegensatz zwischen eigenen, d. h. nicht vom Staate übertragenen, und staatlichen Aufgaben gemeint. Denn HERRNRIT selbst erklärt einige Zeilen später, daß der Gegensatz von Staats- und Selbstverwaltung nicht in der Verschiedenheit der Aufgaben, sondern der Organisation und der Einrichtung liege und daß es einen Gegensatz zwischen den Gemeinschaftszwecken eines Verbandes im Staate und den staatlichen Zwecken und Aufgaben nicht geben könne. Nur aus Zweckmäßigkeitsrücksichten überlasse der Staat die Besorgung gewisser Angelegenheiten in seinem Innern den Gemeinden.

Dann aber folgen bei HERRNRIT Ausführungen, die in Abweichung von der selbst gegebenen Definition schließlich einen Rückfall in den politischen Begriff der Selbstverwaltung bedeuten: Der Unterschied der Organisation von Staats- und Selbstverwaltung bestehe darin, daß letztere nicht oder wenigstens nicht ausschließlich den Antrieb zu ihrer Tätigkeit von staatlichen Organen empfängt. Sie liege nur dann vor, wenn die Verbände ihre Verwaltung durch von ihnen selbst in der Regel durch Wahl bestellte Organe führen. Diese zunächst kategorisch aufgestellte Voraussetzung wird aber sogleich dadurch abgeschwächt, daß auch Ernennung der Organe oder Bestätigung ihrer Wahl für zulässig erklärt wird. —

Die nun zu erörternden Ansichten legen das entscheidende Gewicht auf den Gegensatz von Verwaltung eigener Aufgaben zu staatlichen, also fremden. Dabei nimmt FLEINER eine gewisse Mittelstellung ein,

¹⁾ Verwaltungsrecht, S. 187.

indem seine Ausdrucksweise nicht ganz klar erkennen läßt, welcher der Gruppen er letzten Endes am nächsten steht.

FLEINER¹⁾ verneint zwar die Existenz eines Monopols des Staates auf die öffentliche Verwaltung und erkennt den Gemeinden einen eigenen, vom Staate verschiedenen Lebenszweck zu; in dieser Beziehung üben die Gemeinden Selbstverwaltung. Daneben aber hält er auch die Erledigung solcher Angelegenheiten, die den Gemeinden vom Staate übertragen oder zu freier Verfügung überlassen werden, für Selbstverwaltung. Eine nähere Aufklärung über das Verhältnis dieser beiden Arten der Selbstverwaltung gibt er nicht.

Ganz scharf dagegen vertritt v. GIERKE²⁾ den Standpunkt, daß unter Selbstverwaltung die Verwaltung der eigenen Angelegenheiten der Verbandspersonen zu verstehen sei. Dabei rügt er es als einen Fehler, den Begriff „eigene Angelegenheiten“ zu eng zu fassen und ihn gar auf diejenigen Angelegenheiten zu beschränken, welche die Gemeinden als Privatrechtssubjekte betreffen, während Angelegenheiten von öffentlich-rechtlicher Bedeutung höchstens vermöge staatlichen Auftrags ihnen und ihren Organen zukämen. Folge man dieser Ansicht, so schrumpfe die wirkliche Selbstverwaltung zur eigenen Vermögensverwaltung zusammen.

Bei GIERKE, dem berufensten Vertreter der Organtheorie, ist dieser Standpunkt verständlich. Da nach seiner Auffassung die juristische Person ein natürliches Gebilde ist, muß sie ebenso wie die natürliche Person ihre eigenen Rechte haben und kann nicht ihre Existenz auf lediglich ihr vom Staate überlassene staatliche Aufgaben gründen. Demnach nimmt GIERKE für die Gemeinden als Korporationen die allgemeinen inneren Korporationsrechte, insbesondere das Recht eines öffentlichen Haushalts und das Selbstbesteuerungsrecht als eigene in Anspruch.

Unter den Anhängern GIERKES ist an erster Stelle PREUSS zu nennen, der von einem anderen Ausgangspunkte zu ähnlichen Ergebnissen kommt. Für PREUSS³⁾ ist die Selbstverwaltung „die organisatorische Rechtsform für die Mitwirkung von Organen, die von den obersten Regierungsorganen unabhängig sind, bei der Verwaltung“. Zeigt sich so in der Grundanschauung zunächst eine gewisse Ähnlichkeit mit dem GNEISTSchen Selbstverwaltungsbegriff, so baut PREUSS aber weiter, indem er GNEIST vorwirft⁴⁾, er habe nur Symptome für das Wesen der Sache gehalten, welches in der Mediatisierung des Selbstverwaltungsorgans durch den Selbstverwaltungskörper liege. Nur der Selbstverwaltungskörper könne zum Ausgangspunkt genommen werden; sonst müsse in irgendeiner anderen Rechtsform der politische Gedanke einer Beteiligung der Regierten an der Regierung formell realisiert werden. Im Prinzip seien die Funktionen des Selbstverwaltungsorgans

1) Institutionen, S. 96ff.

2) Genossenschaftsrecht, Bd. I, S. 744ff.

3) Amtsrecht, S. 123f.

4) Ebendort, S. 129f.

primär und unmittelbar Funktionen des Selbstverwaltungskörpers und nur mittelbar staatliche Funktionen, insoweit der Selbstverwaltungskörper selbst ein organisches Glied der staatlichen Gebietskörperschaft sei. Zwar gibt PREUSS zu, daß die Gemeinde durch den Staat zur aktiven Körperschaft des öffentlichen Rechts erhoben worden sei; aber das sei sie kraft ihrer eigenen unwandelbaren Natur, nicht aber kraft des modernen Staates. Die Natur des letzteren äußere sich darin, daß er die homogene Natur der ihm eingegliederten Gebietskörperschaften als korporative Organismen rechtlich anerkenne. Diese immanente Natur habe der absolute Staat unterdrückt¹⁾. In Wirklichkeit erkenne der Staat bloß latentes Recht an und schaffe nichts Neues, wenn er den Gemeinden das Recht der Selbstverwaltung ihrer Angelegenheiten überläßt. Es sei ähnlich, wie wenn heute der Staat den Rechtskreis der Familie normiere; auch dann übertrage er nicht sein Recht auf diesen Personenkreis, sondern verleihe nur dem immanenten Recht positiven Ausdruck²⁾. So wird man schließlich nach PREUSS unter Selbstverwaltung zu verstehen haben die Eigenschaft einer öffentlich-rechtlichen Gesamtperson, ihre eigenen Angelegenheiten unabhängig von den Staatsorganen zu verwalten, wobei dann die eigenen Angelegenheiten solche den Selbstverwaltungskörpern von Natur aus innewohnende sind. Grundsätzlich lehnt jedenfalls PREUSS jede Lösung ab, die auf einen Gegensatz im Wesen von Staat und Gemeinde abstellt³⁾.

PREUSS hat mit seiner Deduktion kaum Anhänger gefunden; wohl aber stimmt eine große Zahl von Schriftstellern mit ihm und GIERKE darin überein, daß es sich bei der Selbstverwaltung um Verwaltung eigener Angelegenheiten der Gemeinden und nicht um solche des Staates handelt. So sprach schon ZACHARIÄ⁴⁾ fast zu derselben Zeit, zu der v. GIERKES Genossenschaftsrecht erschien und die freilich infolge ihrer ganzen geistigen Einstellung für diese Auffassung empfänglich war, ausdrücklich aus, daß die Gemeinde ihre originäre Rechtssphäre habe, während dem Staate nur deren Schutz und Regelung wie bei allen irdischen Verhältnissen zukäme.

Unter den Älteren wird ferner eine eigene Rechtssphäre der Selbstverwaltungskörper mit eigenen Aufgaben anerkannt von BERNATZIK⁵⁾, SCHULZE⁶⁾ und BLODIG⁷⁾. Letzterer, welcher eine verhältnismäßig brauchbare Übersicht über die einzelnen Ansichten über Selbstverwaltung gibt, rechnet mit Unrecht SCHULZE zu den Vertretern der oben für HÄNEL, LABAND und SCHÖN in Anspruch genommenen Meinung.

1) Ebendort, S. 133.

2) PREUSS: Gemeinde, Staat usw., S. 206; derselbe: Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, S. 222f.

3) Vgl. i. Handb. d. Politik, Bd. 1, S. 268.

4) Staatsrecht, 1. Teil, S. 574, 576.

5) Arch. f. öff. Recht Bd. 5, S. 303, 317.

6) Staatsrecht, Bd. 1, S. 409.

7) Selbstverwaltung, S. 3ff., S. 14.

Im übrigen definiert BLODIG selbst die Selbstverwaltung im Rechtsinne als „die vom souveränen Gemeinwesen anerkannte rechtliche Fähigkeit eines nicht souveränen Gemeinwesens, seine Angelegenheiten selbst zu verwalten.“

Auch in neuerer Zeit hat die auf GIERKE zurückgehende Ansicht — wenn auch mit einigen Modifikationen — namhafte Vertreter gefunden. BÜHLER¹⁾ erblickt den Inhalt des Selbstverwaltungsrechts in der „Befugnis, die eigenen Angelegenheiten zu besorgen und insbesondere das eigene Vermögen zu verwalten.“

HELFRITZ²⁾ versteht unter Selbstverwaltung „das Recht korporativer Verbände auf selbständige Verwaltung ihrer eigenen Angelegenheiten. Wenn man die Frage aufwerfe, ob es ein eigenes Recht der Gemeinden auf Existenz gebe und sie verneine, so vermenge man geltendes Recht und Fragen der Rechtspolitik. Nach ersterem sei es zweifellos, daß die Gemeinden selbständige Körperschaften und nicht nur Träger privater Rechte, sondern auch juristische Personen des öffentlichen Rechts seien, die ihren eigenen Wirkungskreis hätten, in welchen der Staat nur nach festen Regeln eingreifen dürfe. Ob diese Rechtsstellung der Gemeinden nur auf geltendem Rechte beruhe oder auf einer selbständigen geschichtlichen Entwicklung, sei für das geltende Recht gleichgültig; für die künftige Rechtsstellung könne der Staat dagegen die Gesetze nach seinem Willen gestalten, den Gemeinden also auch das Selbstverwaltungsrecht nehmen, was HELFRITZ freilich für unzweckmäßig hält.

NEUWIEM³⁾ erklärt, daß schon deshalb nicht alle Rechte der Selbstverwaltungskörper von Natur aus staatliche sein könnten, weil es hier, ebenso wie im Familienrechte, Rechte gebe, die der Staat nie besessen haben könne, weil ihm die physischen Voraussetzungen dafür fehlen. Aber selbst, wenn man annähme, daß die Gemeindefunktionen vom Staate abgeleitete seien, so folge daraus nicht, daß der Gemeinde keine eigenen Rechte zuständen; denn der Gegensatz vom eigenen Rechte sei nicht übertragenes, sondern fremdes. Auch derjenige, der ein fremdes Recht übertragen bekommen habe, könne ein eigenes Recht auf Ausübung dieser von Natur aus fremden Rechte haben.

Auch v. BLUME⁴⁾ vertritt eine verwandte Ansicht, wenn er im Anschluß an die Erörterung des „Grundrechts auf Selbstverwaltung“ die Verwaltung staatlicher Angelegenheiten als dem Selbstverwaltungsbegriff zuwiderlaufend ablehnt und eine Verwaltung eigener Angelegenheiten annimmt, zu deren Durchführung freilich der Staat seine Herrschaftsgewalt den Gemeinden übertrage. Wenn v. BLUME freilich glaubt, er befinde sich in Übereinstimmung mit HATSCHEK, so dürfte das eine Selbsttäuschung sein.

Von besonderem Interesse sind die ausführlichen Erörterungen

1) Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 253.

2) Grundriß, S. 5 ff.

3) Zweckverbände, S. 5 ff.

4) Selbstverwaltung, S. 12 f.

ROSINS¹⁾ zum Selbstverwaltungs begriff. Nachdem er zunächst den politischen Begriff der Selbstverwaltung von dem staatsrechtlichen getrennt hat, kommt er vom Begriff der Verwaltung als der Selbstbetätigung eines als Persönlichkeit anerkannten Verwaltungskörpers zwecks Erfüllung seiner Lebensaufgaben zur Selbstverwaltung im juristischen Sinne. Man habe darunter die Anerkennung eines nicht souveränen politischen Gemeinwesens durch das souveräne als verwaltende Persönlichkeit zu verstehen. Subjekte der Selbstverwaltung seien nicht souveräne Gemeinwesen, die sog. Selbstverwaltungskörper; Objekte seien die zu verwaltenden Angelegenheiten. Selbstverwalten könne man begrifflich nur eigene Angelegenheiten. Mittel der Selbstverwaltung seien die eigenen Rechte der betreffenden Gesamtpersönlichkeit. Der Rechtsbegriff der Selbstverwaltung beziehe sich demnach auf das Verhältnis politischer Gemeinwesen zueinander; dagegen sei die Art der Organisation dieser Gesamtpersönlichkeiten gleichgültig.

v. KÖNIG²⁾ unterscheidet eine Selbstverwaltung im formellen und eine solche im materiellen Sinne. Unter ersterer versteht er die Möglichkeit, Organe zur Verkörperung des Willens des Trägers der Selbstverwaltung und zur Durchführung seiner Aufgaben zu schaffen. Sie erhalte aber erst eine praktisch greifbare Gestalt durch Hinzutreten der materiellen Selbstverwaltung, d. h. der Zuweisung von Aufgaben an die Gemeinde, die damit der Tätigkeit des Staates mehr oder minder entzogen werden.

Schließlich sei noch eine Begriffsbestimmung erwähnt, die aus dem Rahmen der bisher mitgeteilten herausfällt und von E. MAYER³⁾ aufgestellt wird. Nach ihm sind Selbstverwaltungskörper solche vom allgemeinen Vereinsrecht eximierte, unter besondere Staatsaufsicht gestellte Vereinigungen, welche befugt sind, den Beitritt Dritter zu erzwingen oder noch dazu obrigkeitliche Gewalt auszuüben. Als Hauptmerkmal der Selbstverwaltung würde sich daraus ergeben, einmal daß sie durch Vereinigungen der gedachten Art durchgeführt werden müßte und ferner daß für sie Beitrittszwang und Ausübung obrigkeitlicher Gewalt begriffsnotwendig seien.

b) Von Interesse ist nun, diesen verschiedenen Begriffsbestimmungen an Hand einiger Beispiele gegenüber zu stellen, was die heutige Praxis sich unter Selbstverwaltung vorstellt. MITZLAFF⁴⁾, der Geschäftsführer des Deutschen Städtetages, nennt Selbstverwaltung das Recht, unter eigener Verantwortung Aufgaben zu ergreifen und durchzuführen. MOL⁵⁾ der Geschäftsführer der vereinigten Provinzen, schließt sich zwar formell der Definition LABANDS über die Selbstverwaltung an, sieht aber tatsächlich ihr Wesensmerkmal darin, daß der Staat den Gemeinden die alleinige Verantwortung für die Durchführung

1) Annalen, S. 309ff.

2) DREWSScher Entwurf zur Städteordnung, S. 46, 51f.

3) Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 7, S. 593.

4) Zukunftsaufgaben, S. 13.

5) Zeitschr. f. Kommunalwirtschaft 1924, S. 582.

gewisser Aufgaben überläßt. Aus dem interessanten Vortrage des Geschäftsführers des Reichsstädtebundes HÄCKEL¹⁾ auf der Mitgliederversammlung des Bundes im Jahre 1924 läßt sich entnehmen, daß er unter Selbstverwaltung eine möglichst weitgehende, von staatlichen Eingriffen freie Betätigungsmöglichkeit der Gemeinden versteht. Nicht aber ist Selbstverwaltung gleichbedeutend mit unumschränkter Selbstbestimmung, wie MATTHIAS²⁾ ausdrücklich betont.

Der Klärung förderlich ist endlich, festzustellen, was Regierung und gesetzgebende Körperschaften in Preußen unter Selbstverwaltung verstehen. Nach dem 1922 dem Preußischen Landtage vorgelegten Entwurf einer Städteordnung³⁾, der jedoch wegen Auflösung des Landtags nicht mehr zur Verabschiedung gelangt ist, sind Selbstverwaltungsangelegenheiten diejenigen dem gemeinen Wohle dienenden Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft, die den Städten zur Verwaltung unter eigener Verantwortung übertragen oder, ohne gesetzlich einer anderen Stelle vorbehalten zu sein, von ihnen freiwillig übernommen sind. Danach wäre Selbstverwaltung die Verwaltung von Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft durch Körperschaften des öffentlichen Rechts unter eigener Verantwortung. Man wird diese Definition etwa als die von der preußischen Regierung angenommene anzusehen haben. Daß auf die Worte „unter eigener Verantwortung“ der Hauptwert gelegt werden müsse, hat der Regierungsvertreter in den Ausschußverhandlungen⁴⁾ ausdrücklich ausgesprochen. Daß die Staatsregierung alle Verwaltungsaufgaben, also auch die der Selbstverwaltung, für von Natur aus staatliche hält, ergibt die Begründung zum Entwurf der Städteordnung⁵⁾.

Nun hat sich freilich der Landtagsausschuß die Regierungsdefinition nicht zu eigen gemacht, sondern in seinen Beratungen den § 68 des Entwurfs der Städteordnung gerade in hier wesentlichen Punkten abgeändert⁶⁾. Der Berichterstatter, Abg. PREUSS, hatte sich zwar darauf beschränkt festzustellen, daß die von der Regierung gegebene Definition wenigstens praktisch brauchbar, daß aber die Auffassung von der staatlichen Natur der Selbstverwaltungsangelegenheiten recht anfechtbar sei. Der Ausschuß selbst war mit der Begriffsbestimmung der Regierung nicht einverstanden und setzte an ihre Stelle eine andere, die in den weiteren drei Lesungen im Ausschuß beibehalten wurde. Danach sind städtische Selbstverwaltungsangelegenheiten „alle sich aus

¹⁾ Rundschau f. Kommunalbeamte 1924, S. 507ff., 536ff. — Es sei bemerkt, daß der Reichsstädtebund die kleineren, der deutsche Städtetag die großen Städte in sich vereinigt.

²⁾ Vgl. S. 1.

³⁾ Vgl. Drucks. d. Preuß. Landtags 1. Wahlper. 1. Tagg. 1921/24. Nr. 4040; § 68 des EntwStO.

⁴⁾ Vgl. Drucks. d. Preuß. Landtags 1. Wahlper. 1. Tagg. 1921/24. Nr. 8320 A, S. 185.

⁵⁾ Vgl. Drucks. Nr. 4040 (Anm. 3 dieser Seite), S. 34.

⁶⁾ Vgl. Drucks. Nr. 8320 A, S. 177; neue Fassung des § 68 in den Drucks. Nr. 8320 B, C.

dem Zusammenleben in örtlicher städtischer Gemeinschaft ergebenden Aufgaben, soweit sie nicht durch das Gesetz einer anderen Stelle übertragen sind“. Demnach wäre Selbstverwaltung generell die Verwaltung der sich aus dem Zusammenleben in örtlicher Gemeinschaft ergebenden Aufgaben.

Ganz mit Unrecht sah der Regierungsvertreter in den beiden sich nun gegenüberstehenden Definitionen — der Staatsregierung und des Ausschusses — dasselbe Ziel. Auch dem Ausschuß selbst scheint der grundlegende Unterschied beider Begriffsbestimmungen gar nicht recht zum Bewußtsein gekommen zu sein. Es ist logisch ausgeschlossen, daß jemand sowohl der einen wie der anderen Auffassung zustimmt. Die Definition des Ausschusses sieht das Wesen der Selbstverwaltung in ihrem Objekt und führt logisch zu der Annahme „eigener“ Angelegenheiten der Gemeinden. Demgegenüber sind für die Regierung, wie aus den Worten „dem gemeinen Wohle dienend“ und aus der oben erwähnten Gesetzesbegründung hervorgeht, auch die Selbstverwaltungsangelegenheiten staatliche Aufgaben. Für die Übertragung auf die Gemeinden ist dabei aus rechtspolitischen Gründen eine Beschränkung auf solche Angelegenheiten, die allein für die betreffende Gemeinschaft von Interesse sind, dadurch nicht ausgeschlossen¹⁾. Bei der Definition der Regierung liegt das Wesentliche der Selbstverwaltung einmal im Subjekt, dann aber auch in der Rechtsform, in der diese Aufgaben erledigt werden.

II. Unterzieht man die einzelnen Begriffsbestimmungen einer Kritik, so muß man sich bewußt sein, daß an sich mit einem Worte jeder beliebige Sinn verbunden werden kann und daß der begriffliche Inhalt eines Wortes lediglich Sache der Vereinbarung der Menschen gleicher Zunge ist. Insofern ist es unbedenklich, wenn die Logik lehrt, daß ein Begriff niemals richtig oder falsch sein kann. Wohl aber kann es zweckmäßig sein, ein Wort nur in einem ganz bestimmten Sinne zu gebrauchen. Dabei werden sich Gründe für und wider die Annahme einer bestimmten Begriffsbestimmung bei zusammengesetzten Worten einmal aus dem Wortsinne der einzelnen Teile, dann aber auch aus der historischen Entwicklung der Bedeutung des Begriffs und schließlich aus dem Sinne, den die Praxis einem Worte beilegt, ergeben können. Gerade dem letzten Punkte wird man m. E. eine nicht zu überschätzende Bedeutung beizumessen haben. Gewiß hat es Begriffe gegeben, die erst von der Wissenschaft geschaffen worden sind. Wenn aber ein Wort in der Praxis in einem wenn auch mehrdeutigen, mindestens aber unklaren Sinne bereits seit langem Verwendung findet, ist es Aufgabe der Wissenschaft, hier klärend einzugreifen, das Unbewußte zum Bewußtsein zu bringen und alles überflüssige Beiwerk, das dem Begriffe anhaftet, zu entfernen, nicht aber nun diesem Worte einen ganz neuen Sinn zu geben. Nur auf diesem Wege kann auch im vorliegenden Falle für Theorie und Praxis ein nennenswerter Dienst geleistet werden.

1) Mit dieser Einschränkung OVG. Bd. 59, S. 51; Bd. 13, S. 107.

i. Schon in der Darstellung der einzelnen Ansichten über den Begriff der Selbstverwaltung wurde unter 1 die Selbstverwaltung im politischen, unter 2 die Selbstverwaltung im juristischen Sinne behandelt. Den Unterschied zwischen beiden aufgezeigt zu haben, ist das Verdienst ROSINS¹⁾. Wenn auch diese Unterscheidung nicht von allen²⁾ anerkannt wird und verschiedene Übergangsformen gesucht werden, wie beispielsweise die Definition von NEUKAMP³⁾ zeigt, so kann doch heute als ziemlich allgemeine Meinung gelten, daß eine juristische Bedeutung dem Selbstverwaltungs begriffe GNEISTS nicht zukommt. GNEIST⁴⁾ selbst erkennt an, daß auch die Ehrenbeamten, die ja für ihn das Wesensmerkmal der Selbstverwaltung bilden, Rechte und Pflichten der Staatsbeamten haben. Die Verwaltung muß daher ihrer rechtlichen Natur nach dieselbe sein, gleichviel ob sie von Ehren- oder Berufsbeamten, von unbesoldeten oder besoldeten Beamten geführt wird. Aus dem gleichen Grunde muß es aber ebenso gleichgültig sein, ob die Beamten durch Wahl oder durch Ernennung ihr Amt erlangen.

Man mag LABAND⁵⁾ recht geben, daß der Begriff der Selbstverwaltung ursprünglich ein politischer gewesen ist, gerichtet auf eine

1) Annalen 1883, S. 319.

2) Vgl. PREUSS i. Festg. f. Laband. Bd. 2, S. 205. Dieser erklärt die begriffliche Unterscheidung zwischen rechtlicher und politischer Selbstverwaltung für unhaltbar. Beide ständen zueinander nicht im Verhältnis zweier verschiedener Begriffe, sondern wie überall die Institutionen des öffentlichen Rechts zu den entsprechenden politischen Ideen im Verhältnis der organisatorischen Rechtsform zu ihrem politischen Inhalt. PREUSS kämpft hier m. E. gegen Windmühlen. Von einem Gegensatz in dem Sinne, daß ein Begriff den anderen ausschließe, spricht ja niemand. Es wird nur auf die Verschiedenheit beider Begriffe selbst hingewiesen, daß also Selbstverwaltung im politischen und im Rechtssinne nicht dasselbe sei. Das gesteht PREUSS auch selbst zu, wenn er S. 221 die von GNEIST aufgeführten Merkmale zur juristischen Begriffskonstruktion für ungeeignet erklärt und S. 222 f. selbst eine juristische Begriffsbestimmung zu geben sucht. — Vgl. ferner v. BLUME: Selbstverwaltung, S. 9. Auch dieser lehnt die Unterscheidung ab. Was politisch gedacht sei, solle morgen Wirklichkeit werden. Bedeutete politische Selbstverwaltung etwas anderes als staatsrechtliche, so hätten wir es im zukünftigen Rechte mit einer Selbstverwaltung in zweifacher Bedeutung zu tun. In der Wissenschaft dürfe es daher nur eine Selbstverwaltung geben; in Wahrheit handle es sich um einen politischen Gedanken, der gewisse Wandlungen durchgemacht habe. Wäre es so, wie v. BLUME sagt, so wären sicherlich alle einig. Tatsächlich aber bedeutet Selbstverwaltung im politischen und im juristischen Sinne zweierlei Verschiedenes, dem freilich ein gleicher politischer, d. h. zweckbestimmender Gedanke zugrunde liegt. Wenn auch v. BLUME kategorisch erklärt, es dürfe nicht ein Wort zwei Begriffe bezeichnen, so ist es hier leider anders; beide Begriffe, die einen verschiedenen Inhalt haben, haben sich heute so sehr eingebürgert, daß es ein vergebliches Unterfangen wäre, etwa zu erklären: „Selbstverwaltung im politischen Sinne ist keine Selbstverwaltung“. Sie ist freilich etwas anderes wie Selbstverwaltung im juristischen Sinne. Falsch wird es erst, wenn man beide Begriffe, wozu v. BLUME zu neigen scheint, in eine Gleichung setzt.

3) Arch. f. öff. Recht Bd. 4, S. 538, 551. Im übrigen mißt auch NEUKAMP GNEISTS Lehre nur politische Bedeutung bei (vgl. ebendort S. 381). Vgl. auch die Definition b von SEMBRITZKI (a. a. O., S. 142).

4) Vgl. z. B. Kreisordnung S. 9.

5) Staatsrecht, Bd. 1, S. 102 f. Anm. 4.

Machtbeschränkung der Minister, wie sie uns als ausschlaggebendes Merkmal besonders klar ausgesprochen in der Definition NEUKAMPS¹⁾ entgegengetreten ist; man mag auch anfänglich die Dezentralisation der Verwaltung, die Verwendung von Ehrenbeamten, die Besetzung gewisser Ämter durch Wahl u. a. m. darunter gefaßt haben. Heute aber, wo die meisten Beamten der Selbstverwaltung besoldet sind, wird man unter letzterer etwas ganz anderes zu verstehen haben. Der GNEISTSche Begriff der Selbstverwaltung kann nur als gesetzgeberisches Prinzip von freilich weittragender Bedeutung Geltung beanspruchen. Als seine Auswirkung sei erwähnt die Beteiligung von Laien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit und bei den Verwaltungsbeschlußbehörden, wie sie uns etwa in den §§ 10, 28, 37 des Landesverwaltungsgesetzes und § 131 der östlichen Kreisordnung entgegentritt. Irgendein juristisches Merkmal für die Selbstverwaltung aber ist ihm nicht zu entnehmen.

Würde man der Ansicht von GNEIST und seinen Anhängern über das Wesen der Selbstverwaltung — gleichviel, in welcher Spielart — folgen, so würde die Selbstverwaltung für das Verhältnis der Gemeinden zu Staat und Reich ziemlich bedeutungslos sein; denn Ehrenbeamte, Wahlbeamte und unbesoldete Beamte gibt es in gleicher Weise in der Reichs-, Staats- und Kommunalverwaltung, wenn auch vielleicht in letzterer am häufigsten. Da nun der Begriff der kommunalen Selbstverwaltung notwendig in einem Gegensatz zum Begriffe der Reichs- und Staatsverwaltung stehen muß, dies aber, wie gezeigt, bei der Selbstverwaltung im politischen Sinne nicht der Fall ist, so kann die letztere für die folgenden Ausführungen als nicht weiter interessierend beiseite gelassen werden; hier ist die Selbstverwaltung nur insofern von Bedeutung, als damit etwas den Gemeinden Eigentümliches bezeichnet wird. Daß auch nicht der politische Begriff der Selbstverwaltung gemeint ist, wenn die Kommunalpolitiker eine Stärkung der Selbstverwaltung verlangen, folgt schon aus der Erwägung, daß eine Vermehrung des Laienelements in der Kommunalverwaltung heute jedenfalls kaum noch gewünscht wird.

Es ergibt sich also, daß dem GNEISTSchen Selbstverwaltungs begriff eine juristische Bedeutung nicht zukommt, daß er ferner für das Verhältnis der Gemeinden zu Staat und Reich nebensächlich ist und daß endlich der heutige Sprachgebrauch unter Selbstverwaltung — mindestens im Zusammenhang von kommunaler Selbstverwaltung — etwas anderes versteht, als was der politische Begriff der Selbstverwaltung in allen seinen Schattierungen bezeichnet.

2. Hinsichtlich des juristischen Begriffs der Selbstverwaltung besteht nun zunächst Streit darüber, ob die Verschiedenheit des Subjekts der Verwaltung irgendwie wesentlich ist. Das ist m. E. zu bejahen.

Man wird der Ansicht, die den Begriff historisch erklären will,

1) Arch. f. öff. Recht Bd. 4, S. 538, 541.

nicht folgen können¹⁾. Die historische Betrachtungsweise führt hier — wie auch in vielen anderen Fällen — zu keinem Ergebnis; gerade hier kommt es, worauf PREUSS²⁾ in den Ausschußverhandlungen des Landtags mit Recht hingewiesen hat, nur darauf an, wo man mit der Historie anfängt. Der allein zum Ziele führende Weg ist, den Wort-sinn als Ausgangspunkt zu nehmen.

a) Dabei ergibt sich ohne weiteres, daß Selbstverwaltung irgendeinen Gegensatz haben muß. Dieser liegt im Begriff der Staatsverwaltung³⁾. Es verwaltet hier also nicht der Staat, sondern eine andere vom Staate verschiedene Person⁴⁾ — der Selbstverwaltungskörper.

Ob Träger der Selbstverwaltung notwendig eine juristische Person sein muß, kann zweifelhaft sein. Nach SCHOEN⁵⁾ herrscht zwar bei uns das System der korporativen Selbstverwaltung; doch sollen die Gutsbezirke in Preußen und Sachsen ein Beispiel für die Möglichkeit einer Selbstverwaltung durch Einzelpersonen bilden. Aus Begriffsbestimmungen anderer Schriftsteller — z. B. HATSCHKE, PREUSS — ergibt sich von vornherein, daß diese nur eine Selbstverwaltung durch Korporationen als solche anerkennen. M. E. ist diese letztere Ansicht richtig. Unser geltendes Recht kennt keine Selbstverwaltung durch Einzelpersonen. Wenn der Gutsvorsteher Lasten trägt, die sonst auf den Steuerpflichtigen ruhen, und wenn er dafür mit seinem Gutsbezirk, der nicht etwa eine vom Gutsbesitzer verschiedene Rechtspersönlichkeit darstellt⁶⁾, außerhalb jeglichen Verbandes einer Ortsgemeinde bleibt, so übt er damit ebensowenig öffentliche Verwaltung wie jeder andere Privatmann, der gelegentlich in die Lage kommt, Subjekt öffentlicher Rechte und Pflichten zu sein.

Alle diejenigen Ansichten, die bei der Selbstverwaltung die begriffliche Verschiedenheit des Subjekts vom Staate leugnen (PREUSS), sind abzulehnen. Sie führen dazu, Selbstverwaltung auch bei der Staatsverwaltung für möglich zu halten, und verwischen damit den grundlegenden Gegensatz. Im übrigen gleiten sie entweder in den poli-

1) Daß eine historische Beweisführung nicht zum Ziele führt, weisen BORNHAK (Staatsrecht, Bd. 2, S. 101) und KORMANN (Grundzüge, Annalen 1911, S. 858) nach. Ersterer stellt fest, daß der Kommunalverband begrifflich keine vom Staate unabhängige Existenz haben könne, da die juristische Person, die ein Wesensmerkmal des Kommunalverbands ist, ein Erzeugnis des Rechts, dieses aber nur innerhalb des Staates denkbar sei. KORMANN erklärt die historische Betrachtungsweise dogmatisch hier für falsch. Manche Gemeinden seien älter als der Staat, andere jünger. Man würde historisch zu dem Ergebnis kommen, daß die rechtliche Natur der durch Staatsakt geschaffenen Gemeinden eine andere als die der älteren wäre, was sicher unrichtig sei. Aus ähnlichen Gründen lehnt NEUWIEM (Zweckverbände, S. 4) die historische Betrachtungsweise ab, bedient sich aber ihrer inkonsequenterweise einige Seiten später (a. a. O., S. 7) doch.

2) Vgl. Landtagsdrucks. 1923, Nr. 8320 A, S. 175.

3) Daß dieser Gegensatz ein prinzipieller Unterschied ist, bestreitet BEYER (Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. Bd. 65, S. 132).

4) So z. B. richtig GLUTH: S. 71.

5) Holtzendorffs Enzyklopädie, Bd. 4, S. 203. Auch JELLINEK (Allgem. Staatslehre, S. 642f.) spricht dem Gutsvorsteher das Selbstverwaltungsrecht zu.

6) OVG. i. Preuß. Verw. Bl. Bd. 25, S. 350.

tischen Begriff der Selbstverwaltung ab oder gelangen schließlich mit PREUSS zu einer Verneinung jedes begrifflichen Unterschieds von Staat und Gemeinden, eine Ansicht, die im zweiten Kapitel noch Gegenstand der Erörterung sein wird.

Welchen praktischen Wert die Unterscheidung HATSCHERKS in aktiv und passiv öffentlich-rechtliche Verbände für den Selbstverwaltungs-begriff haben soll, ist trotz seiner langatmigen konstruktiven Ausführungen nicht recht erfindlich. HATSCHERK wird offenbar auch hier wieder¹⁾, allzusehr durch seine Kenntnis englischer Verhältnisse dazu verleitet, englische Begriffe in unser Recht zu übertragen, ohne daß ein innerer Zusammenhang beider Rechtsgebiete in dieser Hinsicht besteht. M. E. können als passiv öffentlich-rechtliche Verbände nur solche Verbände, die auch aktiv öffentlich-rechtliche sind, für den Begriff der Selbstverwaltung in Betracht kommen. Mit Recht wendet MEYER-ANSCHÜTZ²⁾ gegen HATSCHERKS Theorie ein, daß die Organe in einem passiven Verbände nicht Verbands-, sondern Staatsorgane sind. Sie kommen als Organe der Selbstverwaltung nur in Betracht, wenn man letztere im politischen Sinne auffaßt (z. B. der Amtsvorsteher, der nur als Ehrenbeamter als Organ der Selbstverwaltung anzuerkennen ist). Damit erweist sich die ganze Unterscheidung für unsere Zwecke als überflüssig und verwirrend; sie beruht offenbar auf dem Streben, eine juristische Definition der Selbstverwaltung zu geben, durch die die Trennung in politische und juristische Selbstverwaltung hinfällig wird. Dieser Versuch ist mißglückt.

b) Auch für das Objekt der Selbstverwaltung ist wieder der Gegensatz zur Staatsverwaltung bedeutsam. Wenn man mit LABAND den Gegensatz im Verwaltetersehen sieht, so muß man sich jedenfalls darüber im klaren sein, daß nicht die Bürger oder die betreffende Körperschaft, sondern immer nur Aufgaben verwaltet werden. Nur in dieser Bedeutung hat die Gegenüberstellung von Selbstverwaltungs- und Auftragsangelegenheiten, die den Gegenstand des siebenten Kapitels bilden wird, überhaupt einen Sinn.

Die Streitfrage nach der Natur der Aufgaben, welche Objekt der Selbstverwaltung sind, hängt mit der Kontroverse über das Vorhandensein eines eigenen Rechts der Gemeinden auf Selbstverwaltung zusammen. Einmal ist es möglich, daß die Gemeinden als natürliche Körperschaften ein ursprüngliches eigenes Recht auf die Verwaltung gewisser Aufgaben haben (aa), oder aber es könnte ein solches eigenes Recht durch Übertragung vom Staate aus dessen Machtfülle abgeleitet sein (bb). Beide Fragen sind scharf auseinander zu halten.

aa) Soll es überhaupt ein natürliches Recht der Gemeinden geben, so ist Voraussetzung, daß die Gemeinden selbst natürliche Gebilde sind. Diese Ansicht wird in der Literatur³⁾ tatsächlich vertreten. Sie ist

¹⁾ Vgl. meine Ausführungen in Verwaltungsarchiv, Bd. 29, S. 393.

²⁾ Lehrbuch, S. 387, Anm. 13.

³⁾ Vgl. z. B. GLUTH: S. 103. GLUTHS Schrift ist in Österreich verfaßt, dessen gemeinderechtlichen Grundlagen aus dem Jahre 1849, also aus einer ganz anderen

unter modernen Verhältnissen m. E. nicht aufrechtzuerhalten. Mag man selbst zugeben, daß die Gemeinde durch Zusammenschluß von Menschen auf räumlich nachbarlichem Gebiete in ihren ersten Anfängen mit einer gewissen Notwendigkeit entstanden sein mag, so ist doch heute die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gemeinde nicht durch die Natur gesetzt, wie es etwa bei der Familie der Fall ist, der der Mensch durch Geburt angehört und deren Zugehörigkeit er sich niemals entziehen kann. Schon aus rein äußerlichen, oft sogar zufälligen Gründen werden die Gemeinden in ihrem Umfange verändert. Handelt es sich bei der Stadt Berlin, wie sie durch Gesetz vom 27. April 1920 gebildet ist, etwa nicht um eine mehr oder minder willkürliche Schöpfung des Gesetzgebers? Tatsächlich haben manche der heute zur Stadt Berlin gehörenden Ortschaften, wie Gatow, Cladow und Schmöckwitz, deren rein ländlicher Charakter in nichts an ihre Zugehörigkeit zu einer der größten Weltstädte erinnert, nicht mehr und nicht weniger mit dem Stadtzentrum zu tun wie etwa Nauen, Oranienburg und viele andere um Berlin liegende, wirtschaftlich freilich dorthin tendierende Gemeinden. Aber ebenso unnatürlich war die frühere kommunale Gestaltung von Berlin und Umgegend. Auch damals war es nicht selten reiner Zufall, ob jemand z. B. Einwohner von Schöneberg, Wilmersdorf oder Charlottenburg war. Irgendeine durch die örtliche Lage bedingte natürliche Verschiedenheit der Interessen bestand zwischen den Bewohnern der Wilmersdorfer und denen der Schöneberger Seite ein und derselben Straße nicht. Und wie es mit Berlin ist, so ist es in mehr oder weniger gleichem Maße mit anderen Großstädten. Im rheinisch-westfälischen Industriegebiet wird man vielerorts beobachten können, daß die kommunalen Grenzen keineswegs mit den wirklichen örtlichen Interessensphären übereinstimmen und daß sogar nicht selten die kommunale Bezirkseinteilung ein Hindernis für die Erfüllung berechtigter Wünsche der Einwohnerschaft in sich birgt¹⁾.

Diese Überlegungen gelten keineswegs bloß für die modernste Entwicklung oder etwa nur für Großstädte. Überall dort, wo — wie in Niedersachsen — die alteingesessene Bevölkerung nicht in geschlossenen Ortschaften, sondern in einzelnen voneinander getrennt liegenden Höfen wohnt, besteht kein natürlicher Grund, die einzelnen Gehöfte der einen oder anderen Gemeinde zuzurechnen, aus mehreren Gemeinden eine einzige zu machen oder aus einer mehrere zu bilden. Aber sogar dort, wo das System der geschlossenen Ortschaften herrscht, ist es eine unbestreitbare Tatsache, daß viele Gemeinden noch heute auf

Atmosphäre stammen als die 40 Jahre älteren preußischen. (Vgl. hierüber die interessanten Ausführungen von LUKAS: S. 13ff.) — Auch PREUSS (Gemeinde, Staat usw., S. 260) erklärt, daß nach der organischen Anschauung alle politischen Gemeinwesen ihrer inneren Entstehung nach nicht gewillkürte, sondern gewordene Bildungen seien.

¹⁾ Um ein — freilich umstrittenes — Beispiel unter vielen zu nennen, sei nur an die Kämpfe erinnert, die es gekostet hat, Langerfeld, das als selbständige Gemeinde in der Provinz Westfalen lag, in die zur Rheinprovinz gehörige Stadt Barmen, zu der Langerfeld wirtschaftlich gehört, einzugemeinden.

Grund staatlichen Akts durch Abtrennung von anderen entstehen. Endlich verdanken insbesondere die höheren Gemeindeverbände fast ausschließlich ihre Existenz staatlicher Schöpfung. Soll man da wirklich noch an das Dogma von der „natürlichen“ Gemeinde glauben, die nur durch „widernatürliche“ Eingriffe des Staates zerstört wird?

Auf das Wesen der Gemeinden wird im 2. Kapitel einzugehen sein. Hier genügt es nachgewiesen zu haben, daß die Gemeinden nicht etwa natürliche Gebilde in dem Sinne sind, daß Sein oder Nichtsein sowie Inhalt und Umfang der einzelnen Gemeinden etwa von der Natur bestimmt sind, wie bei der natürlichen Person und der Familie.

Beruhet aber die Existenz der Gemeinden auf Umständen, die außerhalb ihrer Persönlichkeit liegen, so wird man erst recht annehmen müssen, daß sie nicht originäre, d. h. ihnen von Natur aus zukommende Rechte, sog. Grundrechte, haben.

Aber selbst wenn man die Gemeinden als natürliche Gebilde betrachten würde, so wäre die Frage, ob sie ein originäres Recht auf Selbstverwaltung haben, doch zu verneinen. Insbesondere kann nicht die Tatsache als Gegenbeweis herangezogen werden, daß die Reichsverfassung das Selbstverwaltungsrecht unter den Grundrechtsbestimmungen erwähnt.

Die Annahme, daß den Gemeinden ein eigenes, sozusagen angeborenes Recht auf Selbstverwaltung zusteht, geht auf die Lehren des Naturrechts zurück. JELLINEK¹⁾ hat ausführlich nachgewiesen, daß die Idee des natürlichen eigenen Wirkungskreises der Gemeinden als gesetzgeberisches Problem zu den Schöpfungen des Jahres 1789 gehört. In Deutschland hatte Art. 184 der Reichsverfassung vom 28. März 1849 „die selbständige Verwaltung der Gemeindeangelegenheiten“ zu den Grundrechten der Gemeinde gezählt. Wenn heute in Art. 127 unserer Reichsverfassung die Gewährleistung der Selbstverwaltung unter den Grundrechten und Grundpflichten der Deutschen erscheint, so legt das die Vermutung an einen ähnlichen Gedankengang nahe. Es ist daher zunächst zu untersuchen, welche Bedeutung den Grundrechten überhaupt, insbesondere auch für den Einzelmenschen, zukommt.

Auch hier finden sich, besonders in der älteren Literatur, die verschiedensten Ansichten²⁾ — angefangen von solchen, die darin dem Menschen angeborene Rechte erblicken, bis zu denen, die in ihm lediglich eine populäre Phrase sehen.

Die Auffassung, daß es sich bei den Grundrechten um dem Menschen von Natur aus zukommende Rechte handele, ist abzulehnen. Das Recht wird vom Staate oder einer diesem ähnlichen Gemeinschaft (z. B. der Kirche) gesetzt. Beide — Recht und Staat — stehen und

¹⁾ System, S. 278ff.

²⁾ Vgl. ANSCHÜTZ RV. Vorbem. z. 2. Hauptteil, S. 181 ff; GIESE: RV. Anm. 1 zur Überschrift des 2. Hauptteils; HATSCHKE: Staatsrecht, Bd. 1, S. 169ff.; STIER-SOMLO: Staatsrecht, Bd. 1, S. 430ff., WITTMAYER: S. 29ff., 174ff. — Im übrigen vgl. die interessanten Ausführungen des Abg. NAUMANN im verfassungsgebenden Ausschuß der Nationalversamml., Drucks. Nr. 391, S. 176ff. — Hier soll nur von der juristischen Bedeutung der Grundrechte die Rede sein.

fallen miteinander. Einen Ausgleich der mannigfaltigen Interessen zu schaffen, wie er sich durch das Zusammenleben von Menschen ergibt, ist Zweck und Aufgabe des Staates. Zur Erfüllung dieses Zweckes muß er in die vorher nicht beschränkte Freiheitssphäre der einzelnen Individuen eingreifen. Er muß gewisse Handlungen ge- und verbieten, die Vornahme anderer an bestimmte Voraussetzungen binden und schließlich bei wieder anderen gewisse Folgen eintreten lassen.

Alles das, was der Staat in seine Regelung einbezieht, wird damit Recht. Ergibt sich nun aus diesem sog. objektiven Recht für den einzelnen eine Befugnis, so redet man von einem subjektiven Recht. Die Entstehung eines solchen setzt stets eine staatliche Regelung voraus. Solange eine solche nicht erfolgt ist, kann und darf der einzelne noch unbeschränkt frei handeln; man spricht alsdann von der dem einzelnen zustehenden Betätigungsfreiheit¹⁾.

Eine vollständige Einschränkung der persönlichen Freiheit braucht der Staat zur Erreichung seiner Zwecke nicht vorzunehmen; er erkennt an, daß er damit die Individualität der Einzelperson vernichten würde. Deshalb setzt er sich eine Grenze und legt ein Minimum von Rechten des Individuums, die sog. Grundrechte, fest, die er als zu dessen freiem Betätigungsfeld gehörend unangetastet zu lassen verspricht.

Nun hat freilich der Erlaß von Grundrechten theoretisch genau die gegenteilige Wirkung von dem, die er haben soll. Man will die dem Menschen eigene Betätigungsfreiheit festlegen, die dem Rechte überhaupt unerreichbar bleiben soll. Tatsächlich aber macht man damit die bis dahin wenigstens auf vielen Gebieten wirklich vorhandene Betätigungsfreiheit zu einem subjektiven Recht des einzelnen, zieht also etwas bis dahin außerhalb rechtlicher Regelung Gelegenes in die Rechtsordnung hinein. Praktisch hat das jedoch insofern eine für das Individuum günstige Bedeutung, als nunmehr die frühere Freiheitssphäre nicht mehr in jeder beliebigen Weise einer rechtlichen Regelung unterworfen werden darf. Der Gesetzgeber erkennt durch die Aufnahme unter die Grundrechte selbst an, daß bei dem von ihm zu regelnden Interessenausgleich diese Rechte als für den Bürger besonders wertvoll

1) Mit dieser Überlegung ergibt sich auch die richtige Stellung in dem Streite zwischen der Grenze von subjektivem Recht und natürlicher Betätigungsfreiheit. Alles, was rechtlicher Regelung unterworfen ist, insbesondere alles, was die Gesetzgebung als Grundrecht anerkennt, wird damit subjektives Recht und ist nicht mehr bloß Ausfluß natürlicher Betätigungsfreiheit. Deshalb ist es richtig, von einem Recht auf Gewerbefreiheit, einem Koalitionsrecht usw. zu sprechen. Nicht aber gibt es ein Recht spazieren zu gehen, weil diese Form menschlicher Betätigungsfreiheit von niemandem streitig gemacht wird und der Staat hierzu daher auch keine Stellung genommen hat. Es wäre aber denkbar, daß auch hier ein Grundrecht aufgestellt würde, ohne Erfüllung bestimmter Formalien die Wohnung zu verlassen und ein späterer Gesetzgeber in Reaktion hiergegen den Schutz der Bewegungsfreiheit zum Programm machen würde. Vgl. ANSCHÜTZ: a. a. O., S. 181 ff.; insbesondere hinsichtlich der Frage der Gewerbefreiheit BÜHLER: S. 234 ff.; JELLINEK, G.: System, S. 110; LABAND: Staatsrecht, Bd. 3, S. 207 Anm. 1 sowie die bei v. LANDMANN: Kommentar z. Gewerbeordnung, 6. Aufl., S. 53f. angeführte Literatur.

mindestens einer schonenderen Behandlung bedürfen. Die innere Bedeutung der Anerkennung von Grundrechten liegt also darin, daß der Gesetzgeber sich zum Programm macht, gewisse Rechte bevorzugt zu behandeln. Häufig verleiht er diesem Programm noch äußeren Nachdruck, indem er die Abänderung und Aufhebung der Grundrechte durch Aufnahme in die Verfassung mit den sich daraus ergebenden Folgen erschwert.

Nun ist keineswegs gesagt, daß die bevorzugte Behandlung nur in dem Falle zugelassen ist, in welchem das betreffende Gebiet vorher einer rechtlichen Regelung nicht unterworfen war. Dieser Grundsatz galt nur bei der ersten Feststellung der Grundrechte in der Verfassung von Virginien vom 12. Juni 1776, in der französischen Proklamierung der Menschenrechte am 26. August 1789 sowie in den folgenden Verfassungen. Es ist sehr wohl denkbar und kommt sicherlich in unserer Reichsverfassung zum Ausdruck, daß auch schon bestehende Rechte, die dem Gesetzgeber als besonders schutzwürdig erscheinen, formell unter die Grundrechte mit aufgenommen werden. In diesem Falle könnte man von Grundrechten im formellen Sinne sprechen, um damit anzudeuten, daß es sich nicht um die rechtlich anerkannte Betätigungsfreiheit, wohl aber um solche hinsichtlich ihrer Bedeutung dieser gleichzuachtenden Rechte handelt. Ein Beispiel hierfür sind die wohlerworbenen Rechte der Beamten (Art. 129 RV.)¹⁾.

Der vorstehende Gedankengang ergibt, auf die geltende Reichsverfassung bezogen, ungezwungen, daß jede unter die Grundrechte aufgenommene Vorschrift Programmsatz, Richtlinie für die künftige Gesetzgebung ist, gleichviel worum es sich dabei materiell handelt. Es steht aber nichts im Wege, daß daneben sehr wohl einzelne Bestimmungen des 2. Hauptteils der Verfassung als unmittelbar anwendbares geltendes Recht angesehen werden können.

Jede andere Erklärung des Wesens der Grundrechte muß m. E. auf unüberbrückbare Widersprüche mit dem positiven Recht stoßen, das es doch letztthin zu erklären gilt. Wer wirklich mit der Naturrechtslehre in den Grundrechten die Anerkennung natürlicher Menschenrechte sehen will, vermag nicht zu deuten, warum die Rechte des Individuums zu verschiedenen Zeiten verschiedene gewesen sind. Wären die in unserer Reichsverfassung aufgeführten Grundrechte wirklich angeborene Rechte, so müßten wir feststellen, daß diese Rechte zu allen anderen Zeiten verkümmert oder übertrieben worden sind und daß nur wir Deutsche seit 1919 dem Menschen das zukommen lassen, was ihm von Natur zusteht. Wer aber wird so überheblich sein wollen²⁾? Oder sollten etwa die „richtigen“ Grundrechte bisher überhaupt noch nicht gefunden sein? Wohin müßte sich die Rechtswissenschaft verlieren, wenn man ihr zur Aufgabe stellte, diese Rechte zu suchen!

¹⁾ Vgl. JELLINEK: Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte.

²⁾ Selbst PREUSS (Verhandl. d. Verfass.-Ausschusses der Nat.-Versammlung. Drucks. Nr. 391, S. 184) erkennt die Unmöglichkeit an, gesetzlich Rechte von ewiger Dauer festzulegen.

Freilich ist zu beachten, daß die Bedeutung der Grundrechte sich in den vergangenen 80 Jahren geändert hat. Nachdem der Polizeistaat mit seinen Eingriffen in die Rechtssphäre des Bürgers durch bloße Verwaltungsakte überwunden war, wollte man damals mit der Aufstellung von Grundrechten eine Schranke für die Verwaltungsbehörden aufrichten. Dem Gesetzgeber Eingriffe zu versagen, lag nicht in der Absicht der Zeit. Seitdem inzwischen aber das Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung uns allen in Fleisch und Blut übergegangen ist, ist heute die Forderung nach einem Schutze vor Übergriffen der Verwaltungsbehörden mehr und mehr zurückgetreten. Dagegen haben die Eingriffe der Legislative so stark zugenommen, daß ein Bedürfnis nach Sicherungen ihr gegenüber besteht. Stellt nun die Reichsverfassung Grundrechte auf, so will sie die Bürger nicht nur vor den Verwaltungsbehörden, sondern hauptsächlich vor der Gesetzgebung schützen und zwar, da Reichsrecht dem Landesrecht vorgeht, einen zwingenden Schutz vor dem Landesgesetzgeber und die Aussicht auf Schutz vor dem Reichsgesetzgeber bieten. Dieser Schutz vor der Gesetzgebung fällt nur dort weg, wo ausdrücklich auf eine nähere gesetzliche Regelung in der betreffenden Grundrechtsbestimmung verwiesen wird.

Unter diesen Gesichtspunkten bedeutet die Gewährleistung der Selbstverwaltung nach Maßgabe der Gesetze die Anerkennung eines in den folgenden Ausführungen noch näher zu umschreibenden Rechts. Der Gesetzgeber verspricht, seinerseits dieses Recht zu schonen, und stellt es sicher vor Übergriffen der Verwaltung. Bei Erlaß der Grundrechtsbestimmungen fand man die Institution der kommunalen Selbstverwaltung vor und hielt sie für so zweckmäßig, daß man ihre Erhaltung mit den Kautelen der Grundrechte umgab.

Es besteht sonach kein Grund, aus allgemeinen Erwägungen oder aus der Reichsverfassung etwa die Existenz eines originären Rechts der Gemeinden auf Selbstverwaltung abzuleiten. Nur anhangsweise sei noch bemerkt, daß auch die Materialien zur Reichsverfassung¹⁾ — zumindest hinsichtlich des Art. 127 RV. — für eine solche Schlußfolgerung jeden Anhalt vermissen lassen. Die Ansicht von GIERKE und PREUSS erhält also auch von dieser Seite her keine Stütze.

Schließlich ist aber noch gegenüber der Ansicht, daß die Gemeinden ein ursprüngliches Recht auf Selbstverwaltung hätten, auf den sehr wesentlichen Gesichtspunkt hinzuweisen, daß, selbst wenn man den obigen allgemeinen Ausführungen über die Grundrechte nicht zustimmt, sicher aber die Regelung des Verhältnisses von Staat und Gemeinden allein von der staatlichen Gesetzgebung abhängt. Wenn PREUSS²⁾ demgegenüber geltend macht, daß das hinsichtlich des Verhältnisses von Staat und Einzelpersonen nicht anders sei, so übersieht er auch von seinem Standpunkte aus den wesentlichen Unterschied, daß es sich nämlich bei der Selbstverwaltung zum Teil um Herr-

1) Vgl. insbesondere Drucksache der Nationalversammlung Nr. 391, S. 176ff.

2) Amtsrecht, S. 134.

schaftsrechte handelt, die ebenso unteilbar sind wie die Staatsgewalt selbst und deren Ausübung lediglich der Staat teilweise den Gemeinden — dann freilich zu eigenem Rechte, wie noch gezeigt werden wird, — überlassen kann.

Die in der heutigen Praxis übliche, im 7. Kapitel näher zu erörternde Unterscheidung in Auftrags- und Selbstverwaltungsangelegenheiten beweist für die Ansicht von PREUSS gar nichts, da sehr wohl der Unterschied einer Übertragung von Angelegenheiten zur Führung im Namen des Staates und zur Führung im eigenen, d. h. der Gemeinde Namen denkbar ist, ohne daß deswegen die Selbstverwaltungsangelegenheiten ursprüngliche Aufgaben der Gemeinde zu sein brauchen.

PREUSS¹⁾ sieht den Grund dafür, daß wir heute so wenig geneigt seien, ein Grundrecht auf Selbstverwaltung anzuerkennen, darin, daß wir den Inhalt der Lebensfunktionen der Gemeinden nicht aus ihrem natürlichen Inhalt, sondern aus der de lege lata gezogenen Grenzlinie in den Kompetenzbestimmungen der positiven Rechtsordnung aufsuchen. Bezeichnend genug ist, daß er selbst zugibt²⁾, daß tatsächlich die Kommunen sich vielfach als Trabanten des Staates zeigen und daß auch die Gesetzgebung sich heute die der seinigen gegenteilige Anschauung zu eigen gemacht habe. Für die Theorie aber sei das nicht bindend.

Sieht man von dem sich hier zeigenden inneren Widerspruch in PREUSS' Ausführungen ab, welche einmal betonen, daß der Staat nur den einzelnen Institutionen bereits immanentes Recht, nicht aber Recht aus dem Nichts schaffe, welche dann aber zugestehen, daß das geltende Recht manchmal anders verfare, so ergibt sich aus Vorstehendem m. E. der Kardinalpunkt der weitaus meisten Meinungsverschiedenheiten über den Begriff der Selbstverwaltung: er beruht letzten Endes auf der Verschiedenheit der Vorstellung von den Aufgaben der Rechtswissenschaft.

M. E. ist es Aufgabe der Rechtswissenschaft, das positive Recht eines Staates zunächst als etwas Gegebenes hinzunehmen³⁾. Hier liegt das Material, das nun in logischer Form zu verarbeiten ist. Der Jurist geht den umgekehrten Weg wie der Mathematiker. Dieser stellt gewisse Prämissen (Axiome) auf und errichtet nun unter Anwendung der Gesetze der Logik ein ganzes Gebäude, das er bis in die kleinsten Feinheiten auszubauen vermag; als Beweis diene die Euklidische und die von LOBATSCHESKY und BOLYAI entwickelte nichteuklidische Geometrie, von denen jede eine eigene Geometrie bildet, nur weil von verschiedenen Grundvoraussetzungen hinsichtlich des Parallelenaxioms aus-

1) Amtsrecht, S. 136. 2) PREUSS: Gemeinde, Staat usw., S. 225.

3) Richtig ist, wenn BORNHAK (Staatsrecht, Bd. 2, S. 103, Anm. 8) ausführt: Ein Rechtsinstitut sei nur auf Grund der Bestimmungen des positiven Rechtes zu charakterisieren. Die Behauptung, ein positiver Rechtssatz widerspreche der Natur eines Rechtsinstituts, sei ein Widerspruch in sich selbst. Liege ein solcher Zwiespalt wirklich vor, so habe man es nicht mehr mit einem Rechtsinstitute, sondern mit einem Gebilde der Rechtsphilosophie zu tun.

gegangen wird. In der Rechtswissenschaft dagegen liegt das Ergebnis, das gesamte Recht eines Staates, fertig vor; der Jurist hat daraus im Wege deduktiver Methode die Grundsätze und Formeln herauszusuchen, auf denen das Recht dieses Staates beruht. Diese Formeln sind das, was der Praktiker braucht, um nun das Recht auf die einzelnen Fälle des Lebens anzuwenden. Die Wissenschaft hat die Aufgabe, durch immer zunehmende Verfeinerung ihrer Methoden schließlich das gesamte Rechtsgebäude auf möglichst wenige, aber allumfassende Formeln zu bringen. Ein Beispiel für Versuche nach dieser Richtung bildet die Herausarbeitung von Rechtssätzen, die für das öffentliche und private Recht gleichermaßen gelten.

Bei dem Aufsuchen der Grundelemente des Rechts muß das Ergebnis eines völligen Einklanges zwischen Prinzip und wirklich geltendem Recht erstrebt werden. Nur dort, wo sich wirkliche Widersprüche innerhalb des Rechtsgebäudes zeigen, sind sie als solche zu kennzeichnen und ist vom Gesetzgeber ihre Beseitigung zu fordern. Solche Widersprüche sind schon deshalb möglich, weil das Recht ständig im Flusse ist und bald nach dieser, bald nach jener Richtung verändert wird. Sie können auch durch parlamentarische Kompromisse oder durch Zufallsmajoritäten selbst bei Abstimmung über ein und dasselbe Gesetz entstehen.

Grundsätzlich aber darf man einen Widerspruch innerhalb des Rechtsgebäudes nicht eher annehmen, bevor man nicht genau geprüft hat, ob nicht der gefundene Grundsatz oder Begriff in Wirklichkeit doch kein Element unserer Rechtsordnung ist. Nicht ein Idealrecht soll konstruiert werden, sondern die Erforschung des geltenden Rechts wird von der Rechtswissenschaft verlangt. Wenn PREUSS¹⁾ hierzu spottend bemerkt, daß man dann zu einer eigenen Jurisprudenz für das Land REUSS käme, so ist das theoretisch richtig. Es gibt ja auch in jedem Lande eigene Juristen. Daß freilich praktisch die Verhältnisse vielfach anders liegen, hat seine Ursache darin, daß wir trotz mannigfaltiger Verschiedenheiten auf wichtigen Gebieten in Deutschland heute ein einheitliches Recht haben, daß m. a. W. die Jurisprudenz von Anhalt und anderer Kleinstaaten von der der übrigen deutschen Länder so wenig abweicht, daß wir in weitem Umfange — z. B. auf den Gebieten des Zivil- und Prozeßrechts — schon von einer einheitlichen deutschen Jurisprudenz sprechen können, eine Tatsache aber, die ebenso sehr auf äußeren Gründen beruht, wie die, daß es für Deutschland, Rußland und Frankreich eben kein einheitliches Recht und damit keine einheitliche Rechtswissenschaft gibt.

PREUSS sieht die Aufgabe der Rechtswissenschaft darin, das geltende Recht zu kritisieren. Das ist insoweit richtig²⁾, als sich die Kritik, wie gezeigt, auf innere Widersprüche desselben Rechtsgebäudes gründet, unklare Begriffe klärt und schief ausgedrückte Gedankengänge zu korrigieren sucht. Tatsächlich aber will PREUSS mehr. Er kritisiert das

¹⁾ Amtsrecht, S. 144.

²⁾ Insoweit treffen also die Argumente, die PREUSS (Amtsrecht, S. 144ff.) gegen die Positivisten, insbesondere gegen NEUKAMP vorbringt, nicht zu.

Recht, indem er selbst einen Idealmaßstab aufstellt, an dem nun gemessen wird, ob eine Rechtsinstitution für zu schwer oder zu leicht befunden wird. Damit überschreitet er die Grenzen, die der Rechtswissenschaft gesteckt sind und vermengt in unzulässiger Weise die induktive und deduktive Methode.

Freilich deutet PREUSS unbewußt einen gerade auf unserem Gebiete besonders deutlich hervortretenden Mangel an. Bei fast allen parlamentarischen Verhandlungen kann man beobachten, daß eine wissenschaftlich durchgearbeitete Rechtspolitik fehlt, auf deren Grundlage sich im Einzelfalle die von einer Partei zu erhebenden Forderungen nach der programmatischen Einstellung der betreffenden Partei für sie selbst feststellen, für die anderen voraussehen läßt. Man kann nicht, wie das manche Politiker wollen, unser Recht dadurch gewissen Zwecken dienstbar machen, daß man irgendeinen Gedanken in ein Gesetz hineinflickt und ihn dann den Wählern als Ergebnis präsentiert. So liefert man Stückwerk und zerreißt die Einheitlichkeit der Rechtsordnung mit dem Ergebnis, daß sie sich mit dem Rechtsgefühl in Widerspruch setzt und der innere Zusammenhang zwischen Recht und Volk verloren geht. Für innere Widersprüche hat die Bevölkerung in der Regel ein feines Empfinden.

Eine Rechtspolitik als Wissenschaft hat systematisch bestimmte Axiome, die ihr von den einzelnen Weltanschauungen geliefert werden, induktiv, also umgekehrt wie die theoretische Rechtswissenschaft, zu einem Rechtsgebäude zu verarbeiten und dieses mit dem bestehenden zu vergleichen. Aus dem Vergleich wird sich ergeben, welche Rechtsänderungen vom Standpunkt der einzelnen politischen Richtungen erwünscht, welche unerwünscht sind. So würde eine Erforschung des Rechts unter derartigen Gesichtspunkten zeigen, welche bedeutsamen Änderungen auf allen Rechtsgebieten die z. B. vom Sozialismus theoretisch aufgestellten Forderungen für die Gestaltung der einzelnen Gesetze nach sich ziehen und wie andererseits das gesamte Rechtsgebäude ein anderes Aussehen erhalten würde, wenn es auf der Basis christlicher Weltanschauung errichtet wird. Die Ursache all der Abweichungen, die sich dann ergeben würden, liegt nicht in der Methode, die stets auf Schlußfolgerungen aus gegebenen Prämissen beruht, sondern in der Verschiedenheit einiger weniger Prämissen, deren klare Herausarbeitung bis heute weder von der Wissenschaft noch von den einzelnen politischen Richtungen versucht worden ist. Hier liegt m. E. für eine wissenschaftliche Rechtspolitik ein bisher noch kaum beackertes Feld, auf welchem die — freilich nur *cum grano salis* zum Vergleiche heranziehbare — Volkswirtschaftspolitik unter anderen Gesichtspunkten bereits recht brauchbare Ergebnisse erzielt hat.

Mag daher PREUSS' Standpunkt rechtspolitisch haltbar sein, so ist doch seine Auffassung als eine über die Grenzen der eigentlichen Rechtswissenschaft hinausgehende Kritik abzulehnen, indem von ihm ohne Not ein gar nicht vorhandener innerer Widerspruch des geltenden Rechts konstruiert und behauptet wird.

Das positive Recht kennt keine ursprünglich eigenen Rechte der Gemeinden. Wenn es also gewisse örtliche Angelegenheiten nicht der Selbstverwaltung der Gemeinden überläßt, so kann man über die Zweckmäßigkeit dieser Regelung verschiedener Meinung sein, rechtlich aber ist dagegen nichts einzuwenden. Dabei sei noch darauf hingewiesen, daß man zur Feststellung dessen, was „örtliche“ Aufgaben sind, schließlich doch auf das positive Recht angewiesen ist, worauf noch unten näher einzugehen sein wird. —

bb) Wenn aber auch den Gemeinden ein ursprüngliches eigenes Recht nicht zusteht, so könnte ihnen doch noch ein eigenes Recht vom Staate verliehen worden sein. Während einige Schriftsteller, wie wir sahen, annehmen, daß die Aufgaben, die Objekt der Selbstverwaltung sind, stets staatliche seien, fassen sie andere zwar als eigene Angelegenheiten der Selbstverwaltungskörper, aber vom Staate abgeleitete, auf. Bei diesen sich gegenüberstehenden Ansichten handelt es sich m. E. regelmäßig um gegenseitige Mißverständnisse. Beide Meinungen sind innerlich verwandt und haben einen richtigen Kern.

Von vornherein abzulehnen ist die Ansicht von GAREIS, wonach Gegenstand der Selbstverwaltung nur staatliche, also fremde Angelegenheiten seien. Zwar beweist PREUSS¹⁾, wenn er diese Ansicht mit der Bemerkung „canis de non canendo“ abzutun sucht, daß er den Gedankengang, der dieser Meinung zugrunde liegt, nicht recht verstanden hat und enthebt sich damit der Berechtigung, Kritik daran zu üben.

Die Anhänger der Auffassung von dem staatlichen Charakter der Selbstverwaltungsangelegenheiten gehen davon aus, daß eigene Hoheitsrechte der Gemeinde mit der Einheit des Staates und seiner Gewalt unvereinbar seien²⁾, daß im modernen Staate alle öffentliche Verwaltung an sich staatlich sei und der Staat lediglich die Ausübung gewisser Verwaltungszweige den Gemeinden zur Selbstverwaltung übertrage; es ständen daher den Gemeinden nur Rechte zu, die prinzipiell in die Herrschaftssphäre des Staates gehören³⁾.

Mit Recht wendet HELFRITZ⁴⁾ gegen diese Ansicht ein, daß sie Fragen des positiven Rechts mit solchen der Rechtspolitik vermenge. Sie begeht also den gleichen Fehler, der oben bereits bei PREUSS festgestellt werden mußte.

1) Amtsrecht, S. 131. — Etwas ausführlicher und in den grundlegenden Gedanken richtig widerlegt PREUSS die Ausführungen von GAREIS in „Gemeinde, Staat, Reich“, S. 72.

2) Vgl. z. B. v. MANGOLT, S. 31.

3) Vgl. JELLINEK: System, S. 263. — Daß aber auch JELLINEK daneben sehr wohl erkennt, daß die Verbände trotzdem ein eigenes, dem Staate gegenüber selbständiges, wenn auch von ihm abgeleitetes Recht haben, ergibt sich aus seiner diesbezüglichen Äußerung in der Allgem. Staatslehre, S. 642. — Richtig ist zwar, daß es ein Widerspruch in sich selbst ist, der Gemeinde einerseits eine eigene Persönlichkeit und damit einen eigenen Lebenszweck auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts zuzuschreiben und doch andererseits anzunehmen, daß sie Hoheitsrechte nur im Namen des Staates ausübe. Gemeint ist aber hier wohl „im Interesse des Staates“.

4) Grundriß, S. 9.

In Wirklichkeit liegen die Verhältnisse doch so, daß freilich der moderne Staat, nachdem er im Laufe des 16. bis 18. Jahrhunderts die Selbständigkeit der Gemeinden so gut wie ganz beseitigt und letztere zu Staatsanstalten gemacht hatte, die Unzweckmäßigkeit — nicht etwa die Unrechtmäßigkeit — dieser Regelung eingesehen und deshalb den Gemeinden eigene Rechtspersönlichkeit zuerkannt hat. Als logische Folge der Gewährung eigener Rechtspersönlichkeit erscheint aber die Zulassung der rechtlichen Möglichkeit, einen eigenen Willen zu bilden und diesen zur Ausführung zu bringen. Hierfür wieder bedarf es eigener Organe und einer eigenen Finanzverwaltung. Indem fast jede Maßnahme von finanziellen Erwägungen abhängig ist, konzentriert sich die Willensbildung durch die Organe in der Verwaltung der Gemeindefinanzen.

Es wäre ein logischer Unsinn, wenn das Gesetz bestimmen wollte: „Die Gemeinden sind Körperschaften des öffentlichen Rechts. Es ist ihnen aber verboten, eigene Organe und eigenes Vermögen zu haben.“ Gleichgültig ist aber, wie die Organisation im einzelnen aussieht und ein wie starkes Einwirkungsrecht sich der Staat darauf und auf die Finanzverwaltung der Körperschaften vorbehält.

Die Anerkennung der Gemeinden als öffentlich-rechtliche Körperschaften umschließt also logisch die Verleihung des Rechts auf eigene Organe, auf eigene Finanzverwaltung und auf Ausübung derjenigen Tätigkeiten, die sich aus der Notwendigkeit, die Organisation zu schaffen und zu erhalten, ergeben. Vom Standpunkte des Rechtssubjekts, d. h. der Gemeinde, sind diese Rechte eigene Rechte¹⁾ der Körperschaft als solcher; vom Standpunkte des Staates sind sie mittelbar — nämlich durch Schaffung der öffentlich-rechtlichen Körperschaft — von ihm abgeleitet²⁾; vom Standpunkte des außenstehenden Beob-

1) Mit Recht sucht ROSIN (Annalen 1883, S. 297f. Anmerk.) zunächst zu klären, was „eigene Rechte“ eigentlich heißt. Er meint: Eigenes Recht sei für eine Person jedes Recht, deren Subjekt sie ist. Schließt man sich dem an, so wird man füglich kaum noch bezweifeln können, daß die Gemeinden in diesem Sinne eigene Rechte besitzen. Wenn manche Schriftsteller nichtsdestoweniger die Existenz eigener Rechte der Gemeinden leugnen, so beruht das darauf, daß sie in Gegensatz stellen originäre Rechte und vom Staate abgeleitete Rechte der Gemeinde und nur die ersteren als „eigene Rechte“ bezeichnen. Sie begehen damit den Fehler, die oben (S. 21) erörterte Notwendigkeit zu verkennen, noch weiter „fremde“ und „abgeleitete eigene Rechte“ zu unterscheiden. Es handelt sich hier also genau genommen nicht um verschiedene Meinungen, als in der Hauptsache um Mißverständnisse hinsichtlich der Bedeutung des Begriffs „eigene Rechte“. — Richtig drückt sich KORMANN (Annalen 1911, S. 858) aus. — FLEINER (vgl. oben S. 12) darf m. E. an dieser Stelle nicht erwähnt werden. Die von ihm vorgenommene Scheidung beruht auf einer Trennung in Auftrags- und Selbstverwaltungsangelegenheiten. Erstere haben mit Selbstverwaltung nichts zu tun.

2) Nur diesen Standpunkt berücksichtigt SCHOEN (Kommunalverbände, S. 14); er hat recht insofern, als er die juristische Persönlichkeit nie als eigenes Recht ihres Trägers, sondern als auf dem positiven Recht beruhend auffaßt. Selbst wenn aber auch der gesamte Wirkungskreis der Gemeinden auf staatlicher Überlassung beruht und durch Staatsgesetze fixiert ist, so steht dem die Existenz eines eigenen Gemeinderechts nicht im Wege.

achters, den nicht die Entwicklung, sondern nur ihr Ergebnis interessiert, sind es eigene Rechte des Selbstverwaltungskörpers, die ebenso wie die Existenz des Verbandes als Körperschaft des öffentlichen Rechts rechtlich von der Duldung des Staates abhängig sind. Diese dreifache Betrachtungsmöglichkeit dürfte die Ursache vieler Meinungsverschiedenheiten über den Begriff der Selbstverwaltung sein.

Die öffentlich-rechtliche Körperschaft kann nun nicht Selbstzweck sein, sondern ist ja gerade vom Staate zur Erfüllung besonderer Zwecke geschaffen. Der Staat hat ihr einen bestimmten Aufgabenkreis zugewiesen, innerhalb dessen er selbst auf die Ausübung der Verwaltungstätigkeit auf gewissen Gebieten verzichtet. Würden die Gemeinden diese Aufgaben nicht durchführen, so müßte der Staat auf andere Weise für ihre Erfüllung sorgen; insofern kann man hier von Angelegenheiten sprechen, die an sich staatliche sind. Tatsächlich aber sind sie kraft positiven Rechts heute Aufgaben der Gemeinden, die ebenso wie Organbildung und Finanzverwaltung der Tatsache der Schöpfung der Gemeinden als juristischen Personen ihr Dasein verdanken. Die Gemeinden üben sie als eigene, im staatlichen Interesse geführte. Aus dem Zivilrecht sind uns ähnliche Fälle, in denen eine Person im eigenen Namen die Interessen einer anderen vertritt, ganz geläufig. Warum sollte es etwas Entsprechendes im öffentlichen Recht nicht geben?

Sonach ist m. E. die einzige Erklärungsmöglichkeit für die Art der Aufgaben der Selbstverwaltungskörperschaften eine Teilung der Gegenstände der Selbstverwaltung a) in solche, die für die Existenzhaltung der juristischen Person notwendig und daher jeder Körperschaft eigen sind¹⁾, b) in solche, die gerade zur Erfüllung der jenen Körperschaft eigentümlichen besonderen Zwecke den Gemeinden zur Führung im eigenen Namen und auf eigene Verantwortung vom Staate überlassen sind. Die Angelegenheiten der ersten Art sind eigene, weil sie der Existenzhaltung der vom Staate nun einmal geschaffenen öffentlich-rechtlichen Körperschaft dienen, die Angelegenheiten der zweiten Art sind eigene kraft staatlicher Übertragung.

Hier liegt denn auch die Grenze zwischen denjenigen eigenen Angelegenheiten, welche an sich staatliche sind und denen, welche ihrer Natur nach gar nicht unmittelbar staatliche sein können, weil sie die Existenz einer vom Staate verschiedenen Körperschaft voraussetzen. Bereits NEUWIEM²⁾, dessen oben zitierte Ausführungen verraten, daß er über die wahre Bedeutung des Begriffs „eigene Rechte“ im klaren ist, hat erkannt, daß eine solche Grenze bestehen muß, wenn er sagt: die gesetzliche Festlegung von Rechten durch den Staat in dem Sinne

¹⁾ Hier liegt das Richtige in der GIERKE-PREUSSSchen Lehre; eine juristische Person erhält mit ihrer Anerkennung als solche eo ipso eine Summe von Rechten und Pflichten. Diese stehen ihr freilich nicht von Natur aus zu, sondern verdanken ihre Entstehung der Schaffung der juristischen Person durch den Staat. Ist diese aber einmal vorhanden, so bedeutet nun eine Beschränkung ihrer Rechte einen zwar zulässigen, aber als solchen festzustellenden Eingriff des Staates mit möglichen Rückwirkungen auf die Existenz der juristischen Person.

²⁾ Zweckverbände, S. 5f.

der Gewährung einer Bewegungsfreiheit für das Subjekt innerhalb der gesetzlichen Sphäre bedeute nicht immer ein Ausscheiden einzelner Befugnisse aus der Rechtssphäre des Staates und einen Übergang dieser auf andere Subjekte; insbesondere werde häufig übersehen, daß die Gemeinden auch wirtschaftliche Funktionen hätten.

Da beide Arten von eigenen Angelegenheiten von einer der Herrschaftsgewalt des Staates unterliegenden Persönlichkeit ausgeübt werden, kann der Staat hier wie überall innerhalb seines Machtbereiches durch seine Gesetzgebung eingreifen. Dabei unterscheiden sich aber beide Arten von Angelegenheiten dadurch, daß bei den letzteren die Eingriffsmöglichkeiten unbeschränkt sind und hier jederzeit eine andere Grenzziehung möglich und juristisch unbedenklich ist, solange nur ein Rest von Aufgaben verbleibt. Bei den die Existenz der juristischen Personen berührenden Angelegenheiten heben allzu weitgehende Eingriffe schließlich das Ergebnis, das durch Schaffung einer öffentlich-rechtlichen Persönlichkeit erzielt werden soll, wieder auf und erschweren mindestens die Erfüllung der Aufgaben jener anderen Art. Hier kann daher der Staat, will er nicht die juristische Persönlichkeit des Selbstverwaltungskörpers ganz beseitigen, nicht beliebig weit gehen.

Ausdrücklich hervorzuheben ist noch, daß die hier gemachte Unterscheidung ihre Hauptbedeutung für die verschiedene gesetzgeberische Behandlung beider Arten von Aufgaben hat und einen Einblick in den wahren Grund der verschiedenen Auffassungen gewährt, während natürlich nicht behauptet werden soll, es gäbe eine öffentlich-rechtliche Körperschaft, die nicht Aufgaben beider Arten zu erfüllen hätte.

Es haben also ROSIN, HELFRITZ, BÜHLER und v. BLUME mit ihrer Anerkennung von eigenen Angelegenheiten als Gegenstand der Selbstverwaltung recht; freilich erkennen sie nicht klar die Verschiedenheit, die innerhalb der beiden Arten von Angelegenheiten hinsichtlich ihrer rechtlichen Natur besteht. GIERKE und, in verzerrter Weiterbildung seiner Lehre, PREUSS sehen offenbar nur die eine Art, LABAND, RÖNNEN-ZORN, HAENEL, SCHOEN¹⁾ und andere nur die andere Art, wobei letztere vielfach noch außer acht lassen, daß von Natur aus staatliche Aufgaben sehr wohl öffentlichen Körperschaften zur Erledigung als eigene überlassen werden können.

Die Feststellung der Tatsache, daß die einzelnen Aufgaben, die theoretisch beliebig zwischen Staat und Gemeinde verteilt werden können, ursprünglich staatliche und nicht gemeindliche sind, gewinnt eine praktische Bedeutung bei Zuständigkeitsstreitigkeiten, wenn nämlich zweifelhaft ist, ob eine Aufgabe vom Staate oder als Selbstverwaltungsangelegenheit von den Gemeinden zu erledigen ist. Die Vermutung spricht stets für die Zuständigkeit des Staates, wobei freilich der positivrechtlich festgelegte Grundsatz²⁾ zu beachten ist, daß die Ge-

¹⁾ SCHOEN (Kommunalverbände, S. 8) rechnet zwar zu den Aufgaben des Selbstverwaltungskörpers die auf seine wirtschaftliche Erhaltung gerichtete Tätigkeit, unterscheidet sie aber nicht von den übrigen Aufgaben.

²⁾ Vgl. z. B. § 6 Abs. 1 östl. LGO.; OVG. Bd. 12, S. 158.

meinden alle diejenigen Angelegenheiten zur eigenen Erledigung übernehmen dürfen, die nicht schon einer anderen Stelle gesetzlich übertragen sind; im letzteren Falle muß aber eine solche Übernahme ausdrücklich erfolgt sein.

cc) Aus dem Vorstehendem ergibt sich: Diejenigen eigenen Angelegenheiten, welche aus der Verleihung der juristischen Persönlichkeit an die Gemeinden als deren notwendige Folge entspringen, finden sich bei allen Körperschaften des öffentlichen Rechts wieder — auch beim Staate und beim Reiche —; sie bilden also kein wesentliches Unterscheidungsmerkmal der Selbstverwaltungskörper; sie sind zwar für die Gemeinden als öffentlich-rechtliche Verbände von Bedeutung, nicht aber für den Begriff der Selbstverwaltung¹⁾. Die übrigen eigenen Angelegenheiten beruhen ihrer Art und ihrem Umfange nach lediglich auf dem positiven Recht, welches die Selbstbeschränkung des Staates innerhalb seines von Natur aus allumfassenden Aufgabenkreises festlegt; unter ihnen gibt es daher keine Angelegenheiten, die stets und notwendig Selbstverwaltungsaufgaben sind²⁾. Daraus folgt, daß das Objekt, die zu verwaltenden Angelegenheiten nicht Wesensmerkmal der Selbstverwaltung sein können und daß alle darauf abstellenden Ansichten abzulehnen sind.

Auch der von v. KÖNIG aufgestellte Begriff der materiellen Selbstverwaltung wird damit hinfällig, ganz abgesehen davon, daß bei der hier schon jetzt herrschenden Verwirrung die Bildung eines weiteren Selbstverwaltungsbegriffs außerordentlich unzweckmäßig ist.

c) Wie das Beispiel der im 7. Kapitel näher zu erörternden Auftragsangelegenheiten beweist, ist nicht jede Tätigkeit der Gemeinden und sonstigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften Selbstverwaltung; es muß also zu dem im Subjekt der Selbstverwaltung liegenden Merkmal noch ein anderes hinzukommen. ROSIN, v. KÖNIG u. a. sehen dies in dem Mittel.

Nun wird man aber nicht die Schaffung von Organen oder die eigenen Rechte — besser wohl: die Ausübung der eigenen Rechte — der betreffenden Gesamtpersönlichkeit als das Mittel der Selbstverwaltung ansehen können. Erstere ist schon Verwaltung, unter Umständen ein wenn auch kleiner Teil dieser Selbstverwaltung, also nicht bloß Mittel. Letztere besagt in Wirklichkeit überhaupt nichts über das Mittel, sondern geht letzten Endes wieder auf das Merkmal des Subjekts der Selbstverwaltung zurück³⁾.

¹⁾ Von dieser ersten Art der eigenen Angelegenheiten wird im 5. und 6. Kapitel näher zu sprechen sein.

²⁾ Von dieser zweiten Art eigener Angelegenheiten, den eigentlichen Selbstverwaltungsangelegenheiten, soll im 7. Kapitel noch näher die Rede sein.

³⁾ Was ROSIN hier meint, geht nicht etwa auf das Objekt zurück. Er nimmt an, der Selbstverwaltungskörper sei zur Durchführung seiner Aufgaben mit besonderen Rechten ausgestattet. Diese Rechte aber ergeben sich aus der Verleihung der Rechte einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft eo ipso, dürfen daher, wenn diese Eigenschaft schon als Begriffsmerkmal aufgestellt ist, nicht nochmals in der Form des Mittels als weiteres Merkmal aufgeführt werden.

d) Wohl aber scheint mir in der Form der Verwaltung ein notwendiges Merkmal zu liegen. Sicher ist für den Selbstverwaltungs-begriff des preußischen Rechts¹⁾ wesentlich, daß die Verwaltung unter alleiniger Verantwortung der betreffenden Körperschaft geführt wird und daß ein Anweisungsrecht von außen her, insbesondere seitens des Staates fehlt.

Fraglich ist, ob es sich hierbei nur um einen regelmäßigen Reflex der Selbstverwaltung oder um ein wirkliches Wesensmerkmal handelt. Für das Fehlen des Anweisungsrechts wird man das erstere annehmen müssen. Das Wesentliche der Anweisung liegt darin, daß der Angewiesene die Rechtspflicht hat, so zu handeln, wie der Anweisende befiehlt. Läßt man das Anweisungsrecht zu, so ist die eigene Verantwortung des Selbstverwaltungskörpers nicht mehr zu halten. Denn es ist unmöglich, jemanden dafür verantwortlich zu machen, was er auf Befehl eines anderen tun mußte. Tragung der Verantwortung durch den einen und Existenz eines Anweisungsrechtes eines anderen können in den gleichen Angelegenheiten logisch nicht nebeneinander bestehen.

Die eigene alleinige Verantwortlichkeit des Selbstverwaltungskörpers aber läßt sich aus einem anderen der bisher festgestellten oder sonst in Betracht kommenden Merkmale des Selbstverwaltungs-begriffs nicht ableiten. Ohne sie ist Selbstverwaltung undenkbar. Würde eine andere Stelle die Verantwortung für den durch seine Organe tätig werdenden Selbstverwaltungskörper übernehmen, so wäre dessen Verwaltung letzten Endes doch keine eigene mehr und verdiente nicht den Namen „Selbstverwaltung“. Die Wirkung dieses Merkmals äußert sich heute darin, daß in Selbstverwaltungsangelegenheiten kein Minister dem Landtage gegenüber die Verantwortung trägt, dieser sich also stets darauf berufen kann, daß für Erledigung der Selbstverwaltungsangelegenheiten, solange nicht die gesetzlich festgelegten Voraussetzungen für ein Einschreiten der Staatsaufsicht gegeben sind, nur die betreffende Körperschaft und ihre Organe verantwortlich seien und eine Einwirkung auf diese gesetzlich unzulässig sei.

Es wird also tatsächlich das Moment der eigenen Verantwortung der Selbstverwaltungskörperschaft als notwendiges Begriffsmerkmal anzusehen sein.

¹⁾ Was im übrigen NEUKAMP (Arch. f. öff. Recht, Bd. 4, S. 382ff.) gegen die Ansicht ROSINS geltend macht, beruht m. E. auf einem Mißverständnis und trifft nicht den Kern der Sache. Gewiß ist es falsch, die Selbstverwaltung als den Zustand der anerkannten Rechtspersönlichkeit im Gegensatz zur Möglichkeit der Aberkennung zu bezeichnen; denn der Gegensatz wäre nicht der Zustand der Möglichkeit, sondern der nicht anerkannten Persönlichkeit. Ich vermag aber nicht einzusehen, daß ROSIN etwa anderer Meinung ist.

Vom Standpunkte des preußischen Rechts, aus welchem sich die hier vertretene Ansicht m. E. unzweifelhaft ergibt, liegt in der Württembergischen Gemeindeordnung vom 28. Juli 1906 insofern ein Widerspruch, als sie in Art. 8 die Ortspolizei zur Selbstverwaltungsangelegenheit der Gemeinden erklärt, in Art. 194 aber ein weitgehendes Anweisungsrecht zuläßt. M. E. ergibt sich hieraus, daß der Ausdruck „Selbstverwaltung“ in den einzelnen Ländern nicht genau dasselbe bezeichnet.

e) Was nun sonstige, in der Literatur sich findende Merkmale angeht, so sind sie m. E. sämtlich nicht brauchbar.

E. MAYER hat mit Unrecht das Merkmal des Anschlußzwangs in seine Definition aufgenommen. Wir kennen Selbstverwaltungskörper (z. B. Zweckverbände, gewisse Arten von Wassergenossenschaften), die auf freiwilligem Zusammenschluß der Beteiligten beruhen.

Schließlich kommt es auch auf den Zweck nicht an, wie offenbar FLEINER irrtümlich annimmt; Selbstverwaltung ist gewiß nicht Selbstzweck, sondern dient wie jede andere öffentliche Verwaltung den allgemeinen Staatszwecken¹⁾. Faßt aber etwa FLEINER, was kaum anzunehmen ist, das Zweckmoment in dem Sinne auf wie BERNATZIK²⁾ bei seiner Definition der juristischen Person, will er also letzten Endes nur sagen, daß auch der Selbstverwaltungskörper, wie jede juristische Person einen Zweck hat, so ist das zwar nicht unrichtig, gehört aber nicht in die Begriffsbestimmung der Selbstverwaltung, da in der Verschiedenheit des Zwecks im Vergleich zu anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere zum Staate, kein Unterscheidungs- oder nicht sonst schon in der Definition enthaltenes Gattungsmerkmal liegt.

Wohl die beste, wenn auch nicht ganz einwandfreie Begriffsbestimmung liefert HERRNRIT. Sein Fehler liegt einmal in einer unnötigen Komplizierung der Ausdrucksweise, dann aber darin, daß er, wie oben gezeigt, seine eigene Definition nicht folgerichtig durchführt.

III. Aus vorstehender Kritik der in der Literatur vertretenen Ansichten ergeben sich die wesentlichen Merkmale, die in dem Begriff der Selbstverwaltung liegen. Nach meiner Ansicht hat man heute unter dem juristischen Begriffe der Selbstverwaltung zu verstehen **eine sich im Rahmen der Reichs- und Staatsgesetze abspielende Tätigkeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts — außer von Reich und Staat —, kraft deren diese Verbände Aufgaben, welche weder solche der Rechtsprechung noch der Rechtsetzung sind, unter eigener Verantwortung erfüllen.**

a) Überprüft man die einzelnen Merkmale, so ist zunächst festzustellen, daß jede Selbstverwaltung eine Verwaltung sein muß, d. h. im weitesten Sinne eine Tätigkeit zur Erfüllung von Aufgaben, die weder auf dem Gebiete der Rechtsprechung noch der Rechtsetzung liegen. In diesem Zusammenhange genügt eine negative Bestimmung des Wortes „Verwaltung“³⁾.

Wichtig ist jedenfalls, daß zunächst jede Form der Rechtsprechung von vornherein ausscheiden muß. Diese Ansicht wird fast allgemein⁴⁾ anerkannt.

¹⁾ Vgl. LUTHER i. Zukunftsaufgaben, S. 32.

²⁾ Arch. f. öff. Recht. Bd. 5, S. 233 ff.

³⁾ Eine Definition des materiellen Begriffs der Verwaltung vgl. in meiner Arbeit über „Verwaltungswidrigkeit und Polizeiwidrigkeit und ihre Beziehungen zur Rechtswidrigkeit“ Münster, Diss. 1921, S. 102 ff.; doch sind die Streitfragen, die dieses Problem in sich birgt, hier belanglos.

⁴⁾ Anderer Meinung ist anscheinend PREUSS (Festgabe f. Laband, Bd. 2, S. 223). — Die Ausführungen GIERKES (Genossenschaftsrecht I, S. 751) sind m. E.

Aber auch jede Art der Rechtsetzung liegt außerhalb des Begriffs der Selbstverwaltung.

Über die dahin zusammenfassende Frage, ob die Autonomie ein Bestandteil der Selbstverwaltung sei, herrscht Streit. Hierbei ist es gänzlich gleichgültig, ob innerhalb der gleichen staatlichen Rechtsordnung¹⁾ der Staat der alleinige Schöpfer allen Rechtes ist²⁾.

„Autonomie“ heißt die Befugnis eines Verbandes, der nicht Staat ist, selbst Recht zu setzen³⁾. Unter Autonomie kommunaler Verbände, die ja für die vorliegende Arbeit zunächst in Betracht kommt, ist mit BLODIG⁴⁾ zu verstehen das Recht, überhaupt in Angelegenheiten ihres Wirkungskreises allgemein verbindliche Normen zu erlassen. Da PREUSS schon die Selbstrechtsprechung wenigstens begrifflich unter die Selbstverwaltung rechnet, muß er es hinsichtlich der Autonomie erst recht tun. Er kommt dazu dadurch, daß er in den Selbstverwaltungs-begriff die Herrschaft als das Wesensmerkmal der Gesamtperson hineinverlegt und nun wieder als einen Bestandteil der Herrschaft die Selbstgesetzgebung annimmt⁵⁾. BRUNNER⁶⁾ hält umgekehrt in der

nicht so zu verstehen, als ob er die Selbstverwaltung der Gemeinden auch auf die Rechtsprechung ausgedehnt wissen will. Selbst wo noch Reste einer Rechtsprechungsbefugnis der Gemeinden (z. B. in den Dorfgerichten) vorhanden sind, handelt es sich jedenfalls nicht um einen Ausfluß der Selbstverwaltung.

*) Davon ist wieder zu unterscheiden die Frage: Gilt innerhalb des staatlichen Gebiets überhaupt nur staatlich anerkanntes Recht? Diese Frage ist sicher zu verneinen, wie das Beispiel des kanonischen Rechts beweist, das, obwohl es teilweise die gleichen Gebiete regelt wie das staatliche Recht (z. B. Ehe-recht), neben letzterem in vollem Umfange gilt und von denjenigen, die es angeht, auch durchweg anerkannt wird. Tritt es mit dem staatlichen Rechte in Konflikt, so geht dieses nicht etwa vor, sondern der Vorrang muß in einer Machtprobe erstritten werden. — Hier kommt nur der Bereich der deutsch-preußischen staatlichen Verwaltung in Betracht.

*) Wenn auch zuzugeben ist, daß in der Rechtsgemeinschaft Staat diesem als der höchsten normsetzenden Instanz einer nach persönlichen Gesichtspunkten abgegrenzten menschlichen Gemeinschaft alle übrigen Normsätze untergeordnet sind (vgl. WENZEL: S. 176), so gibt es doch außer dem Staat noch andere rechtsetzende Faktoren. Unzweifelhaft bestehen im Staate von diesem anerkannte und mit der Rechtsetzungsbefugnis ausgestattete Verbände (vgl. z. B. § 2 des Ges. über die Regelung der Selbständigkeitsrechte der Provinz Oberschlesien vom 25. 7. 1922; FLEINER: S. 78). Aber die Autonomie kann nur insoweit Rechtsquelle sein, als es dem Willen des Staates entspricht. Anders beim Gewohnheitsrecht, das mit und ohne ausdrückliche Anerkennung in jedem Staate mehr als eine bloß „dekorative Rolle“ spielt (vgl. SPIEGEL S. 35, PUCHTA: S. 142f.) und den Beweis dafür liefert, daß nicht der Staat und erst recht nicht nur die Organe der gesetzgebenden Gewalt die alleinigen Schöpfer staatlichen Rechtes sind (vgl. GIESKER-ZELLER: S. 70).

Es ist daher insoweit eine längst erfüllte Forderung, die GIERKE (Genossenschaftsrecht, S. 762) stellt, wenn er sagt: Der Staat muß darauf verzichten, die alleinige Quelle objektiven Rechts zu sein.

3) GIERKE: Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 142.

4) Selbstverwaltung, S. 16; ähnlich KINNE: Provinzialautonomie, S. 18 und KIESSLER: S. 14.

5) PREUSS: in Festgabe f. Laband, Bd. 2, S. 222f.

6) Vgl. i. Holtzendorffs Rechtslexikon S. 218. Ähnlich auch v. GERBER: S. 59, Anm. 6.

Autonomie die Selbstverwaltung für inbegriffen. Neuerdings spricht KIESSLER¹⁾ im Anschluß an eine in den Verhandlungen der Preußischen Landesversammlung über die preußische Verfassung üblich gewordene Ausdrucksweise von einer legislativen und einer administrativen Autonomie; er glaubt damit der Gesetzessprache der Preußischen Verfassung (Abschn. VIII) zu folgen.

Die gegenteilige Meinung, die Autonomie und Selbstverwaltung für zwei wesensverschiedene Begriffe hält, ist als herrschende zu bezeichnen²⁾. So führt LABAND aus, daß die Begriffe der Selbstverwaltung und der Autonomie zwar analog seien und daher nicht selten zusammengefallen würden. Autonomie sei im juristischen Sinne immer eine gesetzgebende Gewalt.

Dieser letzten Ansicht ist zuzustimmen. Ganz abgesehen von der eigentlichen Wortbedeutung besteht gar kein Bedürfnis, den schon an sich unklaren Selbstverwaltungsbegriff durch unnötige Ausdehnung noch mehr zu verwirren. Wenn man überhaupt unter Autonomie Rechtsetzung versteht, so liegt darin schon allein ein Gegensatz zur Selbstverwaltung. Denn Selbstverwaltung ist eben Verwaltung, und damit ist schon begrifflich Rechtsetzung ausgeschlossen. Auch der Wortlaut der preußischen Verfassung zwingt nicht zu einer anderen Terminologie, insbesondere nicht zur Bildung des Begriffs „administrative Autonomie“. Erst recht vermag PREUSS durch die willkürliche Heranziehung des Begriffs „Herrschaftsrecht“ und seine Ausdeutung keine Klärung der Begriffe herbeizuführen.

Die Autonomie zur Selbstverwaltung verhält sich daher wie die Gesetzgebung zur Verwaltung³⁾. Beide Begriffe schließen einander aus, bedeuten etwas Verschiedenes, können aber sehr wohl bei ein und derselben öffentlich-rechtlichen Körperschaft nebeneinander vorkommen.

b) Welcher Art die zu erfüllenden Aufgaben sind, ist, wie bereits oben erörtert, ohne Bedeutung. Es fallen also hierunter sowohl diejenigen Angelegenheiten, die der Körperschaft vom Staate zur Erledigung überlassen sind, als auch solche, die lediglich ihrer Konstituierung und Erhaltung als öffentlich-rechtlicher Körperschaft dienen. Ob es sich dabei um wirtschaftliche, auf dem Gebiete des Privatrechts liegende oder öffentlich-rechtliche Geschäfte handelt, ist belanglos. Daß vielfach Herrschaftsrechte ausgeübt werden, beruht darauf, daß die Erledigung der überlassenen staatlichen Aufgaben die Bewidmung mit diesen Rechten regelmäßig voraussetzt.

c) Schon aus dem Begriffe der Verwaltung ergibt sich und ist daher in die Begriffsbestimmung der Selbstverwaltung mit aufzunehmen,

¹⁾ S. 16.

²⁾ Vgl. z. B. LABAND: Staatsrecht, Bd. I, S. 106; HATSCHKE: Selbstverwaltung, S. 75; KINNE: Autonomie, S. 12ff.

³⁾ Wenn BLODIG (S. 15) in der Autonomie eine Ergänzung der Selbstverwaltung sieht, so mag das hingehen; notwendige Beigabe jeder mit dem Selbstverwaltungsrecht ausgestatteten Körperschaft, wie BLODIG und HAENEL (Verwaltungsrecht, S. 136) annehmen, ist sie aber nicht.

daß es sich um eine im Rahmen der Reichs- und Staatsgesetze auszuübende Tätigkeit handelt.

Die Grenzen der Selbstverwaltung liegen daher regelmäßig in den Reichs- und Staatsgesetzen. Am wichtigsten sind für die Selbstverwaltung diejenigen, welche sich mit der Kommunalaufsicht befassen; sie bilden aber keineswegs die einzige Schranke¹⁾.

Wenn heute vielfach über Eingriffe in die Selbstverwaltung geklagt wird, so können die diesen Klagen zugrunde liegenden Tatsachen einen doppelten Grund haben: entweder man meint damit die Verschiebung der gesetzlichen Grenzen der Selbstverwaltung sowohl in materieller²⁾ wie formeller Hinsicht, dann gilt der Vorwurf dem Gesetzgeber. Oder man meint Eingriffe der Reichs- und Staatsverwaltung in die kommunale Selbstverwaltung. Im ersten Falle wendet man sich gegen eine Beschränkung der Selbstverwaltung, im zweiten Falle liegt der Ton auf der Selbstverwaltung. Eine Grenzveränderung der ersten Art ist juristisch gewöhnlich nicht zu beanstanden, Beschränkungen der zweiten Art stellen Rechtsverletzungen dar, weil die Selbstverwaltung sich innerhalb der gesetzlichen Grenzen frei betätigen darf. Diese rechtliche Verschiedenheit verlangt eine scharfe Trennung beider Fälle.

Von rechtswidrigen Eingriffen, die also schon *de lege lata* bekämpft werden können, hat man überall dort zu sprechen, wo die Staatsverwaltung die Tätigkeit der Selbstverwaltungskörper ohne gesetzliche Ermächtigung behindert. So fällt jede den gesetzlichen Rahmen überschreitende Aufsichtstätigkeit hierher. Wenn daher z. B. eine Entschließung der westfälischen kreisangehörigen Städte vom 24. Oktober 1924 sich gegen die Eingriffe der Aufsichtsbehörden wendet³⁾, so kann sie — vorausgesetzt, daß die der Entschließung zugrunde liegenden Tatsachen zutreffen, — mit Recht eine Verletzung des Selbstverwaltungsrechts geltend machen. Eine Beschränkung der Selbstverwaltung würde eine Großstadt vielleicht auch darin erblicken können, wenn sie eine Inhaberanleihe ausgeben will und die Minister des Innern und der Finanzen trotz erfolgter Genehmigung durch den Bezirksausschuß, anstatt sich auf die Fragen der Aufnahmefähigkeit des Anleihe- markts und der Feststellung des Vorhandenseins einer genügenden Sicherheit zu beschränken, nun noch die einzelnen Posten, für die die Anleihe verwendet werden soll, durchprüfen und durch eine etwaige Versagung der Genehmigung auf die Wirtschaft der betreffenden Stadt Einfluß zu gewinnen suchen würden. In allen diesen Fällen wird die Selbstverwaltung der Gemeinden durch Maßnahmen der Staatsver-

¹⁾ Unrichtig OVG. Bd. 12, S. 158, welches meint, die „Autonomie“ — es soll wohl heißen: Selbstverwaltung — der Gemeinden werde nur durch das staatliche Aufsichtsrecht begrenzt. Tatsächlich reicht auch dieses nur soweit, wie die Gesetze es zulassen.

²⁾ Da die Selbstverwaltung eine Form der Verwaltungstätigkeit bezeichnet, ist es für ihren Begriff ganz gleichgültig, welche Aufgaben ihren Gegenstand bilden (richtig ARNDT, S. 210).

³⁾ Vgl. Rundschau f. Kommunalbeamte 1924, S. 675.

waltung beschränkt. Die Staatsverwaltung dringt hier unrechtmäßigerweise über die Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung vor.

Ganz anders aber ist die Lage, wenn Reichs- oder Landesgesetze den Gemeinden Schranken ihrer Betätigungsfreiheit aufrichten.

Der Reichsstädtebund¹⁾ klagt darüber, daß eine starke Beschränkung der Selbstverwaltung dadurch eingetreten sei, daß Reichs- und Landesgesetze die frühere Freiheit der Gemeinden auf dem Gebiete der sozialen Fürsorge, des Besoldungswesens, des Steuerrechts usw. durch Vorschriften eingeengt hätten. Mögen diese Klagen berechtigt sein oder nicht, jedenfalls handelt es sich hier nur um eine Forderung de lege ferenda, welche sich auf die in den letzten Jahren erfolgte gesetzliche Abänderung der Grenzen der Selbstverwaltung, also des Rahmens bezieht, innerhalb dessen sich die Selbstverwaltung betätigen kann.

Diese Unterscheidung hat nicht nur juristische, sondern auch politische Tragweite. Nicht gegen die Selbstverwaltung richtet der moderne Gesetzgeber seine Pfeile, sondern gegen die Verwaltung überhaupt, gegen die Grenzen der freien Betätigung der Verwaltung²⁾. Unser heutiger Gesetzgeber hat das Bestreben, möglichst weitgehend alle Einzelheiten selbst zu regeln, damit nur ja alles seinen Intentionen entsprechend ausgeführt wird. Diese Sucht besteht keineswegs bloß den kommunalen Selbstverwaltungskörpern, sondern ebenso den staatlichen Verwaltungsbehörden gegenüber.

Wir haben es daher hier mit einem Problem von viel allgemeinerer Bedeutung zu tun, das gar nicht der Selbstverwaltung eigentümlich ist: die allzu weitgehende Reglementierungssucht des Gesetzgebers und der Kampf der Verwaltung hiergegen³⁾. Wenn die sich dagegen wendenden Aufrufe in erster Linie aus dem kommunalen Lager kommen, so hat das seine Gründe nicht so sehr darin, daß die Selbstverwaltungskörper am härtesten betroffen sind, sondern daß sie rührige Organisationen haben und daß ihre Beamten den gesetzgebenden Körperschaften gegenüber unabhängig sind.

Tatsächlich aber besteht in dieser Beziehung gar kein Gegensatz zwischen den Wünschen von Staats- und Selbstverwaltung, sondern eine gemeinsame Front gegen den Gesetzgeber; die Erkenntnis ihres Vorhandenseins wird den Kampf beiden Teilen erleichtern.

Sachlich wird man sich m. E. auf die Seite der Verwaltung zu stellen

¹⁾ Vgl. die Ausführungen seines Geschäftsführers Dr. HAEKEL auf der Mitgliederversammlung am 12. 9. 1924 (Kommunale Rundschau Bd. 17, S. 197).

²⁾ Auch wo es sich um eine durch Gesetz erfolgende Zuständigkeitsverschiebung von den Gemeinden auf Staat oder Reich handelt, ändert das Gesetz die Grenzen der Selbstverwaltung, ohne in der Regel dadurch diese Tätigkeitsform, die wir Selbstverwaltung nennen, als solche irgendwie zu beschränken.

³⁾ In ihren letzten Gründen auf ähnliche Gedankengänge gehen die unitarischen Bestrebungen des Reichs den Ländern gegenüber zurück; zwar ist die Gefahr einer allzu weit gehenden Unitarisierung heute gebannt, aber in manchen Einzelheiten zeigt sich jetzt noch das Reglementierungsbestreben der Reichsgewalt gegenüber den Ländern.

haben; denn je mehr die Verwaltungsbehörden nur noch automatisch nach bestimmten Vorschriften zu handeln haben, desto stärker läßt ihr Arbeitseifer und ihre Verantwortungsfreudigkeit nach, auf denen letzten Endes der Wert und das Ansehen jeder Verwaltung und des Staates beruhen. Gerade in dieser Beziehung ist eine Erinnerung an die Zeiten vor der Stein-Hardenbergschen Reform am Platze. Wenn das Prinzip der „gesetzmäßigen Verwaltung“ eine Bindung der Verwaltungsbehörden an die Gesetze vorschreibt, so liegt es auf der anderen Seite im Interesse der Erhaltung jenes Grundsatzes, den freien Betätigungsspielraum der Verwaltung nicht zu sehr einzuengen. Gerade das demokratische Staatswesen hat zahlreiche andere Möglichkeiten als die generelle Einschränkung der Befugnisse der Verwaltung, um sich vor Kompetenzüberschreitungen wirksam zu schützen.

Wenn im folgenden von den „Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung“ die Rede ist, so werden jene durch die Gesetzgebung errichteten Schranken darunter verstanden.

d) Daß Selbstverwaltung nach geltendem preußischen Rechte nur von Körperschaften ausgeübt wird, ist bereits oben (S. 20) erwähnt. Diese Körperschaften müssen öffentlich-rechtlicher Art sein, weil nur dann ihre Tätigkeit als öffentliche Verwaltung in Betracht kommt; nur diese interessiert im vorliegenden Falle.

e) Wie schon LABAND¹⁾ richtig ausgeführt hat, setzt der Begriff der Selbstverwaltung voraus, daß die Verwaltung an sich von einer anderen übergeordneten Stelle erfolgen könnte. Als solche kommen nur Reich und Staat in Betracht. Da Staats- und Selbstverwaltung Gegensätze sind, ist für Staat und Reich entgegen der Meinung von PREUSS eine Selbstverwaltung begrifflich ausgeschlossen²⁾.

f) Welche wesentliche Rolle die eigene Verantwortung in der Begriffsbestimmung der Selbstverwaltung spielt, ist bereits anläßlich der Kritik der in der Literatur vertretenen Ansichten ausführlich erörtert worden³⁾, so daß hier darauf verwiesen werden kann.

g) Aus der gegebenen Begriffsbestimmung folgt weiter, daß Selbstverwaltung in einer Tätigkeit besteht und nicht schon an und für sich ein Recht ist. Da sich aber diese Tätigkeit in einem durch Gesetze bestimmten Raume abspielt, so ergibt sich als Reflex, daß die sich selbst verwaltenden öffentlich-rechtlichen Verbände ein Recht auf Selbstverwaltung besitzen⁴⁾. Das bedeutet alsdann, daß sie dem Staate

1) Staatsrecht, Bd. 1, S. 103.

2) PREUSS (Festgabe f. Laband, Bd. 2, S. 223f.) hält auch Reich und Staat für Selbstverwaltungskörper. Auf die Frage nach dem Wesensunterschied von Reich und Staat einerseits und Gemeinden andererseits wird im 2. Kapitel noch einzugehen sein (vgl. unten S. 56ff).

3) Vgl. oben S. 35.

4) Das ist fast allgemein anerkannt, aus logischen Gründen schon von allen denen, die ein Grundrecht der Selbstverwaltung annehmen; aber auch von anderen. Vgl. z. B. JELLINEK: System, S. 289; BERNATZIK i. Arch. f. öff. Recht, Bd. 5, S. 299; WIRKAU S. 94f.; HATSCHKE (hinsichtlich der aktivöffentlich-rechtlichen Verbände): Selbstverwaltung, S. 101ff. — Auch LABAND (Staatsrecht, Bd. 1, S. 366), der als

gegenüber einen Anspruch darauf haben, die oben definierte Tätigkeit auszuüben. BÜHLER¹⁾ bestimmt dieses Recht zutreffend als ein subjektives öffentliches Recht des Dürfens, als ein Recht auf Unterlassung staatlicher Eingriffe.

h) Die vorstehenden Ausführungen lassen nun auch die wahre Bedeutung der Art. 127 RV. und Art. 70 Preuß. Verf. erkennen. Es wird darin den Gemeinden ein Recht der Selbstverwaltung in dem oben definierten Sinne zugesprochen. Die Worte „im Rahmen der Gesetze“ sind, als schon im Begriffe der Selbstverwaltung enthalten, an sich überflüssig, stellen aber eine zweckmäßige Hervorhebung des Gesichtspunkts dar, daß die Gesetzgebung die Selbstverwaltung als solche grundsätzlich nicht berührt, weil eben, wie ausgeführt, jede Verwaltung sich im Rahmen der ständig wechselnden Gesetze abspielt, sondern daß sie ihr lediglich die Grenzen ihrer Betätigungsfreiheit setzt.

Es kann daher aus diesen Verfassungsbestimmungen kein Recht der Gemeinden darauf abgeleitet werden, daß das Gebiet, auf dem sie sich betätigen dürfen, gesetzlich nicht eingeschränkt werden darf; vielmehr wird nur ein Recht festgelegt des Inhalts, daß die Gemeinden eine eigene (formale) Verwaltung führen und dabei nur unter den gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen von Reich und Staat irgendwie behindert werden dürfen²⁾.

Wäre es demnach theoretisch sogar möglich, daß der Staat den Gemeinden durch Gesetz alle Aufgaben nähme, die ihnen zur Zeit zur Erledigung überlassen sind, so daß für sie damit der Gegenstand der Selbstverwaltung entfiel, so wird man aber doch anerkennen müssen, daß damit zwar nicht dem Wortlaute, wohl aber dem Sinne der Verfassungen zuwidergehandelt würde.

Die betreffenden Verfassungsartikel wollen demnach erstens die Existenz der Gemeinden³⁾ als öffentlich-rechtliche Körperschaften sichern; denn die Eigenschaft einer juristischen Person des öffentlichen Rechts ist Voraussetzung für die Ausübung des Selbstverwaltungsrechts. Damit wird implicite ein Recht der Gemeinden auf Vornahme aller zur Erhaltung ihrer Existenz erforderlichen und nützlichen Verwaltungshandlungen anerkannt, soweit nicht die Gesetze ausdrücklich Beschränkungen festlegen. Zweitens stellen die Verfassungen,

besonderes Merkmal der Staatsbehörde gegenüber dem Selbstverwaltungskörper feststellt, daß erstere im Gegensatz zu letzterem niemals ein subjektives Recht gegen den Staat haben könne, kann hier genannt werden.

¹⁾ Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 252f.

²⁾ ANSCHÜTZ (RV. Anm. zu Art. 127) hält daher den Art. 127 überhaupt für materiell inhaltlos.

Die von VOGELS (Preuß. Verfassung 1921 Anm. II zu Art. 70) und KITZ (Preuß. VerwBl. Bd. 45, S. 251f.) vertretene Ansicht, daß eine Selbstverwaltungsangelegenheit auch im Wege einfachen Gesetzes den Gemeinden nicht mehr genommen werden könne, interpretiert in die Art. 127 RV. und Art. 70 Preuß. Verf. einen ihnen nicht innewohnenden Sinn.

³⁾ Aber nur in ihrer Gesamtheit, nicht jeder einzelnen, wie der Staatsgerichtshof mit Recht entschieden hat (Beschl. v. 12. I. 1922 — Nr. 3/21 — DJZt. 1922, S. 428).

soll nicht das Recht auf Selbstverwaltung seinen Sinn verlieren, als Programm des Gesetzgebers den Satz auf, daß den Gemeinden grundsätzlich stets irgendwelche Gegenstände überlassen bleiben sollen, an denen sie ihr Selbstverwaltungsrecht ausüben können. Unmittelbar anwendbares geltendes Recht enthalten daher beide Verfassungsartikel nur hinsichtlich des ersten Punktes, Programmsatz dagegen sind sie bezüglich des zweiten.

V. Die Selbstverwaltung hat also ihre Wurzel in der Idee einer von der unmittelbaren Staatsverwaltung unabhängigen Verwaltung¹⁾. In Preußen suchte die Stein-Hardenbergische Reform diese Gedanken zuerst in unser Recht aufzunehmen. Schon damals wurde die Selbstverwaltung nicht um ihrer selbst willen eingeführt, insbesondere nicht, weil man dem Gedanken eines ursprünglichen Rechts der Gemeinden auf Selbstverwaltung Anerkennung verschaffen wollte, sondern einzig und allein als Mittel zur Erweckung des Interesses am öffentlichen Leben bei der Bevölkerung und zur Aufrüttelung der im Aktenstaub versunkenen staatlichen Bürokratie. In der Reform der 70er Jahre des vorigen Jahrhunderts suchte man demselben politischen Prinzip einen anderen Ausdruck zu geben. Seit dieser Zeit stehen in Preußen der politische und juristische Begriff der Selbstverwaltung nebeneinander.

Wie die künftige Entwicklung gehen wird, ist nur schwer vorauszusagen. An sich hat die Selbstverwaltung durch Einführung der parlamentarischen Demokratie eine kräftige Stütze verloren. Seinerzeit leitete sie ihre Existenzberechtigung aus dem Gedanken ab, daß ein Gegengewicht gegen die obrigkeitlichen polizeistaatlichen Gelüste des alten Staates bestehen müsse. Theoretisch ist diese angebliche Notwendigkeit damit gefallen, daß der Gegensatz Obrigkeit — Volk jetzt verfassungsmäßig nicht mehr besteht. Heute stehen sich nur noch gegenüber das Gesamtvolk und seine Teile. Ob letztere des Schutzes der Selbstverwaltung bedürfen, läuft auf die Frage hinaus, ob man die Auffassung von Minderheiten gegen das Volk als den Träger der gesamten Staatsgewalt schützen will. Vom Standpunkt streng durchgeführter Demokratie muß alles beseitigt werden, was als eigener Wille der Durchsetzung des Gesamtwillens entgegenstehen könnte. Insbesondere kann theoretisch der Sonderwille des Teils neben dem Willen des Ganzen nicht Bestand haben. Standen vor Einführung des demokratischen Prinzips der Wille des Gesetzgebers und der Staatsbehörden dem von der Bevölkerung in den Gemeinden gebildeten Willen als ein aliud gegenüber, so ist heute ersterer ein maius gegenüber dem letzteren als minus. Deshalb muß die Demokratie ihrem Wesen nach ein Feind der Selbständigkeit öffentlich-rechtlicher Verbände im Staate und damit mittelbar auch der diesen eigentümlichen Verwaltungsform sein. Mag

¹⁾ Einen guten Überblick über Grundlage und Entwicklung der Selbstverwaltung enthält JELLINEK: Allgem. Staatslehre, S. 637ff. Vgl. auch LOR. v. STEIN (S. 61ff.), dem man freilich in vielen Punkten widersprechen müssen (z. B. hinsichtlich der Beziehungen zwischen Selbstverwaltung und Vereinswesen).

dies noch so oft bestritten werden, die Tatsachen der letzten Jahre bei uns und in anderen Ländern strafen alle gegenteiligen Behauptungen Lügen.

Auf der anderen Seite wird aber auch die Demokratie die gewaltigen Kräfte nicht brachlegen wollen, die durch die Existenz von Verbänden mit eigener Verantwortung und durch die daraus entstehende Verantwortungsfreudigkeit der einzelnen Bürger erweckt worden sind.

Es stehen sich also gegenüber auf der einen Seite der Gedanke des Schutzes von Minderheiten, deren Tendenzen der Mehrheit des Gesamtvolkes unter Umständen Schwierigkeiten bereiten können, und rege, sich zum Wohle des Ganzen auswirkende Kräfte, angespornt durch das Gefühl eigener Verantwortlichkeit — auf der anderen Seite das Streben, alle dem Willen des Gesamtvolkes sich widersetzenen Faktoren mit eigenem abweichenden Willen in folgerichtiger Durchführung des Prinzips absoluter Demokratie zu beseitigen. Wofür die Entscheidung fällt, das werden die nächsten Jahrzehnte zeigen müssen. Sie wird im wesentlichen davon abhängen, ob die Selbstverwaltungskörper ihre Kräfte auch wirklich in den Dienst der Allgemeinheit stellen und sie nicht nur dazu benutzen, kleinliche egoistische Interessen durchzusetzen. Ansätze einer Politik von Sonderinteressen ließen sich in den letzten Jahren wiederholt beobachten. Ihr Anwachsen würde mit Sicherheit das Ende der kommunalen Selbstverwaltung bedeuten; es würde beweisen, daß das Mittel, mit dem so Großes geschaffen wurde, heute nicht mehr geeignet ist, den Zweck, die Förderung des Allgemeinwohls, zu erreichen.

Wie die Verhältnisse aber heute noch liegen, wird man der Erhaltung der Selbstverwaltung vor einer konsequenten Durchführung des demokratischen Gedankens den Vorzug zu geben haben. Die Position der Selbstverwaltung kann daher zur Zeit nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich hoffnungsvoll beurteilt werden.

Literatur¹⁾: ANSCHÜTZ: Verfassung des Deutschen Reichs. 1921. — AUGUSTIN: Kommunalpolitische Zeitfragen. Vorträge der Verwaltungswissenschaftlichen Woche vom 20.—31. Okt. 1924. Berlin 1925. — ARNDT: Das Staatsrecht des Deutschen Reichs. 1901. — BERNATZIK: Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere. Archiv f. öffentl. Recht Bd. 5, S. 169ff. — BEYER: Das Wesen der Selbstverwaltung. Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft Bd. 65, S. 129ff. — BLODIG: Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff. 1894. — v. BLUME: Über deutsche Selbstverwaltung. 1917. — BORNHAK: Preußisches Staatsrecht. Bd. 2. 1899. — BRAUSE: Der Begriff der Selbstverwaltung in Deutschland. Erlanger Dissertation. 1900. — BRUNNER: Artikel „Autonomie“ in Holtzendorffs Rechtslexikon. Bd. 1, S. 218f. 1880. — BÜHLER: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der Deutschen Verwaltungsrechtsprechung. 1914. — DERSCH: Die neue Schlichtungsverordnung. 1924. — FLEINER: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 4. Aufl. 1914. — GAREIS: Allgemeines Staatsrecht in Marquardsens Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Bd. 1, Halbbd. 1. 1883. — GENZMER: Der Begriff der Selbstverwaltung in Preußen. Gesetz und Recht. Bd. 9, S. 97ff. — v. GERBER: Grundzüge eines Systems des Deutschen Staatsrechts.

¹⁾ Im Text und in den Anmerkungen ist in der Regel nur der Name des Schriftstellers und die Seite angegeben.

1869. — v. GIERKE: Deutsches Privatrecht. Bd. 1. 1895. — v. GIERKE: Das deutsche Genossenschaftsrecht. Bd. 1. 1868. — GIESE: Die Verfassung des Deutschen Reichs. 6. Aufl. 1925. — GIESKER-ZELLER: Die Rechtsanwendbarkeitsnormen. 1914. — GLUTH: Die Lehre von der Selbstverwaltung im Lichte formaler Begriffsbestimmung. 1887. — v. GNEIST: Geschichte und heutige Gestalt der Ämter und des Verwaltungsrechts in England. 2. Aufl. Bd. 1 u. 2. 1866/1867. — v. GNEIST: Die preußische Kreisordnung. 1870. — v. GNEIST: Zur Verwaltungsreform und Verwaltungsrechtspflege in Preußen. 1880. — v. GNEIST: Englische Verfassungsgeschichte. 1882. — v. GNEIST: Das englische Verwaltungsrecht der Gegenwart. 3. Aufl. Bd. 1. 1883; Bd. 2. 1884. — HAEKEL: Die Aufrechterhaltung der gemeindlichen Selbstverwaltung gegenüber Reichsländern und den übrigen Selbstverwaltungskörpern. Kommunale Rundschau. Bd. 17, S. 197ff. 1924. — HAENEL: Deutsches Staatsrecht. 1892. — HATSCHKE: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 3./4. Aufl. 1924. — HATSCHKE: Deutsches und Preußisches Staatsrecht. Bd. 1. 1923. — HATSCHKE: Artikel „Selbstverwaltung“ in Stengel-Fleischmann, Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts. 2. Aufl. Bd. 3, S. 419ff. — HATSCHKE: Die Selbstverwaltung in politischer und rechtlicher Bedeutung, in Jellinek-Meyer, Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen. Bd. 2. 1901. — HELFRITZ: Grundriß des preußischen Kommunalrechts. 1922. — HELFRITZ: Die Vertretung der Städte und Landgemeinden nach außen in dem Gemeinderecht der östlichen Provinzen Preußens. 1916. — HERRNRITT: Grundlehren des Verwaltungsrechts. 1921. — JELLINEK, G.: System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. 1905. — JELLINEK, G.: Allgemeine Staatslehre. 4. Aufl. 1922. — JELLINEK, G.: Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. 2. Aufl. 1904. — HORION: Selbstverwaltung oder Präfektensystem. Deutsche Gemeindezeitung 1924, S. 137. — KIESSLER: Die Provinzialautonomie in Preußen. Marburger Dissertation (Maschinenschrift) 1921. — KINNE: Die Autonomie der Kommunalverbände in Preußen. 1908. — v. KÖNIG, FRH.: Beurteilung des Drewsschen Entwurfs zur Städteordnung unter Heranziehung der Städteordnungen von 1808, 1831 und 1853. Königsberger Dissertation (Maschinenschrift) 1922. — KORMANN: Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts. Annalen des Deutschen Reichs 1911, S. 850ff. — LABAND: Das Staatsrecht des Deutschen Reichs. Bd. 1, 2, 3. 5. Aufl. 1911 ff. — LEIDIG: Preußisches Stadtrecht. 1891. — LOENING: Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts. 1884. — LUKAS: Preußische und österreichische Gemeindeverfassung. Vorträge der kommunalen Woche in Düsseldorf. S. 13ff. 1914. — LUTHER-MITZLAFF-STEIN: Die Zukunftsaufgaben der deutschen Städte. 1922. — v. MANGOLT: Das Aufsichtsrecht des Staates über die Kommunalverbände. Göttinger Dissertation. 1913. — MATTHIAS: Die städtische Selbstverwaltung in Preußen. 1911. — MAYER, E.: Bücherbesprechung. Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Neue Folge. Bd. 7, S. 591 ff. — MAYER, OTTO: Deutsches Verwaltungsrecht. 3. Aufl. Bd. 2. 1924. — MEIER, ERNST: Die Reformen der Verwaltungsorganisation unter Stein und Hardenberg. 1881. — MEYER-ANSCHÜTZ, GEORG: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 7. Aufl. 1919. — MOLL: Die Entwicklung der Selbstverwaltung seit 1918. Zeitschr. f. Kommunalwirtschaft. Bd. 14, S. 582ff. 1924. — NEUKAMP: Der Begriff der Selbstverwaltung im Rechtssinne. Archiv f. öffentl. Recht. Bd. 4, S. 377ff., 525ff. — NEUWIEM: Die kommunalen Zweckverbände in Preußen. 1919. — NIEDNER: Die Bedeutung der städtischen Selbstverwaltung. Internat. Wochenschrift für Kunst, Wissenschaft und Technik. Bd. 3, S. 793ff. — PETERS: Die Polizeiwidrigkeit und ihre Beziehungen zur Rechtswidrigkeit. Verwaltungsarchiv Bd. 29, S. 369ff. — PREUSS: Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. 1889. — PREUSS: Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souveränität. Festgabe f. Laband. Bd. 2, S. 199ff. 1908. — PREUSS: Städtisches Amtsrecht. 1902. — PREUSS: Die Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung. Handbuch der Politik. 2. Aufl. Bd. 1, S. 266ff. — PUCHRA: Das Wohnheitsrecht. 1828. — RÖNNE-ZORN: Das Staatsrecht der preußischen Monarchie. 5. Aufl. Bd. 2, 1906. — ROSIN: Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung. Annalen des Deutschen Reichs. 1883, S. 265ff. — SARWEY: Allgemeines Verwaltungsrecht. 1884. — SCHOEN:

Das Recht der Kommunalverbände in Preußen. 1897. — SCHOEN: Deutsches Verwaltungsrecht. Holtzendorff-Kohler: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft 7. Aufl. Bd. 4, S. 193ff. 1914. — SCHOENBORN: Das Oberaufsichtsrecht des Staates im modernen Staatsrecht. 1906. — SCHULZE, HERM.: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. Bd. 1. 1881. — SEMBRITZKI: Stand der Reform der Selbstverwaltung in Preußen. Vorträge der Verwaltungswissenschaftlichen Woche vom 20. Okt.—31. Okt. 1924. Berlin 1925. — SPIEGEL: Gesetz und Recht. Prager staatswissenschaftliche Untersuchungen. 1913. — V. STEIN, LOR.: Handbuch der Verwaltungslehre. 3. Aufl. 1. Teil. 1887. — STENGEL: Die Organisation der preussischen Verwaltung. 1884. — STIER-SOMLO: Das Städterecht. Handbuch des kommunalen Verfassungs- und Verwaltungsrechts in Preußen. Bd. 1, S. 1ff. 1919. — STIER-SOMLO: Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht. Bd. 1. 1924. — WENZEL: Der Begriff des Gesetzes. 1920. — WESSELS: Die generelle staatliche Oberaufsicht in Preußen über die Selbstverwaltung der Städte und Landgemeinden. Göttinger Dissertation. 1911. — WIRKAU: Das preußische Zweckverbandsgesetz vom 19. Juli 1911. Arbeiten aus dem juristisch-staatswissenschaftlichen Seminar der Universität Marburg. 1913. — WITTMAYER: Die Weimarer Reichsverfassung. 1922. — ZACHARIÄ: Deutsches Staats- und Bundesrecht. 1. Teil. 1865.

Zweites Kapitel.

Der Begriff der Gemeinde.

Man sollte glauben, es sei klar, was eine Gemeinde ist. Der Begriff findet sich in so zahlreichen Gesetzen und wird in Literatur, Rechtsprechung und Praxis so häufig gebraucht, daß eigentlich Zweifel nicht möglich sein sollten. Tatsächlich verhält es sich aber anders. Wenn auch von vielen Gebilden feststeht, daß sie zu den Gemeinden gehören, so erhebt sich doch in einer ganzen Reihe von Fällen die Frage, ob gewisse Körperschaften als Gemeinden anzusprechen sind oder nicht und was sie verneinendenfalls von solchen unterscheidet. Die Praxis pflegt hier regelmäßig vor einem Rätsel zu stehen, dessen Lösung sie von Fall zu Fall mit mehr oder weniger gutem Erfolge versucht. Unter diesen Umständen ist es für eine Behandlung der Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung von Wichtigkeit, zunächst den Begriff der Gemeinde zu definieren, um damit diejenigen Gebilde, für die die Grenzen der Selbstverwaltung untersucht werden sollen, zunächst genau zu umschreiben.

I. Das positive preußische Recht gibt auf die Frage nach Begriff und Wesen der Gemeinde keine ausdrückliche Antwort¹⁾, obwohl 27 Gemeindeverfassungsgesetze²⁾ die Rechtsverhältnisse der einzelnen Gemeinden zum Gegenstande haben. In einer ganzen Anzahl dieser Gesetze ist lediglich festgestellt, daß die betreffenden Gemeinden, für die das Gesetz gilt, Körperschaften des öffentlichen Rechts sind³⁾; im übrigen beschränkt sich der Gesetzgeber auf die Feststellung des Unterschieds der gerade behandelten Art von Gemeinden von anderen, setzt

¹⁾ Vgl. OVG. Bd. 3, S. 125.

²⁾ 1. Städteordnung f. d. östl. Provinzen. 2. StO. f. Hannover. 3. StO. f. Schleswig-Holstein. 4. StO. f. Hessen-Nassau. 5. StO. f. d. Rheinprovinz. 6. StO. f. Westfalen. 7. StO. f. Frankfurt a. M. 8. Ges. f. Neuvorpommern. 9. Gemeindeordnung für Hohenzollern. 10. Landgemeindeordnung f. d. östl. Provinzen. 11. LGO. f. Hannover. 12. LGO. f. Schleswig-Holstein. 13. LGO. f. Hessen-Nassau. 14. LGO. f. Westfalen. 15. GemOrd. f. d. Rheinprovinz. 16. Kreisordnung f. d. östl. Prov. 17. KrO. f. Hannover. 18. KrO. f. Schleswig-Holstein. 19. KrO. f. Hessen-Nassau. 20. KrO. f. Westfalen. 21. KrO. f. d. Rheinprovinz. 22. Provinzialordnung f. d. östl. Provinzen. 23. ProvO. f. Hannover. 24. ProvO. f. Hessen-Nassau. 25. ProvO. f. Schleswig-Holstein. 26. ProvO. f. Westfalen. 27. ProvO. f. d. Rheinprovinz.

³⁾ Vgl. § 9 östl. StO., § 9 westf. StO., § 8 rhein. StO., § 1 schlesw. StO., § 12 hess. StO., § 5 östl. LGO., § 5 schlesw. LGO., § 8 rhein. GemO., §§ 2, 5 westf. LGO., § 5 hess. LGO., § 2 östl., hann., hess., rhein., westf., schlesw. KrO., § 1 der Provinzialordnungen.

aber oft auch hier die Unterscheidungsmerkmale als bekannt voraus¹⁾. § 2 der rhein. Gemeindeordnung kann vielleicht am ehesten noch als Versuch einer Begriffsbestimmung angesehen werden. Es heißt dort: „Alle diejenigen Orte (Städte), Dörfer, Weiler . . . , welche für ihre Kommunalbedürfnisse gegenwärtig einen eigenen Haushalt haben, es sei auf den Grund eines besonderen Etats oder einer Abteilung des Bürgermeistereietats, sollen fortan eine Gemeinde bilden.“ Stellt man daneben noch § 2, wonach in bestimmten Fällen Orte, welche früherhin besondere Gemeinden bildeten, gegenwärtig aber mit anderen zu einem Haushalte verbunden sind, als eigene Gemeinden wiederhergestellt werden können, so scheint es, als ob der Gesetzgeber das Wesensmerkmal der Gemeinde in der Führung eines eigenen Haushalts sähe.

Gewiß ist nach positivem Recht eine Gemeinde ohne die Rechte einer öffentlichen Korporation nicht denkbar, so daß diese Eigenschaft als begriffsnotwendig anzuerkennen ist. Auch für den Bereich derjenigen Gesetze, die diese Forderung nicht ausdrücklich erheben, gilt sie²⁾; sie ergibt sich alsdann regelmäßig aus dem Sinne des ganzen Gesetzes.

Ebenso wird man nicht bezweifeln können, daß jede Gemeinde, nicht bloß die rheinische, einen eigenen Haushalt führen muß; aber das ergibt sich schon aus ihrer Eigenschaft als öffentlich-rechtliche Körperschaft. Bereits oben³⁾ ist ausgeführt, daß, wer vom Gesetze zum Träger von Rechten und Pflichten gemacht wird, regelmäßig eigene Organe und eine eigene Vermögensverwaltung hat. Man kann höchstens umgekehrt schließen, daß die rhein. Gemeindeordnung mit den erwähnten Vorschriften besagen will, daß die Gemeinden öffentlich-rechtliche Körperschaften sind. Sie setzt eine Wirkung für die Ursache.

Die Entwürfe zur Städte- und Landgemeindeordnung in der Regierungsfassung wollen in §§ 1, 2 eine Begriffsbestimmung für Städte und Landgemeinden geben⁴⁾. Sieht man von § 2 ab, der den Unterschied der Stadt- von den Landgemeinden festlegt und in diesem Zusammenhang zunächst nicht interessiert, so ergibt sich als Definition der Gemeinde: Eine Gemeinde „ist eine öffentlich-rechtliche Körperschaft zur Verwaltung der ihr gesetzlich obliegenden oder freiwillig von ihr übernommenen Aufgaben unter eigener Verantwortung (Selbstverwaltungsangelegenheiten) sowie der ihr gesetzlich von Reich oder Staat zur Ausführung nach Anweisung übertragenen Angelegenheiten (Auftragsangelegenheiten)“.

Man tut der Regierung gewiß nicht unrecht, wenn man diese angebliche Begriffsbestimmung als recht dürftig bezeichnet. Wenn alle öffentlich-rechtlichen Körperschaften, welche Aufgaben der genannten

¹⁾ Z. B. die Kreis- und Provinzialordnungen.

²⁾ So folgt dies für die hannov. StO. aus § 71 Abs. 2, §§ 96, 114, für die hann. LGO. aus § 60. ³⁾ Vgl. oben S. 31.

⁴⁾ Die Begründung zum Entw. der StO. (Drucks. d. Preuß. Landtags 1922, Nr. 4040, S. 40) sagt: „Der § 1 bringt eine Definition des Stadtbegriffs, der bisher fehlte.“

Art zu erfüllen hätten, unter die Gemeinden fallen würden, dann würden auch Genossenschaften mit ganz speziellen Zwecken hierzu gehören. Sicher fehlen ganz wesentliche Momente. Eine Definition der Gemeinde ohne Bezugnahme auf das Gebiet ist unhaltbar.

Mit Rücksicht auf die schon im Staatsrat gegen die Fassung dieser Begriffsbestimmung erhobenen Bedenken schlug die Staatsregierung im Landtagsausschusse eine andere vor¹⁾. Danach sind Gemeinden diejenigen dem Staate eingegliederten Gemeinwesen, die als öffentlich-rechtliche Körperschaften nach der in diesem Gesetz gegebenen Verfassung Selbstverwaltungsangelegenheiten und Auftragsangelegenheiten verwalten. Mag vielleicht in dem Worte „Gemeinwesen“ durchschimmern, was in der Begriffsbestimmung in Wirklichkeit noch fehlt, so ist doch auch diese Definition noch nicht viel besser. Es ist nicht ersichtlich, warum die Aufgaben (Auftrags- und Selbstverwaltungsangelegenheiten) überhaupt aufgeführt werden.

Daß man eine solche Begriffsbestimmung nicht brauchen könne, hat der Landtagsausschuß zwar nicht ausgesprochen, aber durch Annahme eines deutschnationalen Antrags zum Ausdruck gebracht. Man nahm von der Feststellung einer Definition überhaupt Abstand, indem man die Gemeinden lediglich zu öffentlich-rechtlichen Körperschaften erklärte und daneben ihren Aufgabenkreis — ähnlich wie die Regierungsvorlage — festlegte²⁾.

Man kann im Zweifel sein, ob es zweckmäßig ist, im Gesetze Definitionen zu geben. Wird eine solche aber aufgenommen, so muß sie in jeder Beziehung einwandfrei sein und den von ihr zu bestimmenden Begriff eindeutig und klar festlegen.

Eine diesen Anforderungen entsprechende Definition muß aber vorher von der Wissenschaft nach allen Richtungen hin durchgeprüft und verarbeitet sein und die Gewähr dafür bieten, daß man nicht nach Erlaß des Gesetzes vor Überraschungen steht, welche den ganzen Zweck der Definition aufheben und die Begriffsverwirrung erst recht vergrößern. Wieweit die wissenschaftlichen Vorarbeiten diesem Erfordernis entsprechen, soll im folgenden gezeigt werden. Um eine für die genaue Festlegung des Gemeindebegriffs brauchbare Grundlage zu erhalten, wird sich eine möglichst ausführliche Wiedergabe der Begriffsbestimmungen der Literatur nicht umgehen lassen.

II. NEUWIEM³⁾ sieht im Begriffe des Kommunalverbands einen reinen Erfahrungsbegriff, der den Gemeindeverfassungsgesetzen entnommen ist. Die Gemeinde ist für ihn eine auf dem unmittelbaren räumlichen Zusammenwohnen der Mitglieder, bzw. auf der unmittelbar räumlichen Nachbarschaft des Grundbesitzes beruhende Körperschaft. Diese Definition scheint ihm nur den Mangel zu haben, daß die Zweckverbände nicht darunter fallen.

¹⁾ Vgl. Landtagsdrucks. 1924, Nr. 8320 A, S. 41.

²⁾ Vgl. Landtagsdrucks. 1924, Nr. 8320 D, S. 1.

³⁾ Zweckverbände, S. 36 ff.

M. E. ist das kein Fehler, da Zweckverbände zwar Vereinigungen von Gemeinden, deswegen aber noch längst keine Kommunalverbände sind. Ferner wird man zwar auf das Moment der räumlichen Nachbarschaft nicht ganz verzichten dürfen, wird aber andererseits zu bedenken haben, daß das Gemeindegebiet nicht notwendig zusammenzuhängen braucht, da Exklaven, die gar keine seltene Erscheinung sind, auch begrifflich zur Gemeinde gehören müssen.

Nach LEIDIG¹⁾ wird die Gemeinde im juristischen Sinne gebildet durch 1. eine Mehrheit von Familien, welche 2. auf einem umgrenzten Gebiet nachbarlich ansässig und 3. durch eine Gemeindeverfassung zu einer organisatorischen Gemeinheit verbunden sind. Dabei ist ferner wesentlich, daß die betreffende Gesamtpersönlichkeit als Selbstverwaltungskörper innerhalb des örtlichen Verbands alle Gemeinzwicke zu erfüllen hat.

LEIDIG folgt dabei der üblichen Definition des Staates, indem er in deren entsprechender Anwendung Volk, Gebiet und Herrschaftsgewalt als die Wesensmerkmale der Gemeinde hinstellt. Das ist m. E. nicht richtig. Zunächst bedarf es nicht einer Mehrheit von Familien. Es ist nicht einzusehen, warum nicht eine einzelne Familie bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen eine Gemeinde bilden soll. Oder wie würde LEIDIG jene Gebilde nennen, die als echte Gemeinden den Gemeindeverfassungsgesetzen unterworfen, nur eine ganz kleine Anzahl von Einwohnern haben, die unter Umständen einer einzigen Familie angehören²⁾? Es gibt in Preußen sogar laut Ergebnis der Volkszählung vom 8. Oktober 1919 fünf unbewohnte Gemeinden³⁾. Natürlich ruht dort jegliches kommunale Leben; aber es fragt sich, ob es sich hier nicht doch um wirkliche Gemeinden handelt, die z. B. als solche grundbuchlich geführt werden, die zu den Kreisumlagen herangezogen werden und in denen jederzeit ohne irgendwelche staatlichen Maßnahmen ein kommunales Leben wieder entstehen kann.

Diese einwohnerlosen Gemeinden sind wohl zu unterscheiden von kommunalfreien Grundstücken, die in den Gemeindeverfassungsgesetzen⁴⁾

¹⁾ Stadtrecht, S. 32, 36.

²⁾ Außer den in der nächsten Anmerkung erwähnten unbewohnten Gemeinden gab es 1919 noch 16 Gemeinden in Preußen mit weniger als 10 Einwohnern; sie verteilen sich auf die Provinzen Ostpreußen, Brandenburg, Pommern, Sachsen, Hannover, Hessen-Nassau und Rheinprovinz.

³⁾ Diese einwohnerlosen Gemeinden sind nicht zu verwechseln mit unbewohnten Gutsbezirken (Forstgutsbezirken), deren es eine größere Zahl gibt. Die Namen der einwohnerlosen Gemeinden sind: Awiszen und Grünwalde (Kreis Darkehmen), Brotzen (Kreis Rummelsburg), Polkwitzer Neuländer (Kreis Glogau) und Schwobacherhof (Kreis Wetzlar). Die beiden letztgenannten Gemeinden hatten bereits am 1. Dezember 1871 keine Einwohner; Schwobacherhof war freilich damals noch Gutsbezirk.

⁴⁾ Vgl. § 2 Abs. 2 östl. StO., § 2 Abs. 2 westf. StO., § 2 Abs. 2 hess. StO., § 2 Ziff. 1 östl. LGO., § 2 Ziff. 1 schlesw. LGO., § 6 Abs. 1 westf. LGO., § 4 rhein. LGO., § 2 Ziff. 1 hess. LGO., in etwa auch § 10 hann. StO. Solche Grundstücke sind zwar nach diesen Gesetzen mit Gemeinden oder Gutsbezirken zu vereinigen, wenn es ihrer aber trotzdem noch eine ganze Anzahl gibt und deshalb die Entwürfe der neuen Gemeindeverfassungsgesetze (vgl. § 13 EntwStO., § 13 EntwLGO.)

ausdrücklich genannt sind und deren es selbst in den östlichen Provinzen noch einige gibt. Sollen solche weder einer Gemeinde noch einem Gutsbezirke angehörenden Grundstücke eine Gemeinde werden oder einer solchen zugeschlagen werden, so bedarf es eines obrigkeitlichen Aktes. Anders bei einwohnerlosen Gemeinden. Gerade dieser Unterschied bildet mit einem Beweis dafür, daß die einwohnerlosen Gemeinden eben nicht als gewöhnliche, der kommunalen Zugehörigkeit entbehrende Grundstücke aufzufassen sind. Freilich hat ein Ministerialerlaß vom 7. Juli 1922 — IV a I 85 — die baldige Auflösung aller Zwerggemeinden mit weniger als zehn Einwohnern angeordnet, doch standen der Durchführung so viele praktische Schwierigkeiten entgegen¹⁾, daß auch heute noch die Mehrzahl der genannten einwohnerlosen Gemeinden existiert. LEIDIG müßte demnach wenigstens angeben, wie sich die einwohnerlosen Gemeinden mit seiner Definition vereinbaren lassen.

Die übrigen von LEIDIG genannten Merkmale lassen sich, wenn auch vielleicht nicht gerade in dieser Formulierung, so doch in den ihnen zugrunde liegenden Gedanken halten. Ob die Definition vollständig ist, werden die folgenden Ausführungen noch zeigen.

Bei der Definition der Ortsgemeinde sieht auch SCHOEN²⁾ ähnliche Merkmale wie LEIDIG für ausschlaggebend an. Auch er hält eine persönliche, dingliche und organisatorische Grundlage für wesentlich. Daneben³⁾ erblickt SCHOEN in allen Kommunen Zwangsverbände, da weder ihre Bildung noch die Zugehörigkeit zu ihnen vom Willen des einzelnen abhängen. Ferner sei begriffsnotwendig, daß die Gemeinden niemals nur einzelne, sondern stets eine unbegrenzte Gesamtheit von Zwecken und zwar, da sie Geschöpfe des Staates seien, der sie in ihre heutige Rechtsstellung durch sein Recht eingeordnet habe, von Staatszwecken zu erfüllen hätten.

Hiergegen ist zu sagen, daß daraus, daß die Gemeinden von der Gnade des Staates leben, nicht folgt, daß sie nur Staatszwecke zu erfüllen haben. Es kann aber zweifelhaft sein, ob nicht SCHOEN zu viel des Guten tut und in seine Begriffsbestimmung auch entbehrliche Dinge aufnimmt.

eine entsprechende Vorschrift aufgenommen haben, so beruht das einmal darauf, daß die gesetzliche Anordnung noch nicht allgemein durchgeführt worden ist, ferner darauf, daß nicht in allen Provinzen entsprechende Vorschriften bestanden, und schließlich darauf, daß solche kommunalfreien Grundstücke noch neu entstehen können. Letzteres geschieht z. B. dann, wenn bei Auflösung eines Gutsbezirks dessen Teile einzelnen Gemeinden und anderen Gutsbezirken zugeteilt sind, wenn aber dabei infolge eines Versehens ein Grundstück vergessen wird und nun zwar nicht eigentümerlos, wohl aber kommunalfrei bleibt. In der Praxis wird ein solcher Fehler oft lange nicht bemerkt, weil auf dem Grundstück Einwohner in der Regel nicht wohnen und der Eigentümer ein steuerliches Interesse hat, außerhalb jeglichen Gemeindeverbands zu bleiben.

¹⁾ Solche Schwierigkeiten liegen z. B. darin, daß man — was ja sonst das Nächstliegende wäre, — Gutsbezirke infolge der herrschenden Abneigung gegen diese Einrichtung nicht daraus machen kann.

²⁾ Kommunalverbände, S. 67. ³⁾ Ebendort, S. 13f.

Die „staatlichen Aufgaben“ als Wesensmerkmal der Gemeinden kehren wieder bei BORNHAK¹⁾. Nach ihm wäre eine Gemeinde eine mit vom Staate abgeleiteter Rechtspersönlichkeit ausgestattete Körperschaft des öffentlichen Rechts, die der Erfüllung staatlicher Aufgaben in einem gewissen Gebiete mit den Herrschaftsmitteln des Staates nach den von letzterem erlassenen Rechtsnormen dient.

Wiederholt²⁾ findet sich in der Literatur eine wohl zuerst von STRUTZ³⁾ aufgestellte Definition. Nach dieser sind Kommunalverbände „Körperschaften der Bewohner eines bestimmten Teiles des Staatsgebietes, welche auf der einen Seite Glieder des höheren Organismus, des Staates, bilden und zur Erreichung der Zwecke desselben dienen, auf der anderen Seite eigene Organismen zur Durchführung derjenigen Angelegenheiten bilden, welche ihr Interesse zunächst berühren und innerhalb ihrer Grenzen durch ihre eigenen Kräfte besorgt und durchgeführt werden.“ Diese Begriffsbestimmung enthält eine Fülle von Merkmalen, gibt zu viel und leidet daher an Unübersichtlichkeit. Es ist nicht einzusehen, warum gerade die Unterscheidung, wonach die Gemeinden auf der einen Seite Glieder des Staates mit staatlichen Zwecken, auf der anderen eigene Organismen mit eigenen Aufgaben sind, in die Definition der Gemeinde gehört. An sich handelt es sich doch im ersten Falle um einen Ausfluß der Eigenschaft der öffentlich-rechtlichen Körperschaft überhaupt.

An dem entgegengesetzten Mangel, nämlich daß in ihr zu wenig enthalten ist, krankt die Definition von v. BLUME⁴⁾, nach welchem Kommunalverbände Gemeinwesen auf territorialer Grundlage (Gebietskörperschaften) unter staatlicher Hoheit sind.

MEYER-ANSCHÜTZ⁵⁾ erwähnt eine ganze Anzahl von zutreffenden Momenten, ohne jedoch genau anzugeben, welche von diesen er für die Begriffsbestimmung für wesentlich hält. So heißen nach ihm Kommunalverbände diejenigen Teile des Staates, welche eine eigene Organisation als besondere politische Gemeinwesen besitzen und denen die Erfüllung gewisser politischer Aufgaben übertragen ist; sie sind juristische Personen des öffentlichen und Privatrechts, haben eigenes Vermögen, und es steht ihnen innerhalb ihres Gebiets die Ausübung von Herrschaftsrechten zu. Soweit hierin angedeutet sein soll, daß die Gemeinden Selbstverwaltungskörperschaften sind, würde ich in dieser Aufzählung einen besonderen Vorzug sehen, der bei vielen der bisher erwähnten Definitionen vergeblich zu suchen ist.

O. MAYER⁶⁾ definiert die Gemeinde als eine „auf örtlicher Zusammenordnung der Wohnstätten beruhende Gemeinschaft mit eigener juristischer Persönlichkeit für die ihr zukommende öffentliche Verwaltung“. Er wird hierbei, was besondere Hervorhebung verdient, der Existenz von Exklaven gerecht. Andererseits sind aber die Schluß-

¹⁾ Staatsrecht, Bd. 2, S. 102ff.

²⁾ Vgl. z. B. KINNE: Kommunalverbände, S. 18.

³⁾ Kommunalverbände, S. 1. ⁴⁾ Handbuch der Politik, Bd. 1, S. 287.

⁵⁾ Lehrbuch, S. 383. ⁶⁾ Verwaltungsrecht, S. 352.

worte zu allgemein und unbestimmt gehalten. Auch will O. MAYER, wie sich aus seinen weiteren Ausführungen ergibt, die drei Grundelemente des Staats: Gebiet, Volk und Staatsgewalt bei der Gemeinde entsprechend wiederfinden. Diese Ansicht muß gleichfalls wenigstens angeben, wie sie sich mit der einwohnerlosen Gemeinde abfindet.

In der Begriffsbestimmung ROSINS¹⁾, der in der Gemeinde die öffentlich-rechtliche, nicht souveräne Gesamtpersönlichkeit zur Befriedigung örtlicher Gemeininteressen innerhalb des Staates sieht, vermißt man jeglichen Hinweis auf die Selbstverwaltung, die nach unseren heutigen Anschauungen, insbesondere auch nach unserem heutigen Rechte ein wesentliches Merkmal der Gemeinden ist.

Die übrigen sich in der Literatur findenden Begriffsbestimmungen²⁾ bringen im allgemeinen neue Momente nicht, mit Ausnahme der von GIERKE und PREUSS.

GIERKE³⁾ faßt die Gemeinde als ein genossenschaftliches Gemeinwesen auf, das nach oben ein Teil einer höheren Allgemeinheit, nach unten selbst Allgemeinheit ist. Der Gemeinde komme eine eigene originäre Persönlichkeit zu, welche der Staat so wenig schaffe wie die jedes einzelnen Staatsbürgers. Die Gesamtpersönlichkeit sei im Privatrecht nichts anderes als ein Individuum; im öffentlichen Recht sei sie einmal Glied des Staates, nach der anderen Seite für ihre Glieder selbst wieder Quelle eines ihren besonderen Kreis beherrschenden öffentlichen Rechts und Trägerin einer eigenen öffentlichen Gewalt.

Dieser sich aus der Organtheorie notwendig ergebenden Auffassung folgt PREUSS⁴⁾. Nach ihm sind alle politischen Gemeinwesen ihrer inneren Entstehung nach nicht gewillkürte, sondern gewordene Bildungen. Aber schließlich kommt PREUSS mit seiner Ansicht in ihrer folgerichtigen Durchführung dazu, Gemeinde, Staat und Reich qualitativ und generisch auf die gleiche Stufe zu stellen, eine Meinung, die unten noch zu behandeln und zu widerlegen sein wird. Im übrigen ist bereits im ersten Kapitel⁵⁾ ausführlich der Nachweis versucht worden, daß die originäre Existenz der Gemeinden zwar in vielen Fällen möglich, aber keineswegs die Regel ist, so daß sie in der Begriffsbestimmung unverwertbar ist. Auf die GIERKE-PREUSSsche Auffassung paßt so recht, was schon LOR. v. STEIN⁶⁾ sagt: Anstatt zu fragen, was eine Gemeinde als Selbstverwaltungskörper eigentlich sei, nahm man die deutsche histo-

¹⁾ Annalen 1883, S. 292.

²⁾ Vgl. z. B. v. MANGOLT: S. 42; HALBEY S. 4; STIER-SOMLO: Handbuch, Bd. 1, S. 77; WALZ i. Stengel-Fleischmanns Wörterbuch, Bd. 2, S. 39; BLODIG: S. 30f.; HELFRITZ: Vertretung der Städte, S. 16; nach v. GERBER (Staatsrecht, S. 56) stellt die Gemeinde eine korporative Verbindung von selbständigem Lebensinhalte dar, die die Interessen befriedigen will, welche das nachbarliche, auf örtlicher Ansiedlung beruhende Leben mit sich bringt. Diese Definition stellt auf den Zweck ab; sie ist m. E. nicht vollständig, da es sehr wohl noch andere öffentliche Körperschaften als Gemeinden gibt, auf welche die gleichen Merkmale zutreffen. Im übrigen läßt sich mit dem Zweck eine Einrichtung politisch, nicht aber juristisch erklären. ³⁾ Genossenschaftsrecht, Bd. 1, S. 759.

⁴⁾ Gemeinde, Staat usw., S. 260. ⁵⁾ Vgl. oben S. 21 ff.

⁶⁾ Verwaltungslehre II. I. Teil, S. 330.

rische Ortsgemeinde als die wahre Gemeinde. Mit Recht weist STIER-SOMLO¹⁾ demgegenüber darauf hin, daß die vor der Entstehung des modernen Staates liegende Entwicklung und eine früher etwa ursprüngliche Rechtsmacht der Gemeinden für die Beurteilung ihrer Rechtsbeziehungen zum heutigen Staate nicht verwertet werden können. Es ist ein gerade im Verwaltungsrecht häufig begangener Fehler, daß die Literatur sich nicht genügend um das positive Recht kümmert, sondern von aprioristischen Ideen ausgeht²⁾.

III. M. E. ist die heutige Gemeinde zu definieren als eine mit dem Rechte der Selbstverwaltung und mit vom Staate abgeleiteter Herrschaftsgewalt über ein bestimmtes Gebiet ausgestattete öffentlich-rechtliche Körperschaft, welche sämtliche innerhalb dieses Gebiets zu erledigenden öffentlichen Aufgaben, die von keiner anderen Stelle erfüllt werden, entsprechend ihren Kräften zu übernehmen hat.

1. Daß jede Gemeinde eine öffentlich-rechtliche Körperschaft sein muß, ergibt sich schon aus den unter I zusammengefaßten Erörterungen über das positive Recht. Aber auch die Forderung, daß die Gemeinde das Recht der Selbstverwaltung in den im ersten Kapitel angedeuteten gesetzlichen Grenzen hat, ist aus dem positiven Rechte unmittelbar ableitbar. Ohne Selbstverwaltungsrecht ist eine Gemeinde für uns heute unvorstellbar; deswegen ist dieses als ein notwendiges Merkmal in eine auf dem geltenden Rechte fußende Begriffsbestimmung unbedingt aufzunehmen.

Als öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungskörperschaft unterscheidet sich die Gemeinde von Verwaltungsbezirken des Staats und Reichs, denen diese Eigenschaft fehlt; hier liegt auch die Besonderheit der modernen Gemeinde gegenüber jener zur Zeit des Absolutismus, die lediglich eine vom staatlichen Willen geleitete Staatsanstalt war.

Aus den Worten „Körperschaft“ und „Selbstverwaltung“ folgt, daß auch ich die Einwohner als regelmäßigen Bestandteil einer Gemeinde anerkenne. Die sog. einwohnerlose Gemeinde kann als echte Gemeinde nicht angesehen werden. Man hat sich darunter ein nicht lebensfähiges Gebilde eigener Art vorzustellen, dem vom Staate zwar alles das gewährt ist, was eine Gemeinde in rechtlicher Beziehung zu ihrer Existenz benötigt, der aber in tatsächlicher Hinsicht noch ein wesentliches Merkmal fehlt. Mit dem Augenblick seines Hinzutretens steht die Gemeinde fertig da, ohne daß es noch eines besonderen staatlichen Aktes bedarf. Darin liegt denn auch der wichtige Unterschied der einwohnerlosen Gemeinde vom kommunalfreien Grundstück und die Berechtigung, die erstere in Statistiken, Grundbüchern und sonstigen Registern noch als „Gemeinde“ zu führen, obwohl sie infolge Fehlens eines tatsächlichen Merkmals im Augenblick keine solche ist.

2. Jede Gemeinde besitzt Herrschaftsgewalt; ohne eine solche mag sie zwar eine öffentlich-rechtliche Körperschaft, aber nie und

1) Handbuch, Bd. I, S. 18.

2) Vgl. BROCKHAUSEN: S. I.

nimmer eine Gemeinde sein. An sich herrscht hierüber, soviel ich sehe, auch Einmütigkeit. Der Streit beginnt erst bei der Frage, ob diese Herrschaftsgewalt vom Staate abgeleitet ist. Nach allem aber, was oben über die Abhängigkeit der Existenz der Gemeinde als öffentlich-rechtliche Körperschaft vom Staate gesagt worden ist¹⁾, kann es m. E. nicht mehr zweifelhaft sein, daß die Gemeinde ihre Rechtspersönlichkeit durch staatliche Anerkennung erhalten hat und daß sie auch nur insoweit Herrschaftsgewalt besitzt, als der Staat sie ihr übertragen hat. Stimmt man STIER-SOMLO²⁾ zu, der es als eine unanfechtbare Tatsache bezeichnet, daß die juristische Persönlichkeit der Gemeinden nur von Staates Gnaden besteht, so muß man notwendig auch der hier vertretenen Ansicht folgen; denn was bedeutet „abgeleitet“ anders, als vom Staate erhalten und vom Staate zurücknehmbar, also „von Staates Gnaden?“

3. Die Herrschaft der Gemeinden betrifft stets ein bestimmtes Gebiet. Es gibt auch andere Körperschaften, deren Tätigkeitsfeld durch ein festumgrenztes Gebiet näher umrissen ist; aber diese werden nur innerhalb dieses Gebiets tätig. Bei den Gemeinden dagegen ist das Gebiet Objekt der Herrschaft. Das zeigt sich am deutlichsten bei der Steuerhoheit der Gemeinden, aber auch bei den verschiedenen wohlfahrtspflegerischen Aufgaben, die die Gemeinden erfüllen. So sieht als Ausfluß der Gebietshoheit § 74 des Entwurfs der Städteordnung vor, daß die Städte im Interesse der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sogar den Anschlußzwang für die Einwohner und Grundstücke der Stadt an die städtische Kanalisation, Wasserleitung, Müllabfuhr und Straßenreinigung vorschreiben dürfen, ein Zwang, der heute nur durch Polizeiverordnung eingeführt werden kann.

In allen diesen Fällen ist das Gebiet die Grundlage des Herrschaftsrechts der Gemeinden. Schon daraus ergibt sich, daß niemand und nichts von all dem, was sich im Gemeindegebiet aufhält, der Herrschaftsgewalt der Gemeinde sich entziehen kann. Wir sprechen daher von den Gemeinden als Gebietskörperschaften. Die zwangsweise Zugehörigkeit braucht nicht noch besonders in der Begriffsbestimmung genannt zu werden.

4. a) In engem Zusammenhange mit dem letztgenannten Merkmal steht die Totalität des Wirkungskreises, welche eine besondere Eigentümlichkeit von Reich, Staat und Gemeinden ist³⁾. An und für sich ergibt sie sich gleichfalls schon aus dem Begriffe „Gebietskörperschaft“, wie er vorstehend festgelegt ist. Eine öffentliche Körperschaft, deren Aufgaben auf bestimmte Einzelheiten beschränkt sind, ist keine Gemeinde, sondern vielleicht ein Zweckverband oder ein anderes Gebilde sui generis.

Damit ist freilich nicht gesagt, daß nun tatsächlich der Wirkungs-

¹⁾ Vgl. besonders oben S. 31 f. ²⁾ Handbuch, Bd. I, S. 18.

³⁾ Dieser Standpunkt wird heute allgemein vertreten. Vgl. z. B. OVG. Bd. 2, S. 190; Bd. 3, S. 125; Bd. 12, S. 158; Bd. 19, S. 176; Bd. 41, S. 34; ferner OERTEL: S. 72 f.

kreis der Gemeinden in keiner Weise eingeschränkt werden kann, ohne daß sie ihr eigentliches Wesen verändern. Zunächst ergibt sich schon aus der Begrenzung der Mittel und des Raumes von selbst eine gewisse Beschränkung. Doch auch darüber hinaus können kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift gewisse Aufgaben bestimmten anderen Körperschaften übertragen sein. Totalität des Wirkungskreises bedeutet so- nach, daß die Gemeinden alle diejenigen dem örtlichen Bedürfnis entspringenden Aufgaben zu erledigen haben oder wenigstens erledigen dürfen, die nicht schon von einer anderen Stelle übernommen oder einer solchen durch Gesetz übertragen sind.

b) Außer den Gebietskörperschaften fehlt bei allen anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts diese Totalität des Wirkungskreises. So erfüllen die Zweckverbände nur gewisse Zwecke, um deretwillen sie gebildet sind. Andere Vereinigungen des öffentlichen Rechts beruhen lediglich auf der Gemeinsamkeit der beruflichen Interessen, — wie die Innungen, — bei wieder anderen ist die Mitgliedschaft von einer bestimmten Lage der Grundstücke — wie bei den Deich- und Wassergenossenschaften — oder überhaupt vom Grundbesitz — wie bei den Jagdgenossenschaften — abhängig. Mag in allen diesen Fällen die lokale Begrenzung eine gewisse Rolle spielen, so ist sie doch niemals das allein ausschlaggebende Moment; niemals wird alles innerhalb des betreffenden Gebiets Befindliche erfaßt, insbesondere niemals alle Einwohner als solche.

5. a) Eine äußerst umstrittene Frage, nämlich die nach dem Wesens- unterschied von Staat und Reich einerseits und Gemeinden andererseits findet in der oben gegebenen Definition gleichfalls ihre Beantwortung. Der Unterschied liegt darin, daß die Herrschaftsgewalt der Gemeinde abgeleitet ist, die des Staates dagegen originär. Wer den Unterschied nicht in diesem Punkte sucht, muß notwendig scheitern und zu dem, wie GIERKE richtig bemerkt, dem Rechtsbewußtsein widersprechenden Ergebnis gelangen, daß zwischen Staat und Reich einerseits und Gemeinde andererseits nur ein quantitativer, kein qualitativer Unterschied besteht.

b) Die Organtheorie kommt, soweit ihre Vertreter eine ursprüngliche Herrschaftsgewalt der Gemeinde anerkennen, notwendig zu einer generellen Gleichartigkeit von Staat und Gemeinde. Diese Konsequenz, die GIERKE noch zu umgehen sucht, indem er in der eigentümlichen Gestaltung der Staatsgewalt den — m. E. freilich nicht auffindbaren¹⁾ —

¹⁾ GIERKE (Genossenschaftsrecht I, S. 72 ff.) meint, die Länder seien Staaten, weil sie Mitträger der nur zur Ausübung unter sie verteilten einheitlichen Sphäre seien und keiner höheren Person eingegliedert sind, weil sie also Teilhaber an der Substanz der souveränen staatlichen Totalgewalt sind. Es ist PREUSS (Gemeinde, Staat usw., S. 65 ff.) zuzustimmen, wenn er hiergegen einwendet, daß GIERKES Theorie zu verwickelt sei, um richtig zu sein. Es sei eine *petitio principii*, wenn man davon ausgehe, daß den Einzelstaaten nicht der staatliche Charakter geraubt werden dürfe, die Souveränität aber ein *Specificum* des Staats sei. Die Konstruktion GIERKES sei eine gedanklich unvollziehbare Vorstellung. Während GIERKE sonst ein Feind von Fiktionen sei, fingiere er hier selbst neben dem Gesamtstaat

Unterschied zwischen Staat und Gemeinde sieht, zieht PREUSS¹⁾ ganz unverhohlen. Gerade die Existenz besonderer Gliedstaaten im Reich soll für PREUSS die Bekräftigung seiner Ansicht bilden.

Er sucht zunächst die einzelnen Merkmale, in denen der Wesensunterschied zwischen Staat und Gemeinde liegen soll, als bedeutungslos hinzustellen.

c) So hat er zweifellos recht, wenn er den von ROSIN aufgestellten Wesensunterschied, den Unterschied zwischen lokalen und nationalen Gemeinschaftszwecken als unmaßgeblich ablehnt.

Die Begründung, mit der PREUSS²⁾ ROSIN zu widerlegen sucht, trifft m. E. freilich nicht den Kern der Sache. Nicht richtig ist es, daß ROSIN³⁾ das Zweckmoment als Unterscheidungsmerkmal selbst aufgibt, wenn er sowohl dem Staat wie der Gemeinde eine Totalität der Gemeinschaftszwecke zuschreibt; denn die Gemeinschaftszwecke des Staates und die der Gemeinde brauchen trotz ihrer Totalität nicht identisch zu sein. Aber das Zweckmoment ist deswegen unbrauchbar, weil sich eine Verschiedenheit der Zwecke allenfalls noch zwischen Ortsgemeinde und Großstaat, aber sicher nicht mehr zwischen Provinz und kleinem Gliedstaat aufzeigen läßt. Sollten die Gemeinschaftszwecke beispielsweise der Provinz Pommern wirklich andere sein als die des Freistaates Thüringen oder die des Kreises Swinemünde andere als die der Freien Stadt Lübeck oder des Staates Lippe-Detmold?

d) Ebenso unbrauchbar ist — auch das erkennt PREUSS⁴⁾ richtig — die Souveränität als Unterscheidungsmerkmal zwischen Staat und Gemeinde⁵⁾. Es kann heute als fast allgemein anerkannte Tatsache gelten⁶⁾, daß die deutschen Länder schon nach der Reichsverfassung von 1871, als sie noch so gut wie unbestritten Staaten waren, nicht die Souveränität besaßen. Heute, nachdem die Weimarer Reichsverfassung die höchste Gewalt der Länder in verschiedenen Beziehungen⁷⁾ unbestrittenermaßen beseitigt hat, kann für die Länder die Souveränität

noch ein besonderes Wesen. Es sei ein Widerspruch, daß der Gesamtstaat Haupt der Gemeinschaft sein solle, während den Gliedstaaten die höchste Gewalt zustehe. Es könne doch nicht bei der Totalität der Gemeinschaftszwecke, die für Staat und Gemeinden in Anspruch zu nehmen sei, die Gliedstaatsgewalt nach oben hin nicht die höchste Gewalt, aber potentiell für ihr Gebiet die ganze Staatsgewalt sein. Die Theorie GIERKES laufe darauf hinaus, die Souveränität als Essentiale des Staatsbegriffs hinzustellen und diese Eigenschaft auch für die deutschen Länder in Anspruch zu nehmen.

1) Auch FINGER (Staatsrecht, S. 1) leugnet — freilich ohne nähere Begründung — jeglichen Wesensunterschied von Stadt und Gemeinde. Ebenso KEIL (Arch. f. öff. Recht, Bd. 6, S. 360).

2) Selbstverwaltung. Festgabe f. Laband, Bd. 2, S. 231 ff.

3) Genossenschaftsrecht, S. 41 ff.; Annalen 1883, S. 291.

4) Gemeinde, Staat, S. 91 ff.

5) Wie es z. B. offenbar ZACHARIAE (Staatsrecht, S. 575) will, wenn er das Wesen des Staates in der vollen politischen Unabhängigkeit sieht. Ebenso ferner z. B. SEYDEL: S. 119.

6) JELLINEK, G.: Staatslehre, S. 486 ff.: Die Souveränität ist kein notwendiges Begriffsmerkmal des Staates.

7) Vgl. z. B. Art. 13, 15, 17, 18 RV.

sicher nicht mehr in Anspruch genommen werden; man müßte daher, wenn man sie noch als ausschlaggebend anerkennen wollte, Länder und Gemeinden auf der einen Seite dem Reiche als dem alleinigen Staate auf der anderen Seite gegenüberstellen. Mit Recht lehnt die herrschende Meinung eine derartige Auffassung ab¹⁾.

Die Gründe, welche PREUSS²⁾ zu einer Ablehnung des Merkmals der Souveränität führen, sind andere als die im vorstehenden angedeuteten. Er läßt diesen Begriff nicht etwa, wie es das natürlichste ist, deswegen fallen, weil er nach Lage des positiven Rechts als Unterscheidungsmerkmal nicht verwertbar ist, sondern aus einem Grunde, den wir schon oben als für PREUSS kennzeichnend kennen gelernt haben, nämlich einer Theorie zuliebe: An dem Begriffe der Souveränität könne nicht festgehalten werden, weil er aller genossenschaftlichen Anschauung entgegengesetzt sei und sonst das System sprengte. Nach meinem Dafürhalten bedarf eine derartige Methode in der Jurisprudenz keiner Widerlegung.

e) Da PREUSS nun aber mit bewundernswerter Hartnäckigkeit an seiner Theorie festhält, so findet er zunächst auch keinen anderen Unterschied zwischen Staat und Gemeinde als einen graduellen. Er meint³⁾, bei Reich, Staat und Gemeinde seien genossenschaftliche und anstaltliche Elemente gemischt, wobei er das Wesen der Anstalt in einer von außen für irgendeinen rechtlichen Verband konstituierten Einheit erblickt. Die Mischung körperschaftlicher und anstaltlicher Elemente aber sei bei Reich, Staat und Gemeinden eine verschieden abgestufte, indem bei letzterer anstaltliche Momente am stärksten hervortreten.

M. E. ist diese Auffassung unhaltbar. Körperschaft und Anstalt sind begrifflich entgegengesetzt; erstere bildet ihren Willen selbst, letztere erhält ihn von außen aufgedrückt. Will nun PREUSS, was wohl anzunehmen ist, sagen, daß die Gemeinde in ihrer Willensbildung rechtlich nicht immer frei ist, so hat er recht; durch seine Ausdrucksweise aber stiftet er die größte Verwirrung. Tatsächlich erkennt auch PREUSS Reich, Staat und Gemeinden als öffentlichrechtliche Körperschaften an.

Wenn PREUSS⁴⁾ als Unterscheidungsmerkmal zwischen Gemeinde und Staat das Moment der Herrschaft ablehnt, so wird man ihm darin beipflichten müssen. Die Willensüberordnung sei jedem Gemeinewillen den ihn bildenden Einzelwillen gegenüber und damit jeder Gesamtperson den eingegliederten Einzelpersonen gegenüber eigentümlich. Es sei daher eine völlig aprioristische *petitio principii*, wenn man aus der Stufenreihe dieser Gemeinwesen eines heraushebe, um unter der Firma „Staat“ diese allen Gemeinwesen eigene und deshalb stets nur relative Willensüberordnung als Monopol gerade in seinen Begriff einzuschleiben.

1) Vgl. hierzu die bei GIESE: RV. Ziff. II Anm. 3 und Ziff. III zur Überschrift des ersten Abschnitts angeführte Literatur.

2) Gemeinde, Staat usw., S. 243 ff.

3) Ebendort, S. 257. 4) Festgabe f. Laband, Bd. 2, S. 234.

PREUSS hat mit seinen Ausführungen aber unrecht, wenn er aus dem Vorstehenden die Unmöglichkeit der staatlichen Delegation des Herrschaftsrechts auf die Gemeinden folgert. M. E. widerspricht es der Tatsache, daß jede nach Art einer Gemeinde organisierte Körperschaft Herrschaftsrechte hat, nicht, daß sie diese Herrschaftsrechte erst gleichzeitig mit ihrer Organisation erhalten hat¹⁾.

Schließlich sieht aber PREUSS²⁾ doch selbst ein, daß ein Unterscheidungsmerkmal zwischen Staat und Gemeinde bestehen muß. Er geht dabei vom Gebiet aus. In diesem erkennt er einen rechtlichen Begriff, ja sogar ein Rechtsverhältnis wie die Staatsangehörigkeit. Das Recht am Gebiet sei das Wesen der Gebietskörperschaft. M. E. liegt aber ein Widerspruch in den nun folgenden Ausführungen von PREUSS, wenn er, der stets das eigene ursprüngliche Herrschaftsrecht der Gemeinde besonders betont und dieses auch einer entgegenstehenden Rechtsordnung gegenüber aufrechterhält, jetzt plötzlich der Gemeinde die Gebietshoheit, d. h. die rechtliche Fähigkeit, sich selbst wesentlich zu verändern, bzw. aufzulösen, abstreitet. Damit kommt er doch noch zu einem Wesensunterschied von Staat und Gemeinde. Er sieht ihn in dem Fehlen der Gebietshoheit der Gemeinde. Gewiß nähert sich PREUSS den tatsächlichen Verhältnissen und dem positiven Rechte wieder, aber eine Übereinstimmung mit seinen sonst so folgerichtig durchgeführten Grundanschauungen wird man hier vergeblich suchen. Im übrigen ist das von PREUSS hier aufgestellte Merkmal lediglich der Ausfluß der Tatsache, daß die Gemeinden kein eigenes, sondern nur vom Staate abgeleitetes Herrschaftsrecht besitzen. Im Ergebnis liegt also auch für PREUSS, ohne daß er es seiner Theorie zuliebe eingesteht, das Unterscheidungsmerkmal dort, wo es auch nach meiner Ansicht zu finden ist.

f) Das Unterscheidungsmerkmal von Staat und Gemeinden sieht LABAND³⁾ darin, daß die Länder einer Fülle von Befugnissen und öffentlich-rechtlicher Macht kraft eigenen Rechts haben, nicht auf Grund der Übertragung vom Reich, auch nicht zur Durchführung seines Willens, sondern als selbständige Rechtssubjekte mit eigener Herrschaftssphäre. Freilich, da das Reich die Kompetenzkompetenz besitze, so könne man sagen, daß die Einzelstaaten ihre obrigkeitlichen Rechte nur durch Duldung des Reichs, nur ex precario, haben. Aber wenn sie auch aus dem Willen des Reichs entspringen, so wurzeln sie doch nicht darin, sondern haben ihren positiven Grund in der historischen Tatsache, daß sie vor dem Reich bereits existent waren.

¹⁾ Im übrigen verwechselt PREUSS bei seiner Polemik gegen LABAND, mit der die hier erwähnten Ausführungen PREUSS' in engstem Zusammenhange stehen, individualistische Herrschaftsverhältnisse, die freilich im modernen Staate kaum noch vorkommen, und individualisierte, d. h. solche, bei denen der Herrschaftswille zwar ein kollektiver, aber in die Form des Willens einer juristischen Person gekleidet ist.

²⁾ Gemeinde, Staat usw., S. 272 ff., 406. — Zum gleichen Ergebnis kommt auf anderem Wege ROSENBERG (Arch. f. öff. Recht, Bd. 14, S. 364).

³⁾ Staatsrecht, Bd. I, S. 105 f.

Die Ausführungen LABANDS sind sehr bedenklich. Ist die Unterscheidung nach der eigenen Sphäre schon auf Grund der Ausführungen des ersten Kapitels nicht haltbar, so muß man bei der vorstehenden Deduktion überhaupt fragen, ob sie nicht ebenso wie auf Reich und Staat auch auf die Gemeinden paßt. Das Problem schließlich ins Historische zu drehen, ist erst recht nicht möglich, da, wie bereits oben¹⁾ ausgeführt, alsdann alles darauf ankommt, wo man die Geschichte anfängt. Es scheint freilich, als ob LABAND den Kernpunkt zwar gefühlsmäßig erfaßt hat, nämlich die Tatsache, daß die Gemeinden, die unter der Herrschaft des Absolutismus keine Selbstverwaltungskörperschaften mehr waren, erst vom Staate wieder mit der Eigenschaft einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft und eigenen Rechten bewidmet worden sind, während das Reich bei den Einzelstaaten dies alles fertig vorgefunden und nur von sich aus in einzelnen Punkten beschränkt hat.

g) Der richtigen Lösung schon näher kommt v. BLUME²⁾. Er sieht den Unterschied von Bundesstaat und Gemeinde darin, daß letztere ihre Stellung und Verfassung von ersterem empfängt, während die Gliedstaaten des Reiches selbst Schöpfer der Reichsverfassung und damit der Reichsgewalt sind und sich selbst ihre Verfassung geben.

h) Diese Ausführungen passen heute jedenfalls nicht mehr ganz, nachdem nach der Weimarer Reichsverfassung nicht die Gliedstaaten, sondern das deutsche Volk als solches Schöpfer der Verfassung ist. Aber abgesehen von dieser Abweichung wird doch der Kernpunkt berührt, den insbesondere KORMANN³⁾ richtig erfaßt hat. Nach ihm ermangelt den Gemeinden die rechtliche Unbeschränktheit, die für die Staatsgewalt und die Staatszwecke nicht immer, aber doch der Regel nach besteht; ferner fehlt die Ursprünglichkeit, die das eigentliche Wesen der Staatsgewalt ausmacht. Alle kommunale obrigkeitliche Gewalt ist vom Staate abgeleitet, und dieses Abgeleitetsein bezieht sich gerade auf den sog. eigenen Wirkungskreis, während der übertragene ja überhaupt staatlich ist. Wenn auch die Gemeinden an sich älter als Reich und Staat sind, so ist doch der eigene Wirkungskreis der ersteren vom Staate neugeschaffen.

Die Ausführungen KORMANNS decken sich mit der oben gegebenen Definition der Gemeinde; nur sie halten allen Einwänden gegenüber stand, sobald die oben⁴⁾ widerlegte Anschauung von den originären eigenen Rechten als unrichtig erkannt ist.

6. Einen besonderen Vorzug der gegebenen Begriffsbestimmung erblicke ich schließlich darin, daß sich in weitestem Umfange materieller und formeller Begriff der Gemeinde decken; damit wird eine wichtige Forderung jeder auf positivem Rechte beruhenden Wissenschaft erfüllt⁵⁾.

IV. Unsere modernen Gesetze bezeichnen als Gemeinden die Land- und Stadtgemeinden, Kreise, Provinzen und Samtgemeinden sowie

¹⁾ Vgl. S. 20. ²⁾ Selbstverwaltung. S. 13.

³⁾ Annalen 1911, S. 858. ⁴⁾ Vgl. S. 23 ff.

⁵⁾ Vgl. HOFACKER: Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform, besonders S. 74.

einzelne Sondergebilde. Sie alle fallen unter die oben aufgestellte Begriffsbestimmung.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß heute jedes Grundstück zunächst einer Ortsgemeinde, dann — soweit es solche in dem betreffenden Bezirke gibt — einer Samtgemeinde, ferner einem Kreis und einer Provinz angehört. Ausnahmen bestehen jedoch nach verschiedener Richtung. So existieren neben den Ortsgemeinden in Preußen noch Gutsbezirke und kommunalfreie Grundstücke, die der kommunalen Eigenschaft ermangeln. In Stadtkreisen fallen Orts- und Kreisgemeinde zusammen. Das Gebiet der Stadt Berlin und des Kreises Herzogtum Lauenburg gehören keiner Provinz an. In der Provinz Hessen-Nassau bestehen zwischen Kreis und Provinz noch die beiden sog. Landeskommunalverbände. All das sind Ausnahmen, die aber von grundsätzlicher rechtlicher Bedeutung nicht sind.

1. Wichtiger sind schon die Unterschiede, welche zwischen den einzelnen Arten von Kommunalverbänden bestehen. Man wird sich bei allen Unterscheidungen mit formalen Merkmalen begnügen müssen. Ob eine Gemeinde Stadt- oder Landgemeinde ist, dafür gibt es kein aus ihrer Natur sich ergebendes Kennzeichen. Maßgebend ist heute nur, ob sie den Namen „Stadt“ führt oder nicht. In der Regel aber wird man mit § 2 des Entwurfs der neuen Städteordnung sagen können, daß eine Stadt eben eine örtliche Gemeinde ist, die nach der Städteordnung, eine Landgemeinde eine solche, die nach der Landgemeindeordnung verwaltet wird. Wann das eine oder andere der Fall ist, dafür ist einmal die historische Entwicklung maßgebend, dann aber — und hier zeigt sich der grundlegende Einfluß des Staats auf die Gemeinden — der Wille der Staatsregierung.

Als derzeitige Ausnahme mag erwähnt werden, daß es in der Rheinprovinz und in Westfalen eine Reihe Titularstädte gibt¹⁾ d. h. Städte, die noch aus alter Zeit diesen Namen führen, aber nach der Landgemeindeordnung verwaltet werden²⁾. Der Entwurf der neuen Städteordnung stellt nur einen inneren Widerspruch richtig, wenn er im § 128 Abs. 2 diese Titularstädte einem Beschluß des Staatsministeriums unterwirft, der sie je nach ihrer Bedeutung zu richtigen Städten oder echten Landgemeinden macht.

In sämtlichen preußischen Provinzen³⁾ wird das Recht, nach der Städteordnung der betreffenden Provinz verwaltet zu werden, einer Landgemeinde — freilich in der Regel nach Anhörung kommunaler Vertretungen — vom Staatsministerium verliehen und entzogen.

Ob das Staatsministerium bei Vorliegen der im einzelnen Falle vor-

¹⁾ Beispiele vgl. bei HOHMEYER: Die Titularstädte in Minden-Ravensberg. Preuß. Gem.-Ztg. 1925, S. 52.

²⁾ Vgl. § 1 rhein. LGO., §§ 1, 66 westf. LGO., § 21 rhein., westf. KrO.

³⁾ Vgl. § 1 östl. LGO., § 1 westf. StO., § 1 westf. LGO., § 1 rhein. StO., § 4 hann. StO., § 96 schlesw. StO., § 1 schlesw. LGO., § 1 hess. StO., § 1 hess. LGO.

Im Falle der Wiederherstellung früherer Gemeinden als Gemeinden in der Rheinprovinz entscheidet nach § 2 rhein. LGO. der Oberpräsident.

geschriebenen Voraussetzungen (Zustimmung, Anhörung usw.) die Verleihung des Stadtrechts aussprechen will, steht in seinem freien Ermessen.

Auch die neuen Entwürfe¹⁾ wollen hieran nichts ändern. Es wird auch künftig eine solche Statusänderung nur durch Beschluß des Staatsministeriums erfolgen, dessen formelle Voraussetzungen ein Antrag der betreffenden Gemeinde und die Anhörung von Kreistag und Provinziallandtag sind. Freilich beschränken die Entwürfe das freie Ermessen des Staatsministeriums durch die Vorschrift, daß eine Landgemeinde dann zur Stadt erklärt werden soll, wenn sie überwiegend städtischen Charakter und mehr als 10 000 Einwohner hat. Ob man die beiden letztgenannten Erfordernisse überhaupt aufstellen oder anders formulieren soll, ist im Landtagsausschuß²⁾ Gegenstand eingehender Beratung gewesen, wobei insbesondere auch auf die verschiedene Bedeutung gleich großer Städte in den einzelnen Teilen Preußens hingewiesen wurde. Daß jedenfalls die erwähnte Bestimmung nur einen Anhalt geben kann, ergibt sich schon aus der Tatsache, daß man heute mehr und mehr erkennt, daß ein begrifflicher Unterschied zwischen Stadt- und Landgemeinden nicht besteht. Es sind daher schon jetzt nach dem Vorbilde ausländischer Staaten (z. B. Hollands) manche deutschen Länder von der rechtlichen Unterscheidung der Gemeinden in Stadt- und Landgemeinden abgegangen (z. B. Thüringen). Es sind Anzeichen dafür vorhanden, daß auch Preußen diesen Weg betreten wird. So sehr es zu bedauern wäre, wenn man dazu käme, die Unterscheidung von Stadt- und Landgemeinden zu beseitigen und damit ein wertvolles Stück alter Tradition und Geschichte unserem kommunalen Leben zu rauben, so wäre es doch auf der anderen Seite zu begrüßen, wenn die in vielen Paragraphen übereinstimmende Städte- und Landgemeindeordnung zu einem einzigen übersichtlich geordneten Gesetze vereinigt würden.

2. Der Unterschied von Ortsgemeinden und Kreisen könnte materiell in der Art der Aufgaben — örtliche und weitergehende — sowie in der Zugehörigkeit einer Mehrheit von Gemeinden zum Kreise gefunden werden. Mit der ersten Unterscheidung ist praktisch nichts anzufangen; gegen die zweite spricht die Existenz der Stadtkreise, die ihrem eigentlichen Wesen nach gleichzeitig Orts- und Kreisgemeinden sind. Die Forderung der Zugehörigkeit einer Mehrheit von Gemeinden würde zur Folge haben, daß Kreise, die aus nur einer Gemeinde bestehen und lediglich aus organisatorischen und systematischen Gründen in verschiedener Hinsicht formell den Landkreisen, den eigentlichen Kreisen, gleichgestellt werden, eben keine Kreise wären. Eine solche Auffassung wäre aber mit dem klaren Wortlaute des § 169 der östl. Kreisordnung und den ihm entsprechenden Vorschriften der übrigen Kreisordnungen unverträglich und ist daher abzulehnen.

Man kommt also wieder zu dem formalen Merkmal, ob der Verband nach der Kreisordnung verwaltet wird oder nicht.

1) Vgl. § 2 Abs. 3 Entw. StO., § 2 Abs. 3 Entw. LGO.

2) Drucks. 1924, Nr. 8320 A, S. 42 ff.

Die Entstehung von Landkreisen beruht auf Gesetz, ist also der höchsten staatlichen Einwirkung unterworfen. Da heute das ganze Staatsgebiet in Kreise eingeteilt ist, kann die Schaffung eines neuen Kreises nur durch Änderung der Grenzen der bestehenden Kreise, also nach sämtlichen Kreisordnungen¹⁾ nur durch Gesetz erfolgen.

Anders liegt es mit der Neubildung von Stadtkreisen, die aus bisher kreisangehörigen Gemeinden entstehen und wo es einer Änderung der Grenzen der bereits bestehenden Kreise nicht bedarf. Hier hat sich der Staat insofern die Entscheidung vorbehalten, als eine „Auskreisung“ einer Stadt aus einem Landkreise stets eines Beschlusses des Ministers des Innern²⁾ bedarf. Freilich muß letzterer die Auskreisung anordnen, wenn die betreffende Stadt in Westfalen 30000, in der Rheinprovinz 40000, in allen anderen Provinzen 25000 Einwohner hat und einen diesbezüglichen Antrag stellt. Es ist nicht anzunehmen, daß die neuen kommunalen Verfassungsgesetze, was die staatliche Erklärung der Auskreisung anbelangt, etwas ändern werden. Zu wünschen wäre aber, daß sie im Interesse der Erhaltung leistungsfähiger Landkreise in den dichter bevölkerten Gegenden die entscheidende Einwohnerzahl nicht zu niedrig festsetzen und der entscheidenden staatlichen Stelle in keinem Falle einen gesetzlichen Zwang auferlegen, dem Antrage bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen stattzugeben. Man muß berücksichtigen, daß seinerzeit, als die maßgebenden Einwohnerzahlen in die Kreisordnungen aufgenommen wurden, Städte von 25000, 30000 und 40000 Einwohnern eine viel größere Bedeutung im Lande hatten als heute, wo die Zahl solcher Städte in Preußen sich gegenüber den 70er und 80er Jahren um ein Vielfaches vermehrt hat.

3. Auch die rechtliche Natur der Provinzen läßt sich nur formal feststellen. Es sind diejenigen Gemeindeverbände, welche nach den Provinzialordnungen verwaltet werden. Nicht viel mehr besagt auch die Definition von SCHOEN³⁾, welcher darunter Gemeinden höchster Ordnung versteht, welche mehrere Gemeinden mittlerer Ordnung umfassen. Sieht man von den beiden Ausnahmen der Stadt Berlin und des Kreises Herzogtum Lauenburg ab, die keinem Provinzialverbände angehören, einem solchen aber in mehrfacher Hinsicht gleichstehen, so ist heute das gesamte Staatsgebiet auf die Provinzen aufgeteilt, so daß eine Neubildung die Änderung bestehender Grenzen voraussetzen und somit nach § 4 der Provinzialordnungen allgemein ein Gesetz erfordern würde.

4. Einer näheren Erörterung bedürfen noch die Samtgemeinden. NEUWIEM⁴⁾ definiert sie als „gesetzliche Verbindungen von Einzelgemeinden zu einem an einen staatlichen Verwaltungsbezirk sich anlehnenden Kommunalverband, dem die Selbstverwaltung einer von vornherein unbegrenzten Fülle von Aufgaben zusteht und dem stets die öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Rechtsfähigkeit zukommt“.

1) Vgl. § 3 östl., hann., hess., rhein., westf., schlesw. KrO.

2) § 4 östl., hann., hess., rhein., westf., schlesw. KrO.

3) Kommunalverbände, S. 438.

4) Zweckverbände, S. 45

Aus dieser Definition ist lediglich die Anlehnung an einen staatlichen Verwaltungsbezirk als Begriffsmerkmal auszumerzen, da sich nicht der Kommunalverband an den staatlichen Verwaltungsbezirk anzulehnen braucht, sondern umgekehrt auch der kommunale Verband das ältere Gebilde sein kann. Ersteres ist allerdings bei den rheinischen Landbürgermeistereien und westfälischen Ämtern, den Hauptbeispielen von Samtgemeinden¹⁾, der Fall. In der Tat aber sind diese Körperschaften heute bereits so stark entwickelt, daß sie einer Anlehnung gar nicht mehr bedürfen, diese also nicht als begriffswesentlich angesehen werden können.

Als Samtgemeinden kommen in Preußen neben den eben genannten in Betracht die Kirchspielslandgemeinden in den Kreisen Husum, Norder- und Süderdithmarschen²⁾.

Dagegen sind die sog. Samtgemeinden aus §§ 20, 83 der hannov. Landgemeindeordnung in Verbindung mit §§ 1 bis 9 der ministeriellen Ausführungsbekanntmachung vom 28. April 1859 (hann. Ges. S. S. 409) überhaupt nicht Gemeinden, sondern Zweckverbände³⁾. Es handelt sich bei ihnen um Vereinigungen von Gemeinden zur Erfüllung von bestimmten, im Statut näher dargelegten Zwecken⁴⁾.

Auch der vom Landtagsausschuß in den Regierungsentwurf der Landgemeindeordnung eingefügte § 125a erkennt die hannoverschen Samtgemeinden ausdrücklich als Zweckverbände an und folgt damit der hier vertretenen Ansicht⁵⁾.

Daß die Samtgemeinden wirkliche Gemeinden sind, ergibt sich aus der oben mitgeteilten Definition; für Schleswig-Holstein sind sie sogar die eigentlichen Gemeinden; hier spricht eigentümlicherweise die Vermutung für die kommunale Zuständigkeit der Kirchspielslandgemeinden⁶⁾. Fraglich ist nur, ob die Urgemeinde nicht die Gemeindeeigenschaft mit dem Dazwischentreten der Samtgemeinde verliert (a), und ferner, wie sich die Samtgemeinde von den höheren Kommunalverbänden unterscheidet (b).

a) Die westfälische Gemeinde hat trotz Dazwischentretens des Amtes die Totalität ihres Wirkungskreises grundsätzlich behalten; das Amt kann seinerseits jedoch diejenigen Angelegenheiten, welche für alle zu

¹⁾ Während solche Samtgemeinden in der Rheinprovinz nach §§ 7, 8 rhein. LGO. obligatorisch einzurichten waren, war die Einführung kommunaler Ämter in Westfalen nach §§ 4, 5 westf. LGO. nur fakultativ.

²⁾ Vgl. §§ 121 aff. schlesw. LGO.

³⁾ Richtig FRIEDRICH (Handbuch d. kommunalen Verwaltungs- und Verfassungsrechts, Bd. 1, S. 612, 614); unrichtig SCHOEN (Kommunalverbände S. 351).

⁴⁾ Es bestehen zur Zeit in Hannover 36 Samtgemeinden. Zweifelhaft kann ihr Verhältnis zu den Zweckverbänden des Zweckverbandsgesetzes sein. Ob noch neue Samtgemeinden nach dem Inkrafttreten des Zweckverbandsgesetzes gebildet werden dürfen, ist zweifelhaft; jedenfalls muß die Bildung nach den Vorschriften dieses Gesetzes erfolgen. Tatsächlich sind solche Neubildungen seit 1911 nicht mehr vorgekommen. Die in § 8 Abs. 2 Zweckverb. G. vorgesehenen Satzungsänderungen sind bisher noch nicht erfolgt.

⁵⁾ Ebenso § 118a des Entw. StO.

⁶⁾ Vgl. FRIEDRICH: Handbuch I, S. 614.

demselben gehörigen Gemeinden ein gemeinschaftliches Interesse haben, an sich ziehen (§ 5 westf. LGO.). Für die Rheinprovinz gilt im Grundsatz dasselbe (§ 8 rhein. LGO.); nur hat hier die tatsächliche Entwicklung und die erweiterte Zuständigkeit des Landbürgermeisters in Angelegenheiten der Gemeinde die Betätigungsgrenzen der Einzelgemeinden erheblich enger gesteckt. Deswegen haben letztere aber nicht aufgehört, prinzipiell die Totalität ihres Wirkungskreises zu behalten und damit eigene Gemeinden zu bleiben.

Erheblich schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob die Dorf- und Bauerschaften in Schleswig-Holstein, jene Glieder der Kirchspielslandgemeinden, noch als Gemeinden angesehen werden können. Nach § 121a schlesw.-holsteinscher Landgemeindeordnung bleiben sie als öffentliche Körperschaften für diejenigen kommunalen Zwecke bestehen, welchen sie bisher gedient haben oder welche von ihnen unter Zustimmung der Kirchspielslandgemeinde und unter Bestätigung des Bezirksausschusses künftig übernommen werden. Die Dorf- und Bauerschaften üben Herrschaftsrechte aus; insbesondere haben sie ein Steuererhebungsrecht. § 12 des preuß. Ausführungsgesetzes zum Finanzausgleichsgesetz in der Fassung der Verordnung vom 28. März 1925 (GS. S. 44) schreibt auch eine Beteiligung der Bauerschaften an den Reichsteuerüberweisungen vor. Wollte man sie nicht als Gemeinden anerkennen, so könnte man nur mit Rücksicht auf den genannten § 121a die Totalität ihres Wirkungskreises bestreiten. Tatsächlich aber besteht sowohl bei Dorf- und Bauerschaften wie bei Kirchspielslandgemeinden eine solche Totalität. Es ist hinsichtlich des Wirkungskreises das Verhältnis der Kirchspielslandgemeinde zur Dorf- und Bauerschaft das umgekehrte wie von Landbürgermeisterei zur Einzelgemeinde. Die eine hat nur diejenigen Aufgaben zu erfüllen, die sie ausdrücklich aus dem Wirkungskreis der anderen an sich zieht oder überwiesen erhält. Dabei ist aber der Umfang der in jedem Falle den einzelnen Arten von Körperschaften zustehenden Aufgaben grundsätzlich unbeschränkt. M. E. sind daher die Dorf- und Bauerschaften als wirkliche Gemeinden anzuerkennen¹⁾.

Das Oberverwaltungsgericht²⁾ vertritt freilich einen anderen Standpunkt. Es hält die Dorf- und Bauerschaften zwar anders als bloße Ortsteile für öffentliche Körperschaften — das steht ja auch im Gesetz —, im übrigen aber nur für unvollkommene kommunale Gebilde mit beschränkter eigener Verwaltung, die keine Landgemeinden seien. Warum aber begrifflich die Dorf- und Bauerschaften nicht zu den Landgemeinden gehören sollen, erfahren wir nicht. Die einzige Stütze bildet die Begründung zu § 121a des Entwurfes der Landgemeindeordnung für Schleswig-Holstein³⁾, die die Dorf- und Bauerschaften als besondere

¹⁾ Ebenso im Ergebnis SCHOEN: Kommunalverbände, S. 360; FRIEDRICH: Handbuch I, S. 614; FRIEDRICHs: Kommunalabgabenges., S. 2. § 138 Abs. 2 Satz 4 Entw.LGO. erklärt sie gleichfalls zu Gemeinden.

²⁾ OVG. Bd. 71, S. 213; OVG. i. Pr.Verw.Bl., Bd. 46, S. 161.

³⁾ Vgl. III. Anl. Bd. 1892, Nr. 120, S. 1669 zu den Sten. Ber. des Abgeordn.-Hauses.

Gemeinden neben den Kirchspielslandgemeinden nicht anerkennen will, auch wieder ohne zu sagen, welches Merkmal einer Gemeinde den Dorf- und Bauerschaften fehlt.

Das Oberverwaltungsgericht begeht hier einen Fehler, der sich bei ihm relativ häufig findet: es legt zu großes Gewicht auf die Gesetzesmaterialien. Gewiß ist zuzugeben, daß dort, wo gleichviele Gründe für die eine und die andere Ansicht sprechen, die Entscheidung über den wirklichen Inhalt des Gesetzes in den Materialien gefunden werden kann. Diese müssen aber immer ein letztes Hilfsmittel bleiben; es ist ihnen regelmäßig keine andere Bedeutung zuzubilligen wie einem Kommentar. Man muß sich stets vor Augen halten, daß auch unwidersprochen bleibende Äußerungen und nicht zur Erörterung gelangte Sätze der Begründung eines Gesetzes noch keineswegs von allen Mitgliedern der gesetzgebenden Körperschaften, nicht einmal notwendig von der entscheidenden Mehrheit gebilligt zu werden brauchen. Die parlamentarischen Gründe, aus denen geredet oder geschwiegen zu werden pflegt, sind häufig ganz andere und so unsachliche, daß nur eine übertrieben doktrinaire Auffassung daraus sichere Schlüsse auf die Interpretation eines Gesetzes ziehen wird.

Da im vorliegenden Falle die Dorf- und Bauerschaften in der Tat alle Wesenserfordernisse einer Gemeinde besitzen, so ist es willkürlich, ihnen die Eigenschaft von Gemeinden abzusprechen.

Nach § 121e der schlesw. LGO. gibt es neben den Dorfschaften noch die sog. Köge, deren rechtliche Natur sehr zweifelhaft ist und über deren Wesen bisher auch die Literatur kaum Aufschluß gibt¹⁾.

Dabei ist zunächst zu beachten, daß es Köge nicht nur, wie die Fassung des § 121 e a. a. O. annehmen läßt, im Kreise Husum, sondern auch in den Kreisen Norder- und Süderdithmarschen gibt.

Zwischen beiden Gruppen bestehen aber grundlegende Unterschiede. In den beiden letztgenannten Kreisen existieren neben den oben erwähnten Kirchspielslandgemeinden noch neun Köge, die nichts anderes als selbständige bewohnte Landgemeinden mit allen diesen zustehenden Aufgaben sind und die sich von den Kirchspielslandgemeinden nur dadurch unterscheiden, daß in ihnen keine Dorf- und Bauerschaften zusammengefaßt sind, so daß sie also keine Unterbezirke haben²⁾. Daß in Süderdithmarschen der Gemeindevorsteher die Amtsbezeichnung „Koogsvorsteher“ führt, ist ein rein äußerlicher Unterschied.

Anders liegen die Verhältnisse im Kreise Husum. Dort gibt es einmal unselbständige Köge, die Teile von Gemeinden sind und als solche

¹⁾ Vgl. SCHOEN: Kommunalverbände, S. 360, wo sie mit einem kurzen Hinweis als „kommunale Eigentümlichkeit“ abgetan werden.

²⁾ Daneben gibt es in diesen beiden Kreisen noch sog. Sommerköge, welche nur im Sommer gegen Wasser geschützt und im Winter überflutet sind. Sie sind unbesiedelt und gehören zu den an sie grenzenden politischen Gemeinden.

Auch heute noch können neue Köge durch Eindeichung entstehen. Das gewonnene Land gehört dann zu der angrenzenden Koogsgemeinde so lange, bis nach § 2 Ziff. 1 der schlesw. LGO. durch Beschluß des Staatsministeriums eine eigene Gemeinde daraus gebildet wird.

nicht weiter in Betracht kommen. Selbst soweit sie öffentlich-rechtliche Körperschaften sind, sind sie nicht Gemeinden, weil sie nur ganz bestimmte, das Deichwesen betreffende Aufgaben zu erfüllen haben. Dagegen wird man die selbständigen Köge als richtige Gemeinden anzusehen haben. Sie gehören neben den Dorfschaften zu den Kirchspielslandgemeinden¹⁾ und erfüllen ebenso wie erstere die verschiedensten Aufgaben, freilich unter den für die Dorfschaften geltenden Einschränkungen. So liegt ihnen z. B. neben den Deichangelegenheiten auch das Wegebauwesen ob. Man wird in ihnen — entsprechend den über ihre Rechtsnatur in Schleswig-Holstein selbst herrschenden Anschauungen — entgegen der nicht näher begründeten Auffassung des Oberverwaltungsgerichts²⁾ eigene Gemeinden zu erkennen haben. Dabei ist, wie sich aus unserer Definition der Gemeinde ergibt, kein Hinderungsgrund die Tatsache, daß eine Reihe dieser Köge unbesiedelt ist³⁾.

Nicht zu verwechseln mit den Kirchspielslandgemeinden in Schleswig-Holstein sind die zwölf Kirchspiele des Kreises Hadeln, auf die § 29 der hann. Kreisordnung anspielt. Sie sind keine Samtgemeinden, sondern einfache Gemeinden, mit einer Jahrhunderte alten, freilich mehrfach abgeänderten Verfassung. Die preußische Gesetzgebung hat an ihnen nicht gerührt, und so führt noch heute der aus einem Schultheiß und mehreren Landschöffen bestehende Gemeindevorstand die Bezeichnung „Kirchspielgericht“. Die rechtliche Natur der Kirchspiele als echte Landgemeinden wird dadurch nicht berührt⁴⁾.

b) Der materielle Unterschied von Samtgemeinde und Kreis ist lediglich darin zu finden, daß ersterer ebenso wie der Ortsgemeinde die Verwaltung lokaler Aufgaben obliegt, während der Kreis als sog. Kommunalverband höherer Ordnung diejenigen Aufgaben zu erfüllen hat, die über das örtliche Interesse hinausreichen. Alle übrigen Unterscheidungsmerkmale halten einer näheren Kritik nicht stand. Insbesondere läßt sich aus der Art der Verbindung kein Schluß ziehen. Es gibt Ämter und Landbürgermeistereien, die aus nur einer Gemeinde bestehen, und es gibt Kreise, nämlich die Stadtkreise sowie die Insel Helgoland, welche nur eine Gemeinde umfassen. Daß die Amts- und Bürgermeistereivertretung sich anders zusammensetzt wie der Kreistag, ist nur ein äußer-

¹⁾ Eine Merkwürdigkeit ist, daß manche selbständigen Köge zu mehreren Kirchspielslandgemeinden gehören.

²⁾ OVG. Bd. 69, S. 143. Auch das OVG. setzt die selbständigen Köge des Kreises Husum den Dorf- und Bauerschaften gleich, so daß die oben gegebene Widerlegung der Ansicht, die Dorfschaften seien keine Gemeinden, auch für die Köge Geltung beanspruchen kann.

³⁾ Wegen der ganz ähnlich liegenden Rechtsverhältnisse der abgesonderten Gemarkungen und Einzelortschaften in Hohenzollern vgl. OVG. Bd. 69, S. 141.

Im übrigen vgl. hierzu MERK: Badisches Gemarkungsrecht, S. 2ff. Das Hohenzollernsche Gemeinderecht steht in seiner historischen Entwicklung dem badischen näher als dem preußischen.

⁴⁾ Für die Verwaltung der Kirchspiele gilt heute noch die Verordnung über die Rechtspflege und Verwaltung im Lande Hadeln vom 1. Sept. 1852 (hann. Ges. S., S. 339).

licher Unterschied, dessen Beseitigung oder wenigstens Verminderung eine notwendig zu erhebende Forderung ist. Man wird daher kommen müssen, auch hier wieder den Hauptunterschied zwischen Samtgemeinde und Kreis in dem formalen Element zu sehen, ob die betreffende Körperschaft nach der Kreisordnung als Kreis oder nach dem jeweils in Betracht kommenden Gemeindeverfassungsgesetz als Samtgemeinde verwaltet wird.

c) Die staatliche Einwirkung auf die Bildung von Ämtern und Landbürgermeistereien ist insofern gesichert, als die Entstehung solcher Kommunalverbände von dem Bestehen entsprechender staatlicher Verwaltungsbezirke abhängig ist. Hinsichtlich der Kirchspielslandgemeinden, Bauerschaften, Dorfschaften und Köge gelten die für die Neubildung von Gemeinden allgemein in Kraft befindlichen Vorschriften, also § 2 der schlesw. LGO., wonach jede Neubildung einer Gemeinde der Genehmigung des Staatsministeriums bedarf.

5. Aber Städte, Landgemeinden, Kreise, Provinzen und Samtgemeinden sind nicht die einzigen Arten von Gemeinden, die es in Preußen gibt und auf deren Status der Staat Einfluß nimmt. Es gibt noch eine Reihe von Zwischenstufen und kommunalähnlichen Gebilden, deren Rechtsnatur oft schwer festzustellen ist.

a) Zunächst kennt man¹⁾ in fast allen Provinzen Gemeinwesen, von denen es zweifelhaft ist, ob sie zu den Städten oder zu den Landgemeinden gehören. Steht fest, daß sie sicher das eine oder andere sind, ist also nur ungewiß, unter welche von beiden Gruppen sie fallen, so kann in derartigen Streitigkeiten im Verwaltungsstreitverfahren ein entsprechendes Feststellungsurteil herbeigeführt werden.

Daneben aber gibt es Gemeinwesen, von denen gesetzlich feststeht, daß sie zwar Ortsgemeinden sind, aber weder zu den Städten noch zu den Landgemeinden gehören. § 1 Abs. 2 der östl. Städteordnung und § 95 der Städteordnung für Schleswig-Holstein kennen die sog. Flecken. Diese Flecken sind echte Ortsgemeinden mit deren sämtlichen Eigentümlichkeiten; lediglich ihre Verfassung weicht von der der Städte und Landgemeinden ab, zwischen denen sie stehen. Durch Beschluß des Staatsministeriums können sie schon jetzt zu Städten oder Landgemeinden gemacht werden. § 128 des Entwurfs der neuen Städteordnung schreibt ihre Beseitigung auf diesem Wege zwingend vor.

Nach § 4 der hannov. Städteordnung fand dieses Gesetz nur auf einen Teil der früheren Städte Anwendung, während die übrigen damaligen Städte durch § 2 der hannov. Landgemeindeordnung zu Landgemeinden gemacht wurden. Wenn diese letzteren auch hinsichtlich ihrer Verfassung gemäß § 2 Abs. 2 der hannov. Landgemeindeordnung und §§ 61 ff. der Bekanntmachung des hannoverschen Ministeriums des Innern vom 28. April 1859 eine Sonderstellung einnehmen, so sind sie doch als echte Landgemeinden anzusehen.

¹⁾ Vgl. zum folgenden die Begründung z. Entw. der StO. (Landtagsdrucks. 1922, Nr. 4040, zu § 128).

b) Zweifelhaft kann sein, ob die „Fürstlichen Gemeinden“ in den Kreisen Neuwied und Wetzlar¹⁾ echte Gemeinden sind. Durch den Rezeß vom 22. November 1861²⁾ war dem Fürstlichen Hause Solms-Braunfels das Recht verliehen worden, aus seinen Domänen eigene Gemeinden zu bilden. Ähnlich waren die Befugnisse des Fürsten zu Wied, auf Grund eines Rezesses vom 25. Juni 1860³⁾. Die tatsächliche und rechtliche Lage in den Fürstlichen Gemeinden ist der der Gutsbezirke in den östlichen Provinzen vergleichbar. Eine Gemeindevertretung besteht nicht. Der Gemeindevorsteher wurde bisher vom Fürsten ernannt. Gemeindesteuern werden nicht erhoben. Die kommunalen Bedürfnisse bestreitet der Fürst. Die erwähnten Rezesse sind jedoch durch § 41 Nr. 33, 36 des Gesetzes vom 23. Juni 1920 (GesS. S. 367) aufgehoben; die Gemeinden aber bestehen in ihrer Sonderstellung noch fort.

Die Fürstlichen Gemeinden sind wirkliche Gemeinden mit allen Merkmalen einer solchen. Während die Sonderstellung der Gutsbezirke auf Gesetz beruht, unterscheiden sich die Fürstlichen Gemeinden ihrem Wesen nach rechtlich überhaupt nicht von anderen Gemeinden. Kommt es schon nach der oben gegebenen Definition auf die Organisation einer Gemeinde für ihre Eigenschaft als solche nicht an, so ist hier festzustellen, daß der augenblicklich bestehende Zustand ein rechtswidriger ist, der nur deswegen noch keine Abänderung erfahren haben mag, weil die Bewohner zufrieden sind und die Aufsichtsbehörden es nicht für zweckmäßig halten, eine juristisch und politisch schwierige Frage aufzurollen.

c) Zweifelhaft kann ferner sein, ob die sog. Restkreise in Oberschlesien noch wirkliche Kreise sind. Daß sie Gemeinden sind, kann schon aus dem Wortlaut der Überschrift und dem § 1 des Gesetzes über eine vorläufige Regelung der Verwaltung in den zum oberschlesischen Abstimmungsgebiet gehörigen Kommunalverbänden vom 27. Juli 1922 (GesS. S. 198) gefolgert werden. Sie sind aber auch Kreise geblieben. Dadurch, daß von einem Kreis ein Stück losgetrennt wird, ändert der übrigbleibende Teil seine Rechtsnatur nicht. Ob das abgetrennte Stück groß oder klein ist, ob sogar die Kreisstadt mit abgetrennt wird oder nicht, ist lediglich ein qualitativer Unterschied. Auch muß naturgemäß gleichgültig sein, ob der abgetrennte Teil zu einem preußischen Kreis zugeschlagen oder an einen ausländischen Staat abgetreten wird. Solange noch Gebiet — gleichviel von welcher Größe — mit den für eine Gemeinde aufgestellten Wesenserfordernissen vorhanden ist, bleibt der Restkreis als mit dem Vollkreis identische Rechtspersönlichkeit bestehen, bis er durch Gesetz beseitigt wird. Ob der Gesetzgeber die bisherige Rechtspersönlichkeit des Vollkreises durch eine neue als Rechtsnachfolgerin ersetzen will, ergibt sich gewöhnlich aus dem Namen. Ein

¹⁾ Vgl. Reg.-Amtsblatt der Regierung Koblenz v. 19. 11. 1885, Beilage zu Nr. 56. — Im ganzen gibt es 5 solche Gemeinden im Kreise Wetzlar und eine im Kreise Neuwied.

²⁾ Vgl. Reg.-Amtsblatt der Regierung Koblenz 1862, Nr. 28, S. 153.

³⁾ Vgl. Reg.-Amtsblatt der Regierung Koblenz 1861, S. 101.

Restkreis, der seinen bisherigen Namen weiterführt, hat seine mit dem Vollkreis identische Rechtspersönlichkeit im Zweifel behalten¹⁾.

d) Dagegen ist die Provinzial-Abwicklungsstelle Posen-Westpreußen²⁾ keine Gemeinde, weil ihr das Gebiet fehlt und das frühere Vorhandensein eines solchen lediglich die frühere Provinz, nicht aber ihre nach Abtretung des Landes an die Feindbundstaaten gebietslose Rechtsnachfolgerin zu einer Gebietskörperschaft macht.

e) Keine Gemeinde ist ferner der durch Gesetz vom 5. Mai 1920 (G.S. S. 286) begründete, mit den Rechten einer öffentlichen Körperschaft ausgestattete Siedlungsverband Ruhrkohlenbezirk³⁾. Wenn auch seinen Schöpfern vielleicht der Gedanke vorgeschwebt hat, in diesem Verbandsverbande den Grundstein zu einer künftigen Industrieprovinz zu legen, so ist er doch heute noch mit seinem Wirkungskreis auf die „Angelegenheiten, die der Förderung der Siedlungstätigkeit im Verbandsgebiete dienen“, beschränkt. Daraus ergibt sich, daß er in der Tat nur ein Zweckverband mit freilich weitgesteckten Zielen ist. Wie seine weitere Entwicklung verlaufen wird, läßt sich heute noch nicht recht übersehen. Es ist mit Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen, daß die siedlungstechnischen Erfolge des Verbandes politisch ausgewertet seinen Fortbestand und weiteren Ausbau trotz aller etwaigen Reibungen sichern werden. Solange der Verband, auf sein jetziges Gebiet beschränkt, seine segensreiche Arbeit in dem an siedlungspolitischen und siedlungstechnischen Problemen unendlich reichen Industriebezirk fortführt, wird man seine Existenz dankbar begrüßen!

f) Daß die Bezirke der Stadt Berlin keine eigenen Gemeinden sind, ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz, betr. die Bildung einer neuen Stadtgemeinde Berlin, vom 27. April 1920 (Ges.S. S. 123). Die Bezirke besitzen keine eigene Rechtspersönlichkeit; sie sind eben nach § 14 Abs. 1 a. a. O. bloße Verwaltungsbezirke. Auch die gesamten, in § 1 a. a. O. aufgezählten 67 Gemeinden haben mit der Vereinigung ihre Rechtspersönlichkeit verloren (§§ 1, 2 a. a. O.).

g) Allgemein anerkannt als Gemeindeverbände sind die beiden Landeskommunalverbände Cassel und Wiesbaden, welche, neben dem Provinzialverband Hessen-Nassau stehend, den größten Teil der regelmäßig den Provinzialverbänden obliegenden Aufgaben erfüllen. Die Totalität des Wirkungskreises besteht sowohl bei der Provinz als auch bei den Landeskommunalverbänden, so daß letztere nur mehr äußerlich insofern eine Ausnahmestellung einnehmen, als hier neben dem staatlichen Regierungsbezirk noch ein Kommunalverband und über diesem noch ein Provinzialverband steht.

h) Schließlich ist noch die Rechtsnatur der sog. kommunalständischen Verbände zu erörtern, von denen es in Literatur und Praxis

¹⁾ Die hier vertretene Auffassung entspricht der Ansicht der Praxis.

²⁾ Vgl. Ges. v. 21. Juli 1922 (Ges.S. S. 171) § 11 nebst Erl. v. 14. April 1923 (MinBl. inn. Verw., S. 439).

³⁾ Vgl. SCHMITZ: Landkreis und Ruhrsiedlungsverband i. Dtsch. Gemeindezeitung 1925, S. 70.

sehr zweifelhaft ist, ob sie zu den Gemeinden zu rechnen sind oder nicht. § 128 Abs. 3 der Provinzialordnung für die östl. Provinzen hat die Umbildung oder Aufhebung dieser kommunalständischen Verbände besonderen Gesetzen vorbehalten, jedoch sind nur einzelne von ihnen (z. B. in Pommern) aufgelöst worden. Zur Zeit bestehen in Altpreußen noch die drei kommunalständischen Verbände der Altmark, Nieder- und Oberlausitz¹⁾. SCHOEN²⁾ behandelt sie als „sog. Kommunalverbände im engeren Sinne“, welche nicht als ordentliche Bestandteile des Systems der Kommunalverbände erscheinen und „als Denkmäler der vergangenen ständischen Periode in die Neuzeit hineinragen“. Es sind die in veränderter Bedeutung erhaltenen ständischen Körperschaften einzelner selbständiger Landschaften. In der Regel erstrecken sie sich über mehrere Kreise und bilden gewissermaßen „Zwischenstufen zwischen den Kreisen und Provinzen ähnlich den Bezirksverbänden in Hessen-Nassau“.

Die Verbände der Ober- und Niederlausitz haben ihre ältere eigentümliche Verfassung bewahrt, während der Verband der Altmark in seinen kommunalständischen Institutionen mehr den Charakter eines Kreisverbands angenommen hat. Die neueren Gesetze, insbesondere die Provinzialordnung, haben ihnen nach und nach den größten Teil ihrer Aufgaben genommen. So bestimmte beispielsweise § 125 der östl. Provinzialordnung, daß ihre Verwaltung, soweit sie die Fürsorge für Landarme, Geisteskranke usw. betraf, bis spätestens zum 1. Januar 1878 mit allen Rechten und Pflichten auf die Provinzialverbände übergehen sollte. Wenn auch praktisch der Wirkungskreis der kommunalständischen Verbände heute sehr gering ist und ihre Tätigkeit sich in der Hauptsache nur noch auf die Unterhaltung von Wohlfahrtsanstalten verschiedener Art (z. B. Unterhaltung von Krankenhäusern) erstreckt, so bestehen sie doch mit ihrer eigenartigen Organisation, soweit ihre Tätigkeit mit der der Provinzialverbände nicht kollidiert, heute fort.

Allgemein anerkannt wird, daß die kommunalständischen Verbände früher echte Gemeinden waren. v. MÖLLER³⁾ sieht in ihnen „Organisationen, durch welche eine Mehrheit von Kreisverbänden zu einem einheitlichen Ganzen vereinigt ist“. Hat aber seit dieser Zeit eine Aufhebung oder innere Veränderung der genannten Verbände nicht stattgefunden, so muß angenommen werden, daß sie ihre bisherige Rechtsnatur nach wie vor beibehalten haben. Insbesondere kann aus der Beschränkung des Wirkungskreises der kommunalständischen Verbände allein nicht das Gegenteil geschlossen werden. Diese Beschränkung ist lediglich eine tatsächliche, insofern als durch Überweisung von Aufgaben an andere Verbände heute praktisch nur noch wenige Angelegenheiten für die hier in Rede stehenden Körperschaften übrig bleiben; rechtlich aber besteht die Totalität des Wirkungskreises der kommunalständischen Verbände fort.

1) Vgl. BORNHAK: Staatsrecht, Bd. 2, S. 364.

2) Kommunalverbände, S. 467.

3) Kreis- und Provinzialverbände, S. 136ff.

Auch Herrschaftsrechte wird man ihnen nicht abstreiten können. Am deutlichsten ergibt sich das aus der Existenz ihrer Steuerhoheit. Zwar verneint BORNHAK¹⁾ das Vorhandensein eines solchen Rechts. Doch die herrschende Meinung²⁾ nimmt das Recht auf Steuererhebung noch als bestehend an und stützt sich dabei auf § 28 der Verordnung vom 12. Dezember 1864 (Ges.S. S. 673) und die Kab.-Ordre vom 23. Januar 1865, in welchen die Steuerzuschläge der kommunalständischen Verbände noch erwähnt werden. Eine Aufhebung dieses Rechts ist seitdem weder ausdrücklich noch implicite durch irgendein anderes Gesetz erfolgt, insbesondere auch nicht durch das Kreis- und Provinzialabgabengesetz vom 23. April 1906 oder das Grundvermögensteuergesetz vom 14. Februar 1923, welch letzteres die kommunalständischen Verbände gar nicht erwähnt. Nachweislich hat der kommunalständische Verband der Oberlausitz noch bis zum Jahre 1875 Zuschläge zur Grundsteuer erhoben; freilich kann zweifelhaft sein, ob es sich hierbei um eine wirkliche Grundsteuer für den Verband und nicht um die in den östlichen Provinzen bekannten Kontributionsbeiträge handelte.

Hinsichtlich des Vorhandenseins der übrigen Begriffsmerkmale besteht kein Bedenken, die kommunalständischen Verbände als Gemeinden anzuerkennen. Daß ihre Verfassung der unserer heutigen Gemeindeverbände nicht entspricht, ja daß sie sogar allen modernen demokratischen Anschauungen zuwiderläuft, ändert daran ebensowenig wie die Tatsache, daß sich diese Verbände in unser heutiges kommunales System nicht eingruppiieren lassen und ihre Aufhebung erstrebenswert ist. Kein Gegenbeweis ist ferner der Einwand, daß die Ausführungsanweisung³⁾ vom 6. Oktober 1920 (MinBl. inn. Verw. S. 359) zum Gesetz vom 8. Juli 1920, betr. Regelung einiger Punkte des Gemeindebeamtenrechts, die Anwendung dieses Gesetzes auf die kommunalständischen Verbände ausschließt. Man wird darin eher einen Beweis dafür sehen, daß sie ohne eine solche Sonderbestimmung voraussichtlich unter die Gemeinden gerechnet worden wären, wobei dahingestellt bleiben kann, ob der Minister des Innern berechtigt ist, das Gesetz in dieser Weise einschränkend zu interpretieren. Umgekehrt wird man aus der Tatsache, daß die kommunalständischen Verbände im Jahre 1923 als Gemeinden⁴⁾ Besoldungszuschüsse vom Reich durch Vermittlung des Staats erhielten, schließen müssen, daß sie von den maßgebenden Stellen als Kommunalverbände anerkannt werden.

Neben diesen altständischen Verbänden gibt es noch sieben sog. Landschaften in der Provinz Hannover⁵⁾. In diesen Verbänden wird man aber nicht Gemeinden, sondern nur Zweckverbände zu sehen haben, weil durch Verordnung vom 22. September 1867 (GesS. S. 1635)

¹⁾ Verw.Arch. Bd. 23, S. 430. ²⁾ Vgl. RIETSCH, Verw.Arch. Bd. 24, S. 86.

³⁾ Vgl. Allgem. Vorbemerkungen letzter Satz.

⁴⁾ Gemäß Erl. des Min. d. Innern v. 14. Dezember 1921 — IVa I 1506 II — erhielten die Gemeinden Zuschüsse (bzw. Vorschüsse) für die Besoldung ihrer Beamten und Angestellten.

⁵⁾ Einzelheiten vgl. bei SCHOEN: Kommunalverbände, S. 470 ff.

ihre Aufgaben auf ganz bestimmte Angelegenheiten beschränkt worden sind; es fehlt ihnen also die Totalität des Wirkungskreises.

Literatur: Außer dem zum 1. Kapitel erwähnten Schrifttum: BORNHAK: Die Kommunalverfassung des Preußischen Markgrafentums Oberlausitz. Verw.Arch. Bd. 23, S. 426ff. — BROCKHAUSEN: Vereinigung und Trennung von Gemeinden. 1893. — FINGER: Das Staatsrecht des Deutschen Reichs. 1923. — FRIEDRICH: Die Samtgemeinden und Zweckverbände. Handbuch des kommunalen Verfassungs- und Verwaltungsrechts. Bd. 1, S. 577ff. 1919. — FRIEDRICH: Kommunalabgabengesetz. 1922. — HALBEY: Das Gemeindeverfassungs- und Verwaltungsrecht der sieben östlichen Provinzen Preußens. 1896. — KEIL: Die Grundsätze des öffentlichen Rechts und der preußische Entwurf einer Landgemeindeordnung für die 7 östlichen Provinzen der Monarchie. Arch. f. öff. Recht Bd. 6, S. 345ff. — MERK: Badisches Gemarkungsrecht. 1918. — v. MOELLER: Das Recht der preußischen Kreis- und Provinzialverbände. 1866. — RIETSCH: Die Kommunalverfassung des Markgrafentums Oberlausitz. Verw.Arch. Bd. 24, S. 86ff. — ROSIN: Das Recht der öffentlichen Genossenschaft. 1886. — v. STEIN, LOR.: Verwaltungslehre. Bd. II. 1. Teil. 1866. — STRUTZ: Die Kommunalverbände in Preußen. 1888. — WALZ: Art. „Gemeinde“ i. STENGEL-FLEISCHMANN: Wörterbuch des Staats- und Verwaltungsrechts. 2. Aufl. 2. Bd., S. 39ff.

Drittes Kapitel.

Das Verhältnis der einzelnen Arten von Gemeinden zueinander und zu den übrigen öffentlich-rechtlichen Verbänden (außer Staat und Reich)¹⁾.

Anlässlich der Diskussion über das MOLLsche Referat auf der 9. Mitgliederversammlung des Vereins für Kommunalwirtschaft und Kommunalpolitik im Mai 1924 wies MULERT²⁾ darauf hin, daß für die Frage nach der jetzigen Stellung der Gemeinden im Staate also auch für die Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung die Beziehungen der Gemeinden zueinander und zu den sonstigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften von großer Bedeutung sei. Damit ist ein Problem angeschnitten, mit dem sich die heutige Praxis fast Tag für Tag beschäftigt, das aber bisher wissenschaftlich noch so gut wie gar nicht erörtert, ja nicht einmal erkannt worden ist. Die vorliegende Arbeit kann aus der großen Zahl der hier entstehenden Fragen, deren uns in allen Teilen der Kommunalpolitik eine Reihe begegnen, nur einige wenige grundsätzliche juristisch bemerkenswerte Punkte hervorheben und auch diese nur so weit, als ihre Behandlung für unser Thema von Bedeutung oder nicht noch in anderen Kapiteln sowieso notwendig ist.

Im übrigen wird sich zeigen, daß es sich bei dem vorliegenden Problem mehr um ein kommunalpolitisches handelt: Erzielung einer möglichst großen Leistungsfähigkeit des einzelnen Kommunalverbandes und Verhinderung der Vernichtung notwendiger schwächerer Gemeinden durch wirtschaftlich stärkere — die soziale Frage im Kommunalrecht. Diese zu lösen, ist nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

I. Bei der Regelung des Verhältnisses der Gemeindeverbände zueinander handelt es sich, wie MULERT ausführt, kommunalpolitisch erst um ein seit der Nachkriegszeit bedeutsames Problem. Es ist entstanden durch den Zuwachs an Aufgaben, den die Gemeinden im Laufe der Nachkriegszeit sowohl auf rein verwaltungsrechtlichem als auch besonders auf wirtschaftlichem Gebiete erfahren haben. Für die Erfüllung wirtschaftlicher und sozialer Aufgaben sind die Kräfte der einzelnen Gemeinden außerordentlich verschieden, und ihre schematische Gleichsetzung würde notwendig die Unterdrückung der schwächeren

¹⁾ Literarisch ist dieses Problem als solches bisher nicht behandelt worden.

²⁾ Vgl. Zeitschrift f. Kommunalwirtschaft und Kommunalpolitik, Bd. 14, S. 598. Zum folgenden vgl. die interessanten Ausführungen MULERTS.

Gemeinde durch die stärkere zum Schaden der Gesamtheit zur Folge haben. Das gilt sowohl im Verhältnis der Gemeinden gleicher als auch verschiedener Art zueinander. Aufgabe der Kommunalpolitik ist es daher, einen Lastenausgleich zu schaffen und dabei die Leistungsfähigkeit der einzelnen Verbände in angemessener Weise zu berücksichtigen. Der Wissenschaft erwächst aber die Pflicht, zunächst systematisch die Grundsätze über das Verhältnis der einzelnen Gemeindearten zueinander aufzusuchen, die Entwicklungstendenzen aufzuzeigen und im Rahmen der Rechtspolitik unter Kritik des geltenden Rechtszustandes Vorschläge für eine künftige Regelung zu machen.

I. Bei der Klarstellung des Verhältnisses der Gemeinden zueinander ist grundsätzlich mit GIERKE¹⁾ davon auszugehen, daß die Gemeinde im allgemeinen dieselben politischen Rechte und Pflichten wie jeder einzelne Staatsbürger hat²⁾. Hieraus ergibt sich ungezwungen eine Erklärung für die Tatsache, daß die Gemeinden oftmals für den Staat als Präsentationskörperschaften bei Wahlen usw. dienen und daß sie häufig³⁾ die Vertretungskörper anderer öffentlicher Körperschaften bilden helfen.

Die Frage, ob zwischen koordinierten öffentlich-rechtlichen Körperschaften, insbesondere also Gemeindeverbänden untereinander öffentlich-rechtliche Ansprüche überhaupt möglich sind, da sie dem Grundcharakter des öffentlichen Rechts als dem Recht zwischen Herrschenden und Untertanen von Grund aus widersprechen, ist nicht so schwer zu beantworten, wie G. JELLINEK⁴⁾ offenbar annimmt. Gewiß stehen in derartigen Fällen prinzipiell gleichberechtigte Persönlichkeiten einander gegenüber. Doch handelt es sich, wenn solche öffentlich-rechtlichen Ansprüche entstehen, stets um Rechtsverhältnisse, die ihren wahren Grund in einem Subjektionsverhältnis haben. Diese Auffassung deckt sich im Ergebnis wohl mit JELLINEKS Erwägung, daß die betreffenden Verbände in Wirklichkeit als mittelbare Staatsorgane tätig werden und daß es sich um nichts anderes als um einen Rechtsstreit über ein individuelles öffentliches Recht handelt.

Für JELLINEKS wie meine eigene Ansicht paßt JELLINEKS Erklärung, daß in diesen Fällen die Individualpersönlichkeit der einen Gemeinde in ihrem Vermögen eine Einbuße erlitten habe, die einer anderen Gemeinde in ihrer Eigenschaft als Träger organschaftlicher Pflichten zur Last fallen muß.

Im übrigen ist für die Behandlung des vorliegenden Problems von Bedeutung, daß grundsätzlich jeder Teil des Staatsgebiets zu Kommunalverbänden verschiedener Art gehört. Diese Überordnung ist nur

¹⁾ Genossenschaftsrecht I, S. 752.

²⁾ Dabei ist es belanglos, ob man, wie v. GIERKE, die Gemeinden als natürliche Gebilde mit ursprünglichen eigenen Rechten oder, wie ich, ihre Rechtspersönlichkeit als von Staates Gnaden bestehend auffaßt.

³⁾ Vgl. z. B. § 4 der Verbandsordnung f. d. Ruhrsiedlungsverband vom 5. Mai 1920 (GesS. S. 286).

⁴⁾ System, S. 270f. Durchaus zutreffend KORMANN: System S. 30.

lokal, nicht sachlich. Die Kompetenzen erweitern sich nicht, sondern verengen sich nach oben¹⁾).

2. Das geltende Recht beruht auf einer Koordinierung sämtlicher Kommunalverbände²⁾. Nur aus diesem Prinzip, nicht aus irgendwelchen anderen theoretischen Gründen³⁾ ergibt sich, daß die höheren Gemeindeverbände nicht in der Lage sind, das Gebiet von Gemeinden niederer Ordnung zu verändern. Daß keine Subordinierung der einzelnen Arten von Kommunalverbänden existiert, ergibt sich aus der Fassung des § 92 der Provinzialordnungen⁴⁾. Danach ist der Landeshauptmann befugt, für die Geschäfte der kommunalen Provinzialverwaltung die vermittelnde und begutachtende Tätigkeit der Kreis-, Amts- und Gemeindebehörden in Anspruch zu nehmen. Ein Ausweisungsrecht oder gar disziplinare Befugnisse stehen ihm gegenüber den in § 92 bezeichneten Behörden und Beamten nicht zu⁵⁾.

Nicht anders wie hinsichtlich der Provinzen steht es mit dem Verhältnis der Kreise zu den Gemeinden. Daran ändert nichts die Tatsache, daß nach § 24 des Zuständigkeitsgesetzes der Landrat als Vorsitzender des Kreis Ausschusses die Kommunalaufsicht erster Instanz über Landgemeinden, Landbürgermeistereien und Ämter führt. Dadurch wird keine Überordnung des Kreises über die Gemeinden begründet, sondern nur dem Landrat als solchem die staatlichen Aufsichtsbefugnisse übertragen. Daß er sie in seiner Eigenschaft als Vorsitzender des Kreis Ausschusses führt, hat lediglich den Zweck, bei Behinderungsfällen des Landrats nicht dem den Landrat in den staatlichen Geschäften vertretenden Kreissekretär die Kommunalaufsicht anvertrauen zu müssen. Es handelt sich also bei der Kommunalaufsicht um eine Auftragsangelegenheit, deren Durchführung dem Vorsitzenden des Kreis Ausschusses übertragen ist.

Auch die Landbürgermeisterei und das Amt sind nicht etwa den Gemeinden übergeordnet. Die Beteiligung des Landbürgermeisters und Amtmanns an der Führung der Geschäfte der Landgemeinden beruht nicht auf einer Überordnung des Bürgermeisterei- und Amtsverbandes als solchen.

3. Wenn auch eine Reihe von Aufgaben bestimmten Verbänden ausdrücklich übertragen ist, so haben doch daneben generell für alle übrigen Angelegenheiten die niederen wie höheren Gemeindeverbände⁶⁾ das bereits im vorigen Kapitel unter der Bezeichnung Totalität des Wirkungskreises zusammengefaßte unbestrittene Recht⁷⁾, „alles in den Bereich ihrer Wirksamkeit zu ziehen, was die Wohlfahrt des

1) Vgl. SCHOEN: Kommunalverbände, S. 16.

2) Vgl. BIESENTHAL: S. 45. — A. M. BLODIG: S. 254f., dessen Ausführungen jedenfalls für das preußische Recht nicht richtig sind.

3) Vgl. PREUSS: Gemeinde, Staat usw. S. 409.

4) Für Hessen-Nassau: § 65 hess. ProvO.

5) Vgl. v. BRAUCHITSCH: Verwaltungsgesetze, Bd. 2. 19. Aufl. Anm. 75, S. 226.

6) Wegen der Kreise vgl. z. B. § 20 Ziff. 1 östl. KrO. und die entsprechenden Vorschriften der übrigen Kreisordnungen, wegen der örtlichen Gemeinden z. B. § 21 rhein. LGO. 7) Vgl. OVG. Bd. 12, S. 158; Bd. 19, S. 176.

Ganzen, die materiellen Interessen und die geistige Entwicklung des einzelnen fördert, und gemeinnützige Anstalten, welche hierzu dienen, einzurichten, zu übernehmen und zu unterstützen“.

a) Wo gewisse Aufgaben und Mittel zu ihrer Erfüllung bestimmten Kommunalverbänden ausdrücklich überwiesen sind, dort sind Kompetenzstreitigkeiten regelmäßig ausgeschlossen¹⁾. Es interessiert dann lediglich die Frage, nach welchen Grundsätzen der Gesetzgeber die Verteilung vorgenommen hat.

So ist — um einige Beispiele der neuesten Gesetzgebung anzuführen — die Jugendpflege durch das preußische Ausführungsgesetz zum Jugendwohlfahrtsgesetz vom 29. März 1924 (GesS. S. 180) grundsätzlich²⁾ zu einer Angelegenheit der Kreise, das Fürsorgeerziehungswesen zu einer Auftragsangelegenheit der Provinzen gemacht worden. Das Hebammenwesen findet nach dem Gesetze vom 20. Juli 1922 (GesS. S. 179) seine Zusammenfassung bei den Kreisen. Bezirksfürsorgeverbände und damit Träger der örtlichen Armenpflege sind in Preußen nach der Ausführungsverordnung zur Fürsorgepflichtverordnung vom 17. April 1924 (GesS. S. 210) regelmäßig die Kreise³⁾, Landesfürsorgeverbände die Provinzen. Auf dem Gebiet des Arbeitsnachweiswesens sind nach Art. 3 der preußischen Ausführungsbestimmungen zum Arbeitsnachweisgesetz vom 2. November 1922 (Reichsanz. Nr. 254) Lastenträger für die Kosten der besonders errichteten Landesarbeitsämter die Provinzialverbände. Endlich ist die Aufsicht über das Wohnungswesen durch Art. 6 § 1 des Gesetzes vom 28. März 1918 (GesS. S. 23) zur Gemeindeangelegenheit erklärt⁴⁾.

Diese Beispiele ließen sich noch vermehren. Man kann aber schon aus ihnen ersehen, daß folgende Grundsätze gelten: In stärkerem Maße als in der Vorkriegszeit trifft der Gesetzgeber heute Anordnungen über die Art und Weise, auf die die Gemeinden gewisse Selbstverwaltungsangelegenheiten durchzuführen haben. Dabei bestimmt oft schon der Reichsgesetzgeber, welche Gemeinden zuständig sein sollen. Regelmäßig überweist er dann die Ausführung den untersten Gemeindeverbänden. Überall dort aber, wo eine Vermutung dafür spricht, daß die einzelne Gemeinde nicht genügend leistungsfähig ist, wird die Zuständigkeit desjenigen untersten Verbandes höherer Ordnung gesetzlich festgelegt, den der Gesetzgeber für genügend tragfähig hält.

Von der Regel, daß grundsätzlich der unterste tragfähige Gemeindeverband gewählt wird, besteht hinsichtlich der Landbürgermeistereien und Ämter die Ausnahme, daß eine Übertragung von Aufgaben auf diese Verbände dann nicht zu erfolgen pflegt, wenn in den übrigen Pro-

1) Vgl. OVG. Bd. 76, S. 33f. 2) Ausnahme vgl. § 2 Abs. 3 a. a. O.

3) Ausnahme vgl. § 15 Abs. 2, § 16 a. a. O.

4) Wohl zu unterscheiden von der Wohnungsaufsicht, welche Selbstverwaltungsangelegenheit ist, sind die Maßnahmen auf Grund des Wohnungsmangelgesetzes vom 26. Juli 1923 (RGBl. I, S. 754), welche zwar auch in unterster Instanz den Gemeinden obliegen, aber als Auftragsangelegenheit.

vinzen die Kreise als Träger der betreffenden Angelegenheit bestimmt werden. Die Gründe hierfür liegen einmal darin, daß man im Interesse der Vereinfachung der Verwaltung eine gewisse Einheitlichkeit nicht entbehren kann, und ferner darin, daß ein allzu starkes Anwachsen des Aufgabenkreises der Landbürgermeistereien, die schon zahlreiche Angelegenheiten der Ortsgemeinden erfüllen, nicht erwünscht ist, weil dies eine Unterhöhnung der für die preußische Verwaltungsorganisation unentbehrlichen Landkreise zur Folge haben würde.

Der Gedanke, der hinsichtlich der Verteilung der Aufgaben auf die einzelnen Arten von Gemeinden dem Gesetzgeber vorschwebt, ist vom rechtspolitischen Standpunkte aus als der jeder Zusammenfassung von Verbänden zu einer höheren Organisation zugrunde liegende Sinn zu billigen. Wie sich die Zuweisung von finanziellen Mitteln zur Erfüllung dieser Aufgaben gestaltet, wird im 6. Kapitel noch näher zu erörtern sein. Hier sei nur erwähnt, daß zwar in § 59 des Finanzausgleichsgesetzes vom 23. Juni 1923 (RGBl. I, S. 494) vorgeschrieben ist, daß den Gemeinden künftig keine neuen Aufgaben mehr ohne Bereitstellung neuer Einnahmen übertragen werden sollen, daß aber dieser Grundsatz bisher lediglich durch Überlassung des Zuschlagsrechts zur Hauszinssteuer durch die 3. Steuernotverordnung¹⁾ vom 14. Februar 1924 (RGBl. I S. 74) anlässlich der Übertragung der gesamten Fürsorgekosten auf die Gemeinden durchgeführt worden ist, während sonst regelmäßig ein innerer Zusammenhang zwischen den zu erfüllenden Aufgaben und den zugewiesenen finanziellen Mitteln nicht bestand.

b) In den weitaus meisten Fällen fehlt es an gesetzlichen Vorschriften, welche Verbände eine bestimmte Aufgabe übernehmen sollen; der Kampf, welcher sich vor Erlaß des Gesetzes zwischen den Vertretungen der einzelnen Gemeindearten abspielt, pflegt sich allerdings dann nicht etwa nun im Kleinen zu wiederholen; es kommt vielmehr meist entweder zu einer friedlichen Einigung, oder die betreffenden Aufgaben werden bereits schon von einem Verbände erfüllt, dessen Priorität dann von den niederen oder höheren ohne weiteres respektiert wird.

Wie sich die freiwillig übernommenen Aufgaben auf die einzelnen Arten von Verbänden verteilen, dafür gibt es kein festes Prinzip. In manchen Fällen einigen sich die Verbände selbst untereinander auf Grundsätze, die ein friedliches Zusammenleben ermöglichen²⁾; in anderen ergibt sich aus der Natur der Sache in der Regel ein Ausschluß gewisser Verbände. So wird beispielsweise die Erhebung einer Steuer von der Jagdnutzung im allgemeinen für die Gemeinden nicht in Betracht kommen. Die Erbauung von Irrenanstalten wird sich gleichfalls für Gemeinden und Kreise nicht lohnen.

Oft aber wirken alle Arten von Gemeinden auf demselben Gebiete nebeneinander. So sehen wir Städte, Kreise und Provinzen Elektrizitätswerke betreiben, Wege und Straßen bauen und unterhalten und

¹⁾ Vgl. §§ 12 f. preuß. Ausführungsverordnung vom 1. April 1924 (GesS. S. 191).

²⁾ Vgl. Kommunale Rundschau, Bd. 14, S. 93; Bd. 15, S. 89.

sogar Eisenbahnen, Straßenbahnen, Krankenhäuser usw. errichten. Es ist eine leere Redensart zu sagen, daß die örtlichen Aufgaben den Gemeinden, die weiteren den Kreisen und Provinzen und die der Gesamtheit dem Staate obliegen. Denn damit entsteht die ebenso schwierige Frage, was örtliche Aufgaben sind. Sie ließe sich vielleicht dann mit Erfolg beantworten, wenn man nur örtliche Interessen von solchen der Gesamtheit abzugrenzen hätte. Aber dazwischen müssen doch noch Aufgaben für die Ämter, Kreise und Provinzen existieren. Hinzu kommt, daß nicht selten Aufgaben mit anfangs rein örtlichem Charakter im Laufe der Zeit eine weittragende Bedeutung erlangen und daß ein dann erfolgender Wechsel in der verwaltenden Stelle unzumutbar und der Sache selbst schädlich sein kann.

Auch die Leistungsfähigkeit ist als genereller Maßstab unbrauchbar. Denn auch in dieser Richtung bestehen die größten Verschiedenheiten. Was eine einzelne westliche Industrielandgemeinde leisten kann, ist einer kleinen östlichen Landgemeinde sicher nicht, manchmal gerade dem Landkreis, zu dem sie gehört, möglich. Aber auch in dem gleichen Kreise ist die Verschiedenheit der Leistungsfähigkeit der Gemeinden so groß, daß sich ein Maßstab dafür, was die einzelnen Gemeinden erfolgreich durchführen können und was nicht, kaum aufstellen läßt. Soll man etwa stets die schwächste Gemeinde zum Ausgangspunkt nehmen? Wählt man eine Durchschnittsgemeinde, so setzt man sich dem Vorwurf einer gewissen Willkür aus; denn je nach der Art der geforderten Leistung wird eine andere Gemeinde eine Mittelstellung einnehmen.

Nur in zwei Fällen hat der Gesetzgeber dem Maßstab der Leistungsfähigkeit Rechnung getragen und zwar einmal bei den kreisangehörigen Städten über 10000 Einwohnern und dann bei den sog. selbständigen Städten in der Provinz Hannover.

Bei den erstgenannten Städten spricht die Vermutung für eine gesteigerte Leistungsfähigkeit, die es gestattet, diese Städte in gewissen Beziehungen außerhalb des Kreisverbandes zu stellen und ihnen eine größere Selbständigkeit als den anderen kreisangehörigen Gemeinden zu gewähren. Es ist daher die Einwohnerzahl nach vielen reichs- und landesgesetzlichen Bestimmungen maßgebend¹⁾.

In der Provinz Hannover haben §§ 27, 28 der hannov. Kreisordnung die Zahl der bevorzugten Städte noch erweitert, indem dort alle diejenigen Städte, die nicht in § 27 Abs. 2 genannt sind oder erst seit Erlaß der Kreisordnung das Städterecht erhielten (z. B. Schüttorf, Nordhorn), eine Sonderstellung einnehmen.

Eine ähnliche Klassifizierung wie bei den Städten ist bei anderen Kommunalverbänden in der Regel unbekannt²⁾.

¹⁾ Z. B. in §§ 4, 127, 128 des Landesverwaltungsgesetzes, § 56 Abs. 7, §§ 109, 114, 116 des Zuständigkeitsgesetzes, § 33 der StO. und in zahlreichen Spezialgesetzen.

²⁾ Nicht zu erwähnen sind in diesem Zusammenhange einzelne Besonderheiten der Organisation, wie die Möglichkeit in östlichen Landgemeinden über 3000 Ein-

c) Sind demnach materielle Einteilungen nach der örtlichen oder darüber hinausgehenden Natur der Aufgaben und nach der Leistungsfähigkeit de lege lata nicht zugrunde gelegt und de lege ferenda nicht erstrebenswert, so erhebt sich die Frage, auf welchem anderen Wege man, wenn auch nicht ein System, so doch wenigstens eine für die Praxis ausreichende Ordnung erreichen und eine Vermeidung von Kompetenzstreitigkeiten verhindern kann. Der gegebene Weg ist die Verleihung der Kompetenzkompetenz an jeden Verband höherer Ordnung gegenüber den niederen. Auf diese Weise allein besteht die Möglichkeit, den Verschiedenheiten in den einzelnen Teilen des Staates ausreichend Rechnung zu tragen, indem man stets dort, wo sich ein Bedürfnis zeigt, — sei es, daß die unteren Verbände eine Aufgabe nicht übernehmen wollen oder daß sie sie nicht erfüllen können, — der nächsthöhere Verband einspringt.

Das geltende Recht kennt bisher eine Kompetenzkompetenz der höheren Gemeindeverbände nicht. Doch weist die Entwicklung, wie § 97 des Entwurfs einer neuen Landgemeindeordnung und § 65 des Entwurfs einer neuen Kreisordnung zeigen, auf eine Einführung dieser Kompetenzkompetenz in das preußische Kommunalrecht.

In einer solchen Regelung liegt kein Eingriff in die Selbstverwaltung — auch nicht dort, wo vielleicht eine einzelne Gemeinde die Weiterführung einer Angelegenheit aufgeben muß, weil der nächsthöhere Verband sie an sich gezogen hat. Denn die Art der Verwaltung bleibt völlig unbeeinflusst; die Erklärung des höheren Verbandes, die betreffende Aufgabe selbst übernehmen zu wollen, bedeutet nur eine unwiderlegliche praesumptio, daß die Angelegenheit eine Bedeutung über den Kreis des betreffenden Gemeindeverbandes hinaus erlangt hat und nur auf breiteren Schultern allgemein sachgemäß ausgeführt werden kann. Es hieße den Gedanken der Selbstverwaltung durchaus mißverstehen, wenn man dabei den Grundsatz ausschalten wollte, daß das allgemeine Interesse den Sonderwünschen einzelner — seien es auch einzelner Gemeinden — vorzugehen hätte. Im übrigen ist ausschlaggebend, daß mit der Übernahme durch einen höheren Kommunalverband eine Angelegenheit der Selbstverwaltung der Beteiligten nicht entzogen, sondern die Selbstverwaltung nur in einer anderen Organisationsform zum Ausdruck gelangt. Es handelt sich also höchstens um eine Verschiebung der internen Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung.

Eine Grenzverschiebung zuungunsten der Gesamtheit der Gemeinden tritt nur dann ein, wenn kein Glied in der kommunalen Organisation eine bestimmte Aufgabe übernimmt. Dann muß nötigenfalls der Staat einspringen. Schon durch diese bloße Möglichkeit wird aber in der Regel gewährleistet, daß die über jede Einschränkung ihrer

wohnen gemäß § 75 östl. LGO. einen besoldeten Gemeindevorsteher zu wählen, ferner der Zwang, in östl. Gemeinden mit über 40 Stimmberechtigten eine Gemeindevertretung zu wählen (§ 40 LGO) sowie die für die Besoldung des Landrats und Kreissekretärs wesentliche verwaltungsmäßige Feststellung, ob ein Kreis ein „großer“ ist, usw.

Selbständigkeit eifersüchtig wachenden Kommunalverbände auch wirklich von sich aus alle Aufgaben, die ein Eingreifen des Staates erforderlich machen könnten, ordnungsmäßig erfüllen. Dafür, daß umgekehrt die höheren Verbände nicht allzu viele Aufgaben auf Kosten der unteren an sich ziehen, bürgt die Vertretung der Einwohnerschaft in den höheren Verbänden selbst. Bei einer Verleihung der Kompetenzkompetenz an die höheren Verbände wird man vielleicht die eine Einschränkung zu machen haben, daß der höhere Verband die betreffende Aufgabe, wenn er sie übernehmen will, nun für sein gesamtes Gebiet zu erfüllen hat.

4. Im Zusammenhang der prinzipiellen Freiheit der einzelnen Kommunen, welche Aufgaben sie übernehmen wollen, steht der grundsätzliche Mangel einer Abgrenzung der von ihnen zu erhebenden indirekten Steuerarten. Während im übrigen das kommunale Steuerwesen auch hinsichtlich der Verteilung der Steuererträge und Steuerobjekte, wie im 6. Kapitel gezeigt wird, von Staats und Reichs wegen geordnet ist, sind Gemeinden und Kreise — von wenigen Ausnahmen (Vergnügungs-, Getränkesteuern) abgesehen — in der Wahl der von ihnen heranzuziehenden Steuerobjekte frei. § 6 des Kreis- und Provinzialabgabengesetzes gibt den Kreisen die Befugnis, zur Deckung ihres Bedarfs einen Anteil aus den Erträgen aus den indirekten Steuern der kreisangehörigen Gemeinden zu beanspruchen oder selbständig indirekte Steuern einzuführen. Das Gesetz sieht in erster Linie eine friedliche Einigung der Steuergläubiger vor und überweist Streitigkeiten der Entscheidung des Bezirksausschusses.

Man wird kaum bestreiten können, daß dieses Nebeneinander von Kreisen und Gemeinden der Übersichtlichkeit wenig dienlich ist. Zwar wird es im Interesse der Ausschöpfung aller Steuerquellen nicht zweckmäßig sein, die Kreise — wie das bei den Provinzen schon heute der Fall ist — ganz von der Erhebung indirekter Steuern auszuschließen, da manche Steuern — z. B. Jagdnutzungssteuer, für kleine Gemeinden auch die Schankerlaubnissteuer u. a. — sich zur Erhebung durch die einzelne Gemeinde kaum lohnen, beim Kreise zentralisiert, aber doch nennenswerte Erträge abwerfen. Will man nicht ganz bestimmte Steuerarten dem Kreise vorbehalten, so ist der einzige Weg auch hier die Einführung der Kompetenzkompetenz des Kreises. Die damit verbundene finanzielle Schädigung einzelner Gemeinden ist im Gesamtergebnis nur eine scheinbare, da mit der Steigerung der Kreiseinnahmen der durch Umlage von allen Gemeinden zu deckende Fehlbetrag des Kreises sich entsprechend verringert.

Bei den Gebühren und Beiträgen ist die Kollisionsgefahr nicht groß, da diese für bestimmte Leistungen erhoben werden und dann eben derjenige Verband, welcher leistet, auch das Entgelt fordern kann.

Häufig entsteht dadurch eine Interessenkollision zwischen zwei Gemeinden gleicher Ordnung, daß die eine die Lasten zu tragen hat, während der anderen die Vorteile zugute kommen. Der wichtigste Fall ist der, daß sich in der einen Gemeinde die Gewerbebetriebe befinden,

während die Arbeiterschaft in einer anderen wohnt. In einem solchen Falle würde in der ersteren Gemeinde die gesamte Gewerbesteuer eingehen; die letztere Gemeinde dagegen würde die sozialen, Schul- und sonstigen Lasten zu tragen haben. In Erkenntnis der Unhaltbarkeit eines solchen Zustandes sah bereits das Kommunalabgabengesetz in seinem berühmten § 53, an dessen Stelle § 52 der Gewerbesteuerverordnung getreten ist, ein Ausgleichsverfahren zwischen Betriebs- und Wohngemeinde vor.

5. Aber nicht nur in der Verteilung der Aufgaben, ihrer Durchführung und Kostendeckung, sondern auch in der Bildung der Organe lassen sich interessante Feststellungen über das Verhältnis der Gemeindeverbände zueinander treffen.

Nach geltendem Rechte¹⁾ bestehen die Vertretungen von Provinzen und Kreisen aus Personen, die nach dem gleichen allgemeinen geheimen Verhältniswahlssystem aus den 25 Jahre alten Wahlberechtigten gewählt werden, die in dem betreffenden Bezirke ihren Wohnsitz haben. Das bisherige Wahlverfahren wies schon so schwere Mängel auf, daß die Staatsregierung sich zur Vorlage des Entwurfs eines neuen Gesetzes über die Provinziallandtags- und Kreistagswahlen genötigt sah. Sie selbst gab in der Begründung des neuen Entwurfs²⁾ zu, daß das geltende Wahlrecht der Eigenschaft der Provinzen und Kreise als weiterer Gemeindeverbände nicht gerecht wird. „Die Struktur des weiteren Gemeindeverbandes und insbesondere seine Befugnis, die zur Bestreitung seiner Aufgaben notwendigen Ausgaben auf die einzelnen Glieder des Verbandes unterzuverteilen, lassen es geboten erscheinen, daß in den Vertretungskörperschaften der weiteren Gemeindeverbände die Verbandsmitglieder als solche vertreten werden. Bei dem jetzigen Wahlverfahren werden die Sitze verteilt lediglich nach der auf die einzelnen Wahlvorschläge entfallenden Stimmzahl. Dies hat praktisch zur Folge gehabt, daß in den Provinziallandtagen eine große Reihe von Kreisen, wie in den Kreistagen häufig manche Kreisteile unvertreten geblieben sind. Von allen Seiten . . . wird eine Änderung des Wahlrechts für erforderlich gehalten.“

Diese Forderungen der Praxis laufen mit den von der Theorie zu erhebenden parallel. Es ist unlogisch — und hier liegt einmal ein innerer Widerspruch unseres Rechtssystems vor, den man, auch ohne die PREUSSISCHE Auffassung von den Aufgaben der Rechtswissenschaft zu teilen, feststellen muß —, daß auf der einen Seite die Provinzen und Kreise, wie sich aus der Fassung des § 1 der Provinzialordnung ergibt, Verbände von Gemeinden sind, während letztere selbst bei der Willensbildung zugunsten der nur mittelbar dem Gemeindeverband angehörenden Einwohner des Verbandes, der wie eine Einzelgemeinde behandelt wird, ausgeschlossen sind.

Der Regierungsentwurf, der während des Drucks dieser Zeilen Gesetz¹⁾ wurde, zieht nicht die gehörigen Konsequenzen. Trotz rich-

¹⁾ Vgl. Gesetz v. 7. Oktober 1925 (Ges. S. S. 123).

²⁾ Vgl. Drucks. d. Preuß. Staatsrats 1925, Nr. 10.

tiger Erkenntnis des Grundgedankens beseitigt er nur die allergrößten praktischen Mißstände, indem er durch Bildung von Wahlbezirken die Vertretung aller Provinz- und Kreisteile sichern will. Das in dem Entwurfe noch beibehaltene direkte Wahlrecht muß — mindestens teilweise — fallen, da es nur ein scheinbar direktes ist. Unmittelbare Angehörige der Provinzen und Kreise sind die Gemeinden. Bei Durchführung eines richtig verstandenen direkten Wahlrechtes müßten sie selbst, d. h. ihre gesetzmäßigen Vertretungsorgane, die Wähler sein.

Nun ist freilich zuzugeben, daß insbesondere bei den Kreisen neben den kommunalen Verbandsinteressen zahlreiche Belange der Einzelindividuen zu erfüllen sind und daß auch die Aufbringung der Mittel nicht nur durch Umlegung auf die Verbände, sondern auch durch indirekte Steuern, Gebühren und Beiträge der Eingessessenen erfolgt. Will man dem Rechnung tragen, so wäre m. E. die richtige Lösung, die eine Hälfte der Abgeordneten so, wie es der Regierungsentwurf vorschlägt, die andere Hälfte aber nach dem Verhältniswahlsystem von den sämtlichen kreisangehörigen Gemeinden wählen zu lassen, wobei unter Umständen Gemeinden von einer größeren Einwohnerzahl Zusatzstimmen erhalten könnten. Nur so wird m. E. den praktischen Bedürfnissen¹⁾ und den Forderungen der Theorie hinreichend Rechnung getragen.

Ein solches Verfahren ist uns aus § 110 der rhein. Landgemeindeordnung, § 24 der westf. Kreisordnung in dem hier interessierenden Grundzuge nicht unbekannt; freilich waren dort diese an sich zweckmäßigen Vorschriften mit so viel undemokratischem Beiwerk belastet, daß die Zeit nach dem Umsturze mit den letzteren auch das Gute beseitigte. Es wird auch künftig wieder in den Ämtern und Landbürgermeistereien einem den obigen Ausführungen entsprechenden Grundsätze Rechnung zu tragen sein.

Von Wichtigkeit ist die Feststellung, daß die Bildung der Vertretungskörperschaften auf die vorstehend geschilderte Art mit Art. 17 Abs. 2 der Reichsverfassung nicht in Widerspruch steht, weil diese Vorschrift sich anerkanntermaßen²⁾ nur auf Gemeinden erster Ordnung (Städte, Landgemeinden, Flecken), nicht aber auf höhere Gemeindeverbände bezieht.

6. Bei Erörterung des Verhältnisses der Gemeindeverbände zueinander darf aber ein rechtspolitischer Hinweis auf die große Zahl der verschiedenen Arten, die übereinander geschichtet sind, nicht unterbleiben. Das, was man heute bei der staatlichen Behördenorganisation als ein Zuviel tadelt und durch die sog. staatliche Verwaltungsreform

¹⁾ Daß auf diese Weise die Parteipolitik in den Provinzial- und Kreisparlamenten zurückgedrängt würde, indem nun ein Teil der Abgeordneten weniger nach parteipolitischen Grundsätzen als vielmehr unter kommunalpolitischen (z. B. Stadt-Land usw.) gewählt würde, dürfte allgemein als nicht zu unterschätzender Vorteil zu buchen sein.

²⁾ Vgl. Protokolle des Verfassungsaussch. der Nationalvers. Drucks. Nr. 391 S. 112, 437ff; ferner GIESE: RV. Anm. 6 zu Art. 17; ANSCHÜTZ: RV. Anm. 6 zu Art. 17.

zu beseitigen bestrebt ist, findet sich bei den Kommunalverbänden wieder. So stehen übereinander Ortsgemeinde, Landbürgermeisterei, Kreis und Provinz. Man wird hier auf das Ergebnis einer langjährigen historischen Entwicklung hinweisen können und zur Zeit davon absehen müssen, historisch Gewordenes zu beseitigen.

Fehlerhaft aber ist die Einführung neuer kommunaler Gebilde ohne Beseitigung anderer Zwischenglieder. Daher ist schon aus diesem Grunde die Einführung der Landbürgermeistereien in denjenigen Provinzen, in denen sie noch nicht bestehen, d. h. überall außer in Rheinland, Westfalen und Teilen von Schleswig-Holstein, abzulehnen. Es ist zu begrüßen, daß der Landtagsausschuß dem Regierungsentwurf einer neuen Landgemeindeordnung, welcher die Einführung der Landbürgermeistereien einen Haupt-„Reform“-Punkt nennt (§§ 87 ff.), die Giftzähne ausgebrochen hat, indem er die Errichtung um 10 Jahre aufschiebt und von einem Beschluß des Provinziallandtages abhängig macht. Es mag zugegeben werden, daß die jetzige Organisation der Gemeinden auf dem Lande nicht ideal ist und mancherlei Mängel aufweist sowie daß sich die Landbürgermeistereien in Rheinland und Westfalen durchweg bewährt haben; daraus folgt aber noch längst nicht, daß sie als künstliche Schöpfung nun auch unter oft gänzlich anderen Verhältnissen von Nutzen sein werden. Selbst in besseren Zeiten wäre es sehr zweifelhaft, ob man ihrer Einführung in weniger dicht bevölkerten Provinzen zustimmen sollte; heute freilich wird der ganze Plan praktisch schon an der Kostenfrage scheitern; denn die Unkosten, die eine Landbürgermeisterei verursacht und die zu ihrer Produktivität in den meisten Fällen in keinem angemessenen Verhältnis stehen dürften, können wir uns nach dem verlorenen Kriege nicht leisten.

In diesem Zusammenhange interessiert aber hauptsächlich ein Nachteil der Landbürgermeistereien, der bei Erörterung des Problems bisher gewöhnlich nicht genügend berücksichtigt worden ist. Jeder in die bisherige Organisation neu eingeschobene Kommunalverband muß notwendig die schon bestehenden Reibungsflächen vermehren. Gewiß mag das Auftreten des Landgemeindevverbandes West mit seiner vielleicht nicht immer ganz sachlich gehaltenen Fehde gegen Landkreise und Staatsverwaltung die Mißstände vergrößert erscheinen lassen; es muß auch bei objektiver Betrachtung sehr wohl in Rechnung gestellt werden, daß solche Reibungen bei dem jetzigen Aufbau unserer kommunalen Organisation unvermeidlich sein werden. Aber es ist mir unzweifelhaft, daß die Vorzüge auf der einen Seite durch eine Erschwerung der Erreichung der Staatszwecke infolge von Zwistigkeiten der Kommunalverbände untereinander und mit dem Staate auf der anderen Seite doch wieder mehr oder weniger beseitigt werden.

II. Neben den Gemeinden bestehen in Staat und Reich noch eine große Anzahl von anderen öffentlich-rechtlichen juristischen Personen. Wie diese sich grundsätzlich von den Gemeinden unterscheiden, ist im 2. Kapitel erörtert worden. Es fragt sich nur, ob durch ihre Existenz der kommunalen Selbstverwaltung Grenzen gesetzt werden.

1. Manche dieser öffentlich-rechtlichen Personen — seien es Anstalten oder Körperschaften — treten zu den Gemeinden in keine anderen Beziehungen wie private Vereine oder Privatpersonen. Unter ihnen seien genannt die Innungen und Kirchengemeinden.

2. Andere dienen geradezu Zwecken, die ohne das Bestehen solcher besonderen Verbände ganz oder teilweise von den Gemeinden als solchen erfüllt werden müßten. Hierher gehören die Schulverbände, denen das Volksschulunterhaltungsgesetz vom 28. Juni 1906 die Unterhaltung der öffentlichen Volksschulen übertragen hat. Auch die Wasser-, Deich-, Fischerei- und Waldgenossenschaften erfüllen Aufgaben, die vielfach in erster Linie den Gemeinden oblägen, wenn nicht das Gesetz eine Sonderregelung träfe. Dabei ist dann der Grundgedanke der, daß man nicht die ganze Gemeinde mit der Erfüllung von Aufgaben belasten will, die zwar mittelbar im Interesse der Allgemeinheit liegen, unmittelbar aber in erster Linie nur ganz bestimmten Personen zugute kommen.

Am deutlichsten erhellt das hinsichtlich der Jagdgenossenschaften. Hier ist die Verbindung so eng, daß gemäß § 7 der Jagdordnung vom 15. Juli 1907 die gemeinschaftlichen Jagdbezirke regelmäßig alle in einer Gemeinde gelegenen Grundstücke, die nicht zu einem Eigenjagdbezirke gehören, umfassen und daß geborener Jagdvorsteher nach § 16 a. a. O. der jeweilige Gemeindevorsteher ist.

Bei den Deich- und Wassergenossenschaften¹⁾ kommt als weiterer Grund für die Bildung besonderer öffentlicher Körperschaften hinzu, daß bei ihnen der wirtschaftliche Zusammenhang von den Grenzen der politischen Gemeinde unabhängig ist. Mit Recht entzieht daher der Gesetzgeber den Gemeinden die betreffende Angelegenheit.

Auch die nach dem Gesetz vom 19. Juli 1911 gebildeten Zweckverbände gehören hierher. Sie nehmen gleichfalls aus dem Wirkungskreis der Gemeinden bestimmte Zwecke heraus und übertragen sie auf andere in der Regel öffentlich-rechtliche Körperschaften — freilich nicht, weil nur bestimmte Gruppen von Gemeindeangehörigen davon Nutzen haben, sondern weil die einzelne Gemeinde zur Erfüllung der betreffenden Aufgabe zu schwach und eine Übernahme durch den nächsthöheren Verband aus irgendwelchen Gründen untunlich ist oder der letztere sie nicht übernehmen will.

3. In der Mitte zwischen den bisher genannten Gruppen stehen diejenigen Körperschaften, in deren Interessen die Gemeinden in irgendeiner Weise zu Leistungen herangezogen werden, obwohl ihre eigenen Belange dabei nur sehr mittelbar berührt werden. So werden z. B. die Beiträge²⁾ für die Landwirtschaftskammern von den Gemeinden erhoben und die Wählerlisten zu den Kammerwahlen vom Gemeindevorstand aufgestellt³⁾. Auch den Handelskammern gegenüber sind die

¹⁾ Vgl. §§ 206ff., 294ff. WasserGes. v. 7. April 1913.

²⁾ § 18 Abs. 1 des LandwirtschaftskammerGes. v. 30. Juni 1894 (GesS. S. 126.)

³⁾ § 5 Abs. 1 der Wahlordn. f. d. Landwirtschaftskammern v. 6. Januar 1921 (GesS. S. 44).

Gemeinden verpflichtet, gegen Vergütung die Kammerbeiträge zu erheben und abzuführen¹⁾).

In der Sozialversicherung werden die Gemeinden verschiedentlich zur Unterstützung der Versicherungsträger herangezogen. So hat nach § 390 der Reichsversicherungsordnung bei Landkrankenkassen, wenn zehn vom Hundert des Grundlohns als erhobener Beitrag die Regelleistungen nicht decken, der Gemeindeverband, für dessen Bezirk die Krankenkasse errichtet ist, die erforderlichen Beihilfen aus eigenen Mitteln zu leisten. Dasselbe gilt nach § 389 Abs. 2 RV. bei Ortskrankenkassen unter den gleichen Voraussetzungen, wenn außerdem die Vereinigung mit anderen Ortskrankenkassen nicht möglich oder nicht ausreichend ist. Wertpapiere der Krankenkassen sind nach § 365 RVO. von den Gemeinden aufzubewahren. In bestimmten Fällen (vgl. §§ 628, 892, 894 RVO.) kann eine Gemeinde Träger der Unfallversicherung sein und damit die Zuständigkeit der Berufsgenossenschaften ausschalten.

Die Verwaltung der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften erfolgt in Preußen entsprechend der im § 977 RVO. vorgesehenen Möglichkeit durch die Organe der Kreise. Für die Landesversicherungsanstalten endlich kommen die Gemeindeverbände, in Preußen in der Regel die Provinzen als Garantieverbände in Betracht. In allen diesen Fällen ist der zugrunde liegende Gedanke der, daß die Gemeinden bei einem Fehlen oder Versagen der Versicherungsträger als Armenunterstützung regelmäßig höhere Kosten zu zahlen haben würden, als auf diesem Wege von ihnen verlangt zu werden pflegt. Mit dem Übergang der Fürsorgepflicht auf die Kreise ist dieser Grundsatz freilich etwas verwischt worden.

4. Die genannten Beispiele mögen genügen zur Ableitung folgender Grundsätze:

a) Die Gemeinden werden für Zwecke anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften häufig mit gewissen öffentlichen Aufgaben betraut, wenn es an einer anderen geeigneten Stelle fehlt; ein innerer Zusammenhang zwischen Gemeinde und öffentlich-rechtlicher Körperschaft besteht dort nicht.

b) Die Gemeinden werden ferner in allen denjenigen Fällen zu einer Unterstützung öffentlich-rechtlicher Verbände in irgendeiner Form herangezogen, wo die Tätigkeit dieser Körperschaften oder Anstalten im Interesse der Gemeinden selbst liegt.

c) An die Stelle der Gemeinden treten vielfach in solchen Fällen Körperschaften des öffentlichen Rechts, in welchen zwar eine an sich den Gemeinden obliegende Tätigkeit auszuüben ist, in welchen aber infolge des Überwiegens von Sonderinteressen oder aus sonstigen vom

¹⁾ Vgl. Erl. v. 5. September 1907 (HandMinBl. S. 324).

Gesetzgeber anerkannten Gründen Verwaltung und Lasten-
tragung besonderen Verbänden der Interessenten über-
lassen wird.

Vom rechtspolitischen Standpunkte wird man gegen diese Grund-
sätze nichts einwenden können und nur fordern müssen, daß die Zahl
und Bedeutung der Sonderverbände nicht überhand nimmt. Es ist
stets im Auge zu behalten, daß die natürliche Gemeinschaft zur Er-
füllung aller Zwecke der Allgemeinheit grundsätzlich die Gebiets-
körperschaften sind. Eine allzu weitgehende Bildung von Sonderver-
bänden ist kostspielige Überorganisation und schadet außerdem der
notwendigen Übersichtlichkeit unseres Rechts.

Viertes Kapitel.

Staat und Gemeindegebiet.

Grundlage jeder Gemeinde ist das Gebiet. Jede Einwirkung des Staates auf dieses berührt daher Wesen und Existenz der Gemeinde in stärkstem Maße und bildet insofern eine Grenze der kommunalen Selbstverwaltung.

Worauf die Gestaltung des Gemeindegebiets in ihren ersten Anfängen beruht, interessiert in diesem Zusammenhange nicht. Wir müssen die Gemeinden mit ihrem derzeitigen Gebiet als etwas Feststehendes hinnehmen, wollen wir nicht in uferlose, für das geltende Recht und seine künftige Fortbildung gleichgültige Spekulationen verfallen.

Grundsätzlich gehört heute jeder Teil der Erdoberfläche im preussischen Staate zu einer Gemeinde oder einem Gutsbezirke und mit dieser wieder zu höheren Gemeindeverbänden. Sog. kommunalfreie Grundstücke bilden die Ausnahme; für sie schreiben die Gesetze¹⁾ die Vereinigung mit einer Stadt- oder Landgemeinde durch Beschluß der Verwaltungsbeschlußbehörde vor. In denjenigen Landesteilen, in denen die Gemeindeverfassungsgesetze keine Vorschriften für kommunalfreie Grundstücke enthalten²⁾, ist eine entsprechende Bestimmung aus dem Sinne des modernen Kommunalrechts zu entnehmen. Ein wesentlicher Unterschied besteht nur insofern, als nicht ohne weiteres ein Beschluß der Verwaltungsbeschlußbehörde genügt; es kommen in einem solchen Falle diejenigen Vorschriften zur Anwendung, welche die Eingemeindung eines Grundstücks aus einer Gemeinde in eine andere behandeln, wobei jedoch naturgemäß die etwa erforderliche Willensäußerung der abtretenden Gemeinde mangels Vorhandenseins von Organen durch einen von der Aufsichtsbehörde zu bestellenden Kommissar erfolgen muß. Wesentlich ist aber die Feststellung, daß auch in diesem Falle nicht etwa eine Gemeinde von sich aus ein kommunalfreies Grundstück „annektieren“ kann, wie etwa im Privatrecht sich grundsätzlich jeder herrenlose Sachen aneignen darf.

Von einer Berücksichtigung der Gutsbezirke wird in den folgenden Ausführungen abgesehen werden. Das ist zu rechtfertigen einmal durch das Thema dieser Arbeit, für welches nach den Ausführungen auf S. 20 die Gutsbezirke nicht in Betracht kommen, dann aber auch durch die

¹⁾ Vgl. oben S. 50 Anm. 4.

²⁾ In Hannover ist nach § 10 hann. StO. lediglich von der Zulegung von innerhalb des Stadtgebiets gelegenen, nicht zum Stadtbezirke gehörenden Grundstücken die Rede; für andere kommunalfreie Grundstücke fehlen Bestimmungen.

Tatsache, daß damit zu rechnen ist, daß gemäß § 134 des Entwurfs der neuen Landgemeindeordnung die Gutsbezirke, mindestens soweit sie bewohnt sind, als mit den modernen demokratischen Anschauungen unvereinbare Überreste aus der Zeit der Patrimonialherrschaft verschwinden werden¹⁾.

I. Jede Veränderung des jeweiligen Gemeindegebiets kann nach geltendem Rechte nur entweder durch Änderung der Landesgrenze oder durch Umgemeindung erfolgen. Auf die Veränderung der Landesgrenze haben die Gemeinden keinen Einfluß; sie sind insoweit gänzlich von Reich und Staat abhängig; die Ausübung des Selbstverwaltungsrechts scheidet hier völlig aus.

Unter „Umgemeindungen“ versteht man, äußerlich betrachtet, jeden Wechsel der kommunalen Zugehörigkeit von Grundstücken.

Das geltende Kommunalrecht ist auf der unten juristisch noch zu erläuternden Unterscheidung aufgebaut, ob eine ganze Gemeinde oder nur Teile einer solchen umgemeindet werden. Auch die Regierungsentwürfe der neuen Kommunalverfassungsgesetze²⁾ wollten das gleiche Einteilungsprinzip zugrunde legen; doch hat der Landtagsausschuß die rechtliche Bedeutung dieser Einteilung beseitigt und will statt dessen verschiedene Rechtsfolgen danach eintreten lassen, ob die Beteiligten einverstanden sind oder nicht.

Einfacher als bei den Ortsgemeinden liegen die Verhältnisse hinsichtlich der Gebietsveränderungen von Kreisen, Provinzen usw. Hier sind die oben erwähnten Unterscheidungen für die Gebietsveränderung als solche bedeutungslos.

1. a) Um den Einfluß des Staats auf kommunale Gebietsveränderungen festzustellen und damit die Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in dieser Beziehung kennen zu lernen, ist zunächst ein Überblick über die geltenden und geplanten Vorschriften zu geben. Bei der Kompliziertheit der Materie ist eine Darstellung in Worten unzumutbar; die Verschiedenheit der Bestimmungen in den einzelnen Provinzen läßt die vorhandenen einheitlichen Grundzüge am besten an Hand tabellarischer Übersichten erkennen; langatmige Erörterungen werden damit vermieden³⁾.

b) Auf die einzelnen Unrichtigkeiten und Streitfragen, die sich in der Literatur finden, hier einzugehen, ist nicht der Ort. Lediglich hinsichtlich der Vereinigung von Städten miteinander sind einige erläuternde Worte den tabellarischen Übersichten hinzuzufügen, weil die ziemlich verbreitete Schrift von KÖBKE Irrtümer der größten Art enthält.

¹⁾ Auf das Für und Wider hinsichtlich der Auflösung der Gutsbezirke braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Jedenfalls ist das damit verbundene Problem keineswegs so einfach, wie es dem durch Sachkenntnis nicht weiter getriebenen Urteile mancher scheint. Wenn man sich wohl auch im Ergebnis für eine allmähliche Beseitigung der Gutsbezirke — auch der fiskalischen — wird aussprechen müssen, so darf man doch die bestehenden Bedenken nicht gänzlich beiseite stellen.

²⁾ Vgl. § 4 Entw.St.O.; § 4 Entw.LGO.

³⁾ Vgl. anliegende Tabelle S. 90 ff.

Tabelle A.

Art	Städte				
	Östliche Provinzen (§ 2 StO.), Schleswig-Holstein (§ 3 StO.)				
	Vereinigung kommunalfreier Grundstücke mit einer Stadt	Vereinigung ¹⁾ eines Teils einer Gemeinde mit einer Stadt	Vereinigung einer ganzen Landgemeinde mit einer Stadt		Vereinigung einer Stadt mit einer Stadt
Materielle Voraussetzungen		Einwilligung der beteiligten Gemeindevertretungen und Grundeigentümer oder öffentliches Interesse	Einverständnis der Beteiligten	Kein Einverständnis der Beteiligten, aber öffentliches Interesse festgestellt auf Gutachten des Kreisausschuß, auf Beschwerde von Provinzialrat, auf weitere Beschwerde von Staatsministerium	
Beteiligte Verbände ²⁾	Anhörung	Einwilligung	Einverständnis	Anhörung	
Grundstückseigentümer	Anhörung	Einwilligung			
Landbürgermeisterei					
Kreisausschuß					
Kreistag	Anhörung	Gutachten	Anhörung	Anhörung	
Bezirksausschuß	Beschluß	Beschluß	Anhörung	Anhörung	
Oberpräsident					
Provinzialrat	Beschwerdebefschluß (§ 121 LVG.)	Beschwerdebefschluß			
Minister des Innern					
Staatsministerium		Beschwerdebefschluß	Genehmigung	Genehmigung	
Landtag					Gesetz

¹⁾ Entsprechendes gilt für Abtrennung. ²⁾ Bei Gutsbezirken: Gutsbesitzer.

Eingemeindungsrecht.

Städte									
Westfalen (§ 2 StO.)					Rheinprov. (§ 2 StO.)	Hannover (§§ 8—10 StO.)			
Vereinigung kommunalfreier Grundst. m. e. Stadt	Vereinigung eines Teils einer Gemeinde mit Stadt		Vereinigung einer Landgemeinde mit Stadt	Vereinigung einer Stadt m. Stadt	In allen Fällen	Vereinigung eines Teils einer Gem. od. kommunalfreien Grd.	Vereinigung einer ganzen Stadt- od. Landgemeinde mit einer Stadt		
wie östl. Prov.	Einwilligung der Beteiligten	Keine Einwilligung aller Beteiligten, aber öffentliches Interesse	Zustimmung der Vertretungen der beteiligten Gem.	Keine Zust. der Vertretungen der betr. Gem.	wie östl. Prov.		Vereinbarung der Beteiligten	Keine Vereinbarung	
	Einwilligung	Anhörung	Zustimmung		Anhörung	Verhandlung ¹⁾			
	Einwilligung	Anhörung							
	Anhörung	Anhörung	Anhörung						
	Beschluß					Beschluß	Beschl. (nach Anhör. des Priv.-Landt.)		
	Beschwerdebeschluß					Beschwerdebeschluß	Beschwerdebeschluß		
		Genehmigung	Genehmigung		Genehmigung				
				Gesetz					Gesetz

¹⁾ Jedoch mit Einschränkung (vgl. § 8 II hann. StO.).

Tabelle A. (Fortsetzung.)

Art	Städte				Landgemeinden		
	Hessen-Nassau (§ 2 StO.)				östl. Prov. (§ 2 LGO.), Schleswig-Holstein		
	Vereinigung komm.-freier Grundstücke mit einer Stadt	Vereinigung eines Teils einer Gemeinde mit einer Stadt	Vereinigung einer ganzen Landgemeinde mit einer Stadt	Vereinigung einer Stadt mit einer Stadt	Vereinigung eines kommunalfreien Grundst. mit Land-Gem.	Vereinigung eines Teils einer Land-Gem. mit Land-Gem.	
Materielle Voraussetzungen	wie für östl. Provinzen			Einverständnis der Beteiligten	Kein Einverständnis der Beteiligten, aber öffentl. Interesse festgestellt auf Gutachten des Kreistages durch Bezirksausschuß, auf Beschwerde von Provinzialrat, auf weitere Beschwerde von Staatsministerium	Einwilligung der beteiligten Gemeindevertretungen oder öffentl. Interesse	
Beteiligte Verbände				Einverständnis	Anhörung	Anhörung	Anhörung
Grundstückseigentümer						Anhörung	Anhörung
Landbürgermeisterei							
Kreisausschuß						Beschluß	Beschluß
Kreistag				Gutachten	Gutachten		
Bezirksausschuß				Anhörung	Anhörung	Beschw.-Beschluß	Beschw.-Beschluß
Oberpräsident							
Provinzialrat							Beschw.-Beschluß
Minister des Innern							
Staatsministerium				Genehmigung	Genehmigung		Beschw.-Beschluß
Landtag							

KÖBKE hält für die Vereinigung zweier Stadtgemeinden, die in demselben Kreise liegen, nur in der Provinz Hannover und vielleicht — S. 30 und S. 32 seiner Ausführungen enthalten in dieser Beziehung einen Widerspruch — in der Rheinprovinz ein Gesetz für erforderlich. In den östlichen Provinzen, Schleswig-Holstein und Westfalen sei mit Rücksicht auf § 8 des Zuständigkeitsgesetzes, in Hessen-Nassau wegen der Fassung des § 2 der Städteordnung kein Gesetz notwendig.

Auf § 8 des Zuständigkeitsgesetzes kann sich KÖBKE nur deshalb stützen, weil er einen falschen Text zugrunde legt. Er behauptet¹⁾, § 8 laute: „Der Bezirksausschuß beschließt, soweit nicht die Beschlußfassung nach den Gemeindeverfassungsgesetzen der Aufsichtsbehörde zusteht, über die Veränderung der Grenzen der Stadtbezirke.“ Tatsächlich heißt es aber in § 8: „Der Bezirksausschuß beschließt, soweit die Beschlußfassung nach den Gemeindeverfassungsgesetzen der Aufsichtsbehörde zusteht, über die Veränderung der Grenzen der Stadtbezirke.“ Darin liegt ein großer Unterschied. Die richtige Fassung setzt für die Anwendung des § 8 des Zuständigkeitsgesetzes voraus, daß die Gemeindeverfassungsgesetze die Beschlußfassung den Aufsichtsbehörden übertragen haben. Das ist aber in den östlichen Provinzen, Westfalen und Schleswig-Holstein nicht der Fall. Deswegen ist auch dort nicht der Bezirksausschuß zuständig, sondern die Vereinigung ist mangels besonderer gesetzlicher Vorschrift eben nur durch Gesetz durchführbar.

In Hannover, wo im Falle der Vereinbarung der Oberpräsident zuständig war, ist, da dieser eine Aufsichtsbehörde über Städte ist, infolge des § 8 ZustGes. nunmehr allein der Bezirksausschuß das entscheidende Organ. Kommt keine Vereinbarung zustande, so bedarf es eines Gesetzes, wie sich aus der Stellung der Worte „außer dem Falle der Vereinbarung,“ für den § 11 Satz 1 der hannov. Städteordnung nicht gilt, und aus dem Worte „Gesetz“ im Satz 2 dieses Paragraphen ergibt.

Daß in der Rheinprovinz in allen Fällen der Veränderung des Stadtbezirks, also auch bei Vereinigung zweier Städte miteinander, nur die Genehmigung des Staatsministeriums erforderlich ist, folgt aus § 2 Abs. 2 der rhein. Städteordnung. Da das Staatsministerium, bzw. früher der König, keine kommunale Aufsichtsbehörde ist, kommt § 8 des Zuständigkeitsgesetzes nicht zur Anwendung. Wenn also KÖBKE (S. 32) behauptet, in der Rheinprovinz sei zur Vereinigung zweier Städte Gesetz erforderlich, so ist das falsch.

Richtig ist allein, daß in Hessen-Nassau die Vereinigung von Städten ebenso vor sich geht, wie die von Landgemeinden, d. h. durch Genehmigung des Staatsministeriums, nur daß an die Stelle der Beschlußfassung des Kreis Ausschusses nach erforderlichem Gutachten des Kreistages der Bezirksausschuß tritt. Daß in Hessen-Nassau die Vorschriften des § 2 der Landgemeindeordnung auch für die Vereinigung zweier Städte gelten, ergibt sich aus der eindeutigen Fassung des § 2 Abs. 2 der hess.-nass. Städteordnung.

¹⁾ S. 26f.

c) Besondere Schwierigkeiten können entstehen, wenn bei Umgemeindungen, die an sich nur Gemeinden niederer Art betreffen, Kreis- oder Provinzialgrenzen verändert werden müssen, wenn also die Gemeinden, um die es sich handelt, in verschiedenen Kreisen oder Provinzen liegen. Für diesen Fall treffen § 3 der östlichen Kreisordnung¹⁾ und § 4 der Provinzialordnungen nähere Bestimmung, deren Auslegung jedoch streitig ist.

Nach § 3 Abs. 1 der Kreisordnung erfolgt die Veränderung bestehender Kreisgrenzen und die Bildung neuer sowie die Zusammenlegung mehrerer Kreise durch Gesetz; nach Abs. 3 aber ziehen „Veränderungen solcher Gemeinde- und Gutsbezirksgrenzen, welche zugleich Kreisgrenzen sind, sowie die Vereinigung eines Grundstücks, welches einem Gemeindebezirke bisher nicht angehörte, mit einem in einem anderen Kreise belegenen Gemeinde- oder Gutsbezirke die Veränderung der betreffenden Kreisgrenzen ohne weiteres nach sich“.

Die Bedeutung des Absatzes 3 wird von der einen Meinung dahin gefaßt, daß in jedem Falle, in dem eine ganze Gemeinde aus einem Kreise in einen anderen Stadt- oder Landkreis eingemeindet werde, ein Gesetz erforderlich sei und daß nur bei Umgemeindungen eines Teiles einer Gemeinde eines Kreises in eine Stadt- oder Landgemeinde eines anderen Kreises von einem Gesetz abgesehen werden kann. Die zweite Auffassung hält ein Gesetz nur bei Umgemeindung einer ganzen Gemeinde in einen Stadtkreis für nötig. Eine dritte Ansicht endlich will das Erfordernis eines Gesetzes nur in dem Falle anerkennen, daß eine Veränderung von Kreisgrenzen ohne unmittelbare Veränderung von Gemeindegrenzen überhaupt erfolgt.

Der ersten Meinung liegt der Gedanke zugrunde, daß Gemeindegrenzen nicht verändert werden, wenn eine ganze Gemeinde in eine andere eingemeindet wird. Dann bleibe die Begrenzung beider Gemeinden zusammen dieselbe wie vorher; es falle nur ihre Trennungslinie fort. Eine eingehende Begründung gab Graf Eulenburg in der Sitzung des Herrenhauses²⁾ vom 7. Mai 1902. Nach seiner Ansicht können überhaupt nur drei Arten von Bezirksveränderungen vorkommen: entweder werden Teile einer Gemeinde mit einer anderen Gemeinde vereinigt oder solche Grundstücke, die noch keinem Kommunalbezirk angehören, oder endlich ganze Gemeinden. Diese drei Arten von Veränderungen werden in der Städte- und Landgemeindeordnung ganz strikte auseinandergehalten. Während nun § 3 Abs. 1 der östlichen Kreisordnung die Regel aufstellt, läßt Abs. 3 eine Ausnahme für den Fall von Veränderungen zu, worunter aber nur solche Veränderungen begriffen sind, die einen Teil eines Gemeindebezirkes betreffen; denn wären alle drei Fälle von Eingemeindungen gemeint, so wäre die Hinzufügung des Falles der „Vereinigung eines Grundstücks, welches bisher

1) Ebenso § 3 hann., hess., rhein., westf., schlesw. KrO.

2) Sten.Ber. d. Herrenhauses 1902, S. 232.

noch keinem Gemeindebezirk angehörte“ sinnlos. In § 3 Abs. 3 sind also von den drei möglichen Fällen nur zwei ausgenommen, die unbedingt die Veränderung der Kreisgrenzen nach sich ziehen. Im dritten Falle aber, wo es sich um Vereinigung von ganzen Gemeinden verschiedener Kreise handelt, bleibt es bei der Regel, daß ein Gesetz erforderlich ist.

Diese Auffassung kann als die herrschende bezeichnet werden; sie wurde in der Praxis bis 1901 vertreten, alsdann vorübergehend verlassen und seitdem¹⁾ von der Staatsregierung entgegen ihrer eigenen Überzeugung aus parlamentarischen Gründen befolgt²⁾. Dabei ist bemerkenswert, daß die Praxis in der Regel vom Standpunkt des Landkreises ausgeht. Das ergibt sich z. B. aus den Materialien zu dem Gesetz, durch welches die Vereinigung der Landgemeinden Kleinburg und Pöpelwitz sowie des Gutsbezirks Pöpelwitz mit dem Bezirk der Stadtgemeinde und dem Stadtkreis Breslau angeordnet wurde³⁾. In der Begründung heißt es, „daß der Fall des Abs. 3 a. a. O. . . . nicht vorliege, da im Landkreise Breslau eine Veränderung von Gemeinde- oder Gutsbezirksgrenzen überhaupt nicht eintreten soll“. In ähnlicher Weise leiten im Falle der Eingemeindung der zum Landkreise Elbing gehörenden Enklave Trettinkenhof in den Stadtkreis Elbing die Materialien zu dem Gesetze⁴⁾ vom 5. Juli 1876 (Ges.S. S. 286) ihre Bedenken, die den Weg der Gesetzgebung erforderlich machen sollen, nicht aus der Bedeutung der Stadt Elbing als Stadtkreis ab, sondern aus der Lage der Besitzung im Landkreise.

In der Literatur ist diese Auffassung gleichfalls die herrschende geworden⁵⁾.

Zum ersten Male ist die Staatsregierung von dieser Ansicht anlässlich der Eingemeindung der Landgemeinde Altendorf in den Stadtkreis Essen abgegangen, indem sie die Eingemeindung damals ohne Gesetz durchführte.

Die vorstehend erörterte Auffassung ist unhaltbar. Zunächst sind, wie MULERT gelegentlich dargetan hat, ihre Voraussetzungen unrichtig. Die drei von ihr genannten Arten von Kreisgrenzenveränderungen sind keineswegs die einzigen. Es gibt noch eine vierte Möglichkeit: Wenn nämlich unmittelbar die Kreisgrenzen als solche verändert werden sollen, also gar nicht primär eine Änderung von Gemeindegrenzen in Betracht kommt⁶⁾.

¹⁾ Vgl. Erlaß v. 17. Juli 1901 (MinBl.inn.Verw. S. 194).

²⁾ Vgl. die eingehenden Ausführungen des Staatssekretärs des Ministeriums des Innern im Gemeindeausschuß des Preuß. Staatsrats. Drucks. 1922. Nr. 319, S. 14 ff. und des Ministerialvertreters im 22. Aussch. des Preuß. Landtags. Drucks. Nr. 0337. A., S. 5.

³⁾ Vgl. Drucks. Nr. 54 des Herrenhauses 1896/97.

⁴⁾ Vgl. Drucks. d. Abgeordn.-Hauses 1876, Nr. 7.

⁵⁾ Vgl. STIER-SOMLO: Handbuch. Bd. 1, S. 163.

⁶⁾ Beispiele dieser Art: Ges. betr. die Veränderung der Grenzen einiger Kreise in den Provinzen Brandenburg, Preußen, Schlesien und Sachsen, vom 17. Juni 1875 (Ges.S. S. 305), ferner Ges. vom 15. März 1882 (Ges.S. S. 335).

Die weiteren Hauptgründe der herrschenden Meinung hat alsdann NÖLL¹⁾ zutreffend widerlegt. Mit Recht führt er aus, daß der herrschende Sprachgebrauch unter „Veränderung“ von Gemeindegrenzen auch den Fall begreift, daß eine bisher bestehende Grenze fortfällt. Die gegenteilige Meinung müßte sonst dazu führen, nach § 3 Abs. 4 der östlichen Kreisordnung, welcher die Bekanntmachung jeder Kreisgrenzenveränderung im Regierungsamtsblatt vorschreibt, von einer Bekanntmachung abzusehen, wenn zwei ganze Gemeinden verschiedener Kreise vereinigt werden. Diese beiden Gesichtspunkte sind m. E. durchschlagend; dagegen lassen sich aus den Materialien zur Kreisordnung sichere Argumente nicht entnehmen, was schon daraus hervorgeht, daß die herrschende Meinung sich auf die Materialien zu stützen, die entgegengesetzte sie fast mit denselben Sätzen zu widerlegen sucht.

Die zweite Meinung, welche von LEIDIG²⁾ und OERTEL³⁾ vertreten wird und für die in allerneuester Zeit im Schoße der Staatsregierung eine gewisse Stimmung zu herrschen scheint, behauptet, daß nur jede Eingemeindung in einen Stadtkreis eines Gesetzes bedürfe. Wenn auch in der Regel keine nähere Begründung dieses Standpunktes gegeben wird, so beruht er doch darauf, daß nach § 169 der östlichen Kreisordnung § 3 auch auf Stadtkreise Anwendung findet. Jede Gebietsveränderung eines Stadtkreises ist aber notwendig unmittelbar eine Veränderung einer Kreisgrenze, nämlich eben dieses Stadtkreises, während sonstige Umgemeindungen stets nur mittelbar Kreisgrenzenänderungen zur Folge haben.

Mit Recht wendet NÖLL⁴⁾ gegen diese Ansicht ein, daß mit Erhebung einer Stadt zum Stadtkreis die dinglichen Grundlagen und somit auch die Grenzen der Stadtgemeinde als solcher nicht berührt werden. Auch der Stadtkreis ist in erster Linie Stadt. Soweit daher das Verfahren wegen Veränderung der Grenzen einer Stadtgemeinde gesetzlich geregelt ist, wie im § 2 der östlichen Städteordnung für Eingemeindung von Teilen oder einer ganzen Landgemeinde in eine Stadt, finden die Vorschriften der Städteordnung auch dann Anwendung, wenn die betreffende Gemeinde ein Stadtkreis ist. Wenn im übrigen der Gesetzgeber die Eingemeindungsvorschriften der Städteordnung nicht auf Stadtkreise zur Anwendung gebracht wissen wollte, so hätte er das gewiß irgendwo klar und deutlich ausgesprochen. Demnach ist § 3 Abs. 3 der östlichen Kreisordnung auch in den Fällen anwendbar, in denen durch Veränderung der Grenzen einer Stadtgemeinde, welche Stadtkreis ist, mittelbar die Grenzen des Stadtkreises verändert werden.

Schon aus dem Vorstehenden ergibt sich die Richtigkeit der Ansicht⁵⁾, daß § 3 Abs. 3 überall dort anwendbar ist, wo es unmittelbar

1) Preuß. Verw. Bl. Bd. 21, S. 336. 2) Städterecht, S. 492.

3) Städteordnung, S. 20. OERTEL mißversteht offenbar den oben (S. 96 Anm. 1.) zitierten Min. Erl. vom 17. Juli 1901, der sich auch, nicht nur auf Stadtkreise bezieht. 4) Preuß. Verw. Bl. Bd. 21, S. 339.

5) So NÖLL in dem zit. Aufsatz, ferner die theoretische Ansicht der Staatsregierung (Drucks. d. Staatsrats 1922, Nr. 319, S. 14).

auf die Veränderung von Gemeindegrenzen ankommt und lediglich als zufällige Beigabe auch Kreisgrenzen verändert werden. Nur wo das Ziel des Verfahrens — wie in den oben¹⁾ zitierten Gesetzen — eine Veränderung der Kreisgrenzen als solcher ist, dort bedarf es eines Gesetzes. Nur das kann der Sinn der Kreisordnung sein. Jede andere Ansicht läßt sich an Hand besonders kraß liegender Fälle ad absurdum führen.

Es bedeutet einen Fortschritt, wenn § 9 der neuen Entwürfe zur Städte- und Landgemeindeordnung die Streitfrage im Sinne der hier vertretenen Ansicht löst und damit gleichzeitig Zeugnis dafür ablegt, daß diese Auffassung auch praktisch für die zweckmäßigste gehalten wird.

Unbeschadet aller Streitfragen beweisen aber die Tabelle und die vorstehenden Ausführungen, daß der Staat unter weitgehendster Ausschaltung des Willens der Gemeinden in allen Fällen der Gebietsveränderungen von Gemeinden sich in irgendeiner Form die maßgebende Entscheidung vorbehalten hat. In vielen Fällen ist sogar ein Gesetz erforderlich.

2. Auch die neuen Entwürfe²⁾ sehen in allen Fällen die entscheidende Mitwirkung staatlicher Organe bei sämtlichen Eingemeindungen vor. Freilich bestehen hinsichtlich der Form, in welcher sich die staatliche Beteiligung vollziehen soll, zwischen Staatsregierung und Landtag so grundlegende Meinungsverschiedenheiten, daß zeitweise das Schicksal der Vorlage von ihrer befriedigenden Lösung abhing. Der Landtagsausschuß fordert eine starke Erschwerung der Möglichkeit von Umgemeindungen gegen den Willen der Beteiligten. Insbesondere gehen seine Wünsche auf erweiterte Anwendung der Gesetzesform für Eingemeindungen und die Einführung des Bürgerschaftsbegehrens, während die Regierung ihrerseits³⁾ die möglichste Ausschaltung des Gesetzgebers bei Umgemeindungen erstrebt und die sachliche Beurteilung der oft schwierigen kommunalpolitischen Fragen durch Bürgerschaftsbegehren und -Entscheid für gefährdet hält.

Die Stellungnahme des Landtages wird verständlich, wenn man einmal das Bestreben dieser Körperschaft, ihren unmittelbaren Machtbereich zu erweitern, berücksichtigt und wenn man erwägt, daß eine früher vielfach allzu großstadtfreundliche Politik der Verwaltungsbehörden die Lebensfähigkeit mancher Landkreise in der Nähe von Großstädten vernichtet hat, ohne daß derartige Eingemeindungen wirklich als im Interesse der Allgemeinheit liegend anerkannt werden können. Wenn so oft auf den vielleicht krassesten Fall dieser Art, die Ein-

¹⁾ Vgl. S. 96 Anm. 6.

²⁾ Trotz starker Gegenströmungen, die ihre Hauptnahrung durch den Landkreistag erhielten, sind die Eingemeindungsbestimmungen doch in den Gemeindeverfassungsgesetzen selbst verblieben und nicht einem besonderen Gesetze überlassen. Es würde sonst die erstrebte Einheitlichkeit nur verhindert werden.

³⁾ Vgl. § 4 der Entw.StO., LGO. sowie § 4 Entw.KrO. (Drucks. des Staatsrats. 1923, Nr. 311).

gemeindung von Worringen nach Köln, hingewiesen wird, so muß erwidert werden, daß gerade dieser Fall beweist, daß auch die Beschlußfassung des Parlaments, das diese Eingemeindung durch Erlaß des Gesetzes vom 22. März 1923 (GesS. S. 65) selbst sanktioniert hat, derartige Mißgriffe nicht verhindert. Zu alledem kommt noch hinzu, daß sich mit Eingemeindungsfragen nicht selten allgemeine Gefühlsmomente der Bevölkerung verbinden, die nach deren Meinung bei den allzusehr in verwaltungstechnischen vernunftsmäßigen Gesichtspunkten befangenen Verwaltungsbehörden keine genügende Berücksichtigung finden¹⁾).

Rechtspolitisch ist jedenfalls der Standpunkt der Staatsregierung der richtige, zwar nicht, wie der Regierungsvertreter seinerzeit im Staatsrat ausführte, weil bei Eingemeindungen in der Regel Zweckmäßigkeitsfragen eine große Rolle spielen — mit ihnen hat sich der Gesetzgeber auch in zahlreichen anderen Fällen zu befassen —, sondern weil eine Eingemeindung ihrer Natur nach materiell ein Verwaltungsakt ist²⁾, d. h. die auf Grund eigenen freien Ermessens erfolgende Anwendung genereller Grundsätze auf einen Spezialfall bedeutet. Aufgabe des Gesetzgebers ist es lediglich, die generellen Grundsätze aufzustellen³⁾. Sobald der Gesetzgeber beginnt, sich darüber hinaus mit der Regelung

¹⁾ Vgl. MAYER, O.: Verwaltungsrecht. Bd. 2, S. 358.

²⁾ So richtig STIER-SOMLO: Handbuch. Bd. 1, S. 159f., 162. Im Anschluß an ihn MÜLLER, W.: Staats- und Selbstverwaltung. S. 704f. Trotz richtiger Ansätze und kritischer Erörterung des Begriffs „Verwaltungsakt“ begründen FLEINER (Institutionen S. 174) und KORMANN (System S. 13, 124ff.) nicht klar, warum die Eingemeindung Verwaltungsakt sei. Im übrigen vgl. II, 1 dieses Kapitels.

³⁾ Es soll hier nur grundsätzlich von der Aufgabe des Gesetzgebers als solchem gehandelt und dabei entsprechend unseren derzeitigen Verfassungszuständen das Parlament als die die Gesetze schaffende Körperschaft vorausgesetzt werden. Ob der jetzige Zustand auf die Dauer haltbar ist, erscheint freilich zweifelhaft. Verschleppung der Arbeiten infolge Arbeitsüberlastung, allzu häufige Tagungen der Parlamente und ihrer Ausschüsse, die die Teilnahme an den Sitzungen gerade denjenigen schaffenden Kreisen, deren Mitarbeit besonders wertvoll ist, unmöglich macht, sind die Folge. M. E. wird man dazu kommen müssen, dem Parlament ein Initiativrecht zu belassen, im übrigen aber dem Landtag lediglich ein Einspruchsrecht zu sichern in der Weise, daß die Regierung die Gesetze ausarbeitet, dem Landtage vorlegt, wenn nicht innerhalb bestimmter Zeit ein bestimmter begründeter Gegenvorschlag von einem größeren Bruchteil des Parlaments eingegangen ist, sie rechtsverbindlich verkündet. Auf diese Weise werden unbestrittene Gesetze nicht unnötig monatelang verschleppt, während Streitpunkte nach wie vor an den Landtag kommen, der sich aber nun auf die Erörterung der grundlegenden Fragen beschränken kann. Da der Landtag auch noch nach der Verkündung durch eigenes Initiativgesetz jedes Gesetz außer Kraft setzen kann, behält er auch bei verspätetem Einspruch seinen Einfluß auf die Gesetzgebung. Im übrigen würde dieses Verfahren, auf dessen nähere Ausgestaltung einzugehen hier nicht der Ort ist, auch den demokratisch-parlamentarischen Grundsätzen nicht zuwiderlaufen, zumal wenn man berücksichtigt, daß im parlamentarisch regierten Staate die Regierung in starker Abhängigkeit vom Landtag steht.

Die Ermächtigungsgesetze im Reich hatten übrigens seinerzeit der Regierung eine noch erheblich weitergehende Vollmacht verliehen, da damals während der Dauer der Ermächtigung das Plenum des Reichstags nicht versammelt, also gänzlich ausgeschaltet war.

von Einzelfällen zu befassen, müssen die Verhandlungen eines so großen Gremiums notwendig ins Uferlose geraten, und es wird dann schließlich jede sachliche Arbeit infolge Überlastung unmöglich¹⁾.

II. Welche Bedeutung die Entscheidung des Staates über die Veränderungen des Gemeindegebiets hat, ergibt sich aus einer Betrachtung der Rechtsfolgen der Umgemeindungen. Auf sie muß daher wenigstens kurz eingegangen werden.

1. Zu diesem Zwecke ist zunächst die rechtliche Natur der Umgemeindung festzustellen. Jede Art der kommunalen Gebietsveränderungen beruht auf einem Staatshoheitsakt. Abzulehnen sind daher die Ansichten, welche in der Eingemeindung einen Vertrag oder einen Gesamttakt sehen²⁾. Gewiß erhält diese Meinung eine Stütze dadurch, daß die Gesetze vielfach³⁾ von einer staatlichen „Genehmigung“ der Eingemeindung sprechen und damit den Anschein erwecken, als ob der eigentlich maßgebende Akt bereits vor dieser Genehmigung liege. In zahlreichen Fällen⁴⁾ ist aber ausdrücklich gesagt, daß die Vereinigung oder Abtrennung durch „Beschluß“ eines staatlichen Organs erfolgt. Aus der Fassung des Gesetzes läßt sich also nichts entnehmen.

Müßig ist in jedem Falle der Streit, was von beidem, ob ein Vertrag oder ein Gesamttakt, und zwar eine Vereinbarung vorliegt. Es handelt sich hierbei nicht um eine sachliche Differenz hinsichtlich der Rechtsnatur der Eingemeindung, sondern um eine Verschiedenheit der Auffassung über den Inhalt des Begriffes „Vertrag“. Das ergibt sich deutlich aus den Ausführungen BROCKHAUSENS⁵⁾, der selbst die Theorie vom

1) Ein Beispiel, wohin es führt, wenn das Parlament zu verwalten anfängt, beweisen die Ausschußverhandlungen im Landtage in den Jahren 1923 und 1924 bezüglich der Abänderung der Grenzen von Großberlin. Damals fuhren zahlreiche Mitglieder des Landtags zwei Tage lang in Autos die Grenzen von Berlin ab. Der Erlaß eines Umgemeindungsgesetzes ohne Ortskenntnis ist stets mißlich; insofern ist gegen das Verhalten des Ausschusses nichts einzuwenden. Aber was für Berlin gilt, gilt schließlich auch für andere Umgemeindungen. Soll da jedesmal ein Landtagsausschuß eine Ortsbesichtigung abhalten? Soll jedesmal der Landtag sich mit der Durchsicht einer Unzahl von Denk- und Kampfschriften für jede der möglichen Auffassungen belasten und soll schließlich eine bloße Frage der Verwaltungstechnik in das parteipolitische Getriebe gezerrt werden und damit die einzelnen Parteimitglieder in unangenehme, gänzlich überflüssige Gewissenskonflikte bringen? Schließlich sind doch zur Verwaltung die Verwaltungsbehörden da, sie sind kraft ihrer Organisation viel beweglicher, stehen den Verhältnissen näher und müssen schließlich die Folgen irgendwelcher Fehler bei der Eingemeindung am eigenen Leibe spüren.

2) So BROCKHAUSEN: S. 10 ff.; KARNER: Bl. f. administrat. Praxis. Bd. 57, S. 147 ff.; FRANK: S. 23 ff.; MAYER, O.: Bd. 2, S. 358 ff.

3) Vgl. z. B. § 2 Abs. 3 Satz 1 östl. StO. („königliche Genehmigung“).

4) Vgl. z. B. § 2 Abs. 4 östl. StO. („Beschluß des Bezirksausschusses“).

5) Vgl. BROCKHAUSEN: S. 65 ff. — ANSCHÜTZ: (Preuß. Verw. Bl. Bd. 22, S. 83 ff.) hat unter Heranziehung der Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts eingehende Ausführungen über den Begriff der Vereinbarung im Verwaltungsrecht gemacht. Er kommt zu dem Ergebnis, daß eine Vereinbarung vorliegt in allen jenen Fällen, „in denen . . . der Gesamtwille eines zur Rechtserzeugung nicht organisierten Verbandes sich in vertragsförmigen Dispositionen rechtsbildend betätigt. . . . Es handelt sich hier um ein Seitenstück zur Observanz

Gesamtakt verwirft, dafür aber den Vertragsbegriff weiter faßt, als es gemeinhin üblich ist.

Richtig ist freilich, daß neben dem eigentlichen Umgemeindungsakt noch Verabredungen der Beteiligten getroffen zu werden pflegen. Soweit sie sich innerhalb des geltenden Rechts bewegen, besitzen sie vertragliche Natur. Darüber hinaus kommen sie als objektives Recht setzende Vereinbarung nicht ohne weiteres in Betracht, sondern erhalten ihre bindende Kraft nur durch Aufnahme¹⁾ in das Eingemeindungsgesetz, sofern ein solches ergeht. Ohne Gesetz kann durch Parteivereinbarung den zwingenden Vorschriften des öffentlichen Rechts gegenüber kein Recht gesetzt werden²⁾.

Es geht zu weit, jede Möglichkeit eines Vertragsschlusses bei Eingemeindungen ganzer Gemeinden überhaupt zu leugnen, wie

einerseits, zur Autonomie (d. h. der korporativen Satzungsgewalt) andererseits“ (S. 88). Wesensgleich mit der Observanz sind drei Momente:

1. Beschränkung des örtlichen Geltungsbereichs,
2. Übereinstimmung des Inhalts der Rechtssätze,

3. Eigenart der sozialen Unterlage der Rechtsbildung, welche ein „Verband“ im weitesten Sinne (Interessengemeinschaften) abgeben kann.

Vereinbarungen und Observanz unterscheiden sich darin, daß letztere ungeschriebenes Recht schafft. Im Gegensatz zur Autonomie, mit der sie gemeinsam hat die normenschaffende Verbandsgewalt, die sich in ausdrücklichen formellen Erklärungen unter Hinzutreten der Genehmigung der kompetenten Staatsbehörde kundgibt, handelt es sich bei der Vereinbarung nicht (nicht immer!) um die höchstentwickelten Verbände, die öffentlich-rechtlichen Korporationen, sondern um unorganisierte, zwar noch Verbände des öffentlichen Rechts, die aber der juristischen Persönlichkeit entbehren, Gemeinschaften, die kein Gemeinwesen darstellen. Die Vereinbarung kann nur durch übereinstimmende Erklärung aller Beteiligten, deren Verhältnisse durch die zu vereinbarende Norm ihre rechtliche Normierung empfangen sollen, zustande kommen. Die öffentlich-rechtliche Geltung, die auf der Zustimmung des Staats beruht, besteht in der unmittelbar bindenden Kraft der Rechtsnorm, des Gesetzes, nicht etwa des Vertrages. Trotz der Vertragsform ist die Vereinbarung nicht mit dem Verträge zu verwechseln. Der Vertrag ist Rechtsgeschäft, die Vereinbarung aber Rechtsetzung. Die Vereinbarungen sind nicht vertragsmäßige Abmachungen zwischen einzelnen über ihre Rechte und Pflichten, sondern Kundgebung eines Gemeinwillens, der über den einzelnen steht und Befehle gibt.

STIER-SOMLO (Verw. Arch. Bd. 10, S. 520f.) gibt die Darstellung von ANSCHÜTZ im wesentlichen wieder, vermag aber selbst die strenge Scheidung zwischen Vereinbarung und Vertrag, als Rechtsetzung und Rechtsgeschäft nicht anzuerkennen, da die Schwierigkeit gerade darin liege, ob den Parteien wirklich eine Einwirkung auf das objektive Recht habe gegeben werden sollen. Ich stimme STIER-SOMLO zu.

¹⁾ Die Bestimmungen des Eingemeindungsvertrags brauchen nicht ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen zu sein; es genügt ein Hinweis auf den Vertrag (z. B. „nach Maßgabe des zwischen den Gemeinden abgeschlossenen Eingemeindungsvertrags“). In der Praxis ist es üblich, diejenigen Teile des Eingemeindungsvertrags, welche dem geltenden Rechte zuwiderlaufen, als „Bedingungen der Vereinigung“ (recht schlechter Ausdruck!) dem Gesetze beizugeben und mit ihm zu veröffentlichen (vgl. z. B. Ges. über Erweiterung des Stadtkreises Kiel vom 25. Juni 1924 — GesS. S. 567 —, ferner OVG. Bd. 57, S. 34. — Daß diese Auffassung in der preußischen Praxis scharf durchgeführt wird, beweist der in seiner theoretischen Grundlage interessante Erlaß vom 4. April 1910 (Min. Bl. inn. Verw. S. 78).

²⁾ Vgl. OVG. Bd. 62, S. 306; STIER-SOMLO: Handbuch. Bd. 1, S. 173 ff.

LOENING¹⁾ mit Rücksicht darauf meint, daß nach erfolgter Eingemeindung der eine Vertragsteil verschwunden sei und mit ihm auch seine Ansprüche untergegangen sein müßten. Mit Recht verweist demgegenüber STIER-SOMLO²⁾ darauf, daß zur Zeit des Vertragsschlusses jedenfalls beide Parteien vorhanden seien, ein Vertrag also zustande kommen könne. Die Bedeutung dieses Vertrages nun liege gerade darin, daß er für die entscheidende staatliche Stelle als Voraussetzung („Bedingung“) der Eingemeindung anzusehen sei; daher könnten später die Aufsichtsbehörden den noch vorhandenen Vertragsteil zur Erfüllung seiner Versprechen anhalten.

Die Gültigkeit von Eingemeindungsverträgen auf privatrechtliche Bestimmungen zu beschränken, liegt kein Grund vor. Soweit Eingemeindungsverträge nicht dem geltenden Recht widersprechen, dürfen sie sich sehr wohl auch auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse erstrecken.³⁾

Alle solchen Verträge stehen aber nur neben dem Staatshoheitsakt, durch den die Eingemeindung erfolgt — ähnlich wie bei der Enteignung im Enteignungsverfahren; sie können ihn niemals ersetzen.

Auf die gegenteiligen Ansichten der meisten Autoren braucht nicht näher eingegangen zu werden, weil sie regelmäßig außerpreußische Verhältnisse im Auge haben, die vielfach — wie in Österreich — eine andere Auffassung zulassen⁴⁾. Jedoch bedarf die hier vertretene Meinung noch einer näheren Begründung.

Bereits O. MAYER⁵⁾ betont, daß, wenn auch die Gemeinde ein Recht auf ihr Dasein, ihr Gebiet und Volk hat, damit noch nicht gesagt sei, daß ihre Vertretung über diese Grundlagen verfügen kann. Die staatliche Behörde kann nur nicht gegen den Willen der Beteiligten das Gemeindegebiet abändern, so daß also deren Zustimmung die Voraussetzung für den Ausspruch der Behörde ist. Diese Ansicht O. MAYERS ist insofern nicht zutreffend, als das preußische Recht, wie sich aus obigen Tabellen ergibt, in einer ganzen Reihe von Fällen gerade die Möglichkeit einer Eingemeindung ohne jegliche Zustimmung der Beteiligten vorsieht und daß bloß gewisse Kautelen geschaffen sind, die eine allzu rigorose Handhabung dieser Möglichkeit verhindern sollen.

Die Eingemeindung muß m. E. schon deshalb ein Hoheitsakt sein und kann nicht auf Vertrag der Beteiligten beruhen, weil der Wirkungskreis der Gemeinden nur innerhalb ihres eigenen Gebiets denkbar ist und die vom Staate abgeleitete öffentliche Gewalt der Gemeinde sich nur auf diejenigen Gebietsteile erstrecken kann, für die sie der Staat verleiht.

1) Preuß. Verw. Bl. Bd. 29, S. 657 ff.

2) Handbuch. Bd. I, S. 175.

3) So richtig STIER-SOMLO: ebendort S. 176 f.

4) Daß das Eingemeindungsrecht vom Standpunkte der einzelnen Länder aus verschiedene Ergebnisse liefert, hebt mit Recht STIER-SOMLO (Handbuch. Bd. I, S. 171) hervor. Aus diesem Grunde können die an sich interessanten Ausführungen von BROCKHAUSEN für Preußen nicht verwendet werden.

5) Vgl. Verwaltungsrecht Bd. 2, S. 360.

Auch die höchsten Gerichte vertreten den gleichen Standpunkt. Wiederholt hat das Oberverwaltungsgericht¹⁾ ausgesprochen, daß eine Umgemeindung ein organisatorischer Verwaltungsakt ist, und auch das Reichsgericht²⁾ hat sich dieser Ansicht angeschlossen, indem es das Wesen der Eingemeindung in einer „Verfügung der Staatsgewalt“ sieht.

Wenn STIER-SOMLO³⁾ in seinen durchweg zutreffenden Ausführungen zum Eingemeindungsrecht die Eingemeindung definiert als „einen organisatorischen, endgültigen, mit Grenzveränderung verbundenen, staatshoheitlichen Verwaltungsakt“, so deckt sich seine Ansicht gleichfalls mit der hier vertretenen. Auch die übrigen von ihm genannten Begriffsmerkmale treffen zu mit Ausnahme der Endgültigkeit. Richtig ist zwar, daß es keine vorläufigen Eingemeindungen gibt; doch ist der Eingemeindungsakt in allen denjenigen Fällen, in denen er von einer Beschlußbehörde ausgeht, noch durch die ordentlichen Rechtsmittel anfechtbar. Der noch nicht endgültige Beschluß des Bezirksausschusses beispielsweise ist aber auch dann schon ein Eingemeindungsakt. STIER-SOMLOS Ausdrucksweise ist also mindestens mißverständlich.

Daß jede Eingemeindung mit einer Grenzveränderung verbunden ist, trifft gleichfalls zu; doch beweisen die oben erwähnten Ansichten zu § 3 der Kreisordnung, daß manche das Fortfallen einer kommunalen Grenze nicht als Grenzveränderung ansehen. Daher ist statt dessen zweckmäßiger von Gebietsveränderung zu sprechen. Dagegen scheint mir noch einer schärferen Hervorhebung bedürftig, daß die Eingemeindung ein konstitutiver Akt ist.

Ich definiere also die Eingemeindung als einen organisatorischen, mit kommunaler Gebietsveränderung verbundenen, konstitutiven, staatshoheitlichen Verwaltungsakt.

An sich gibt es für alle Gemeinden gleicher Ordnung drei verschiedene Möglichkeiten von Eingemeindungen⁴⁾, nämlich:

1. Eingemeindung kommunalfreier Grundstücke in eine schon bestehende Gemeinde,
2. Abtrennung von Teilen einer Gemeinde und Zulegung zu einer anderen,
3. Vereinigung mehrerer bisher selbständiger Gemeinden.

Der erste Fall hat juristisch kein weiteres Interesse. — Die primäre Wirkung der Eingemeindung eines Teiles einer Gemeinde in eine andere

¹⁾ Vgl. OVG. Bd. 22, S. 86; Bd. 25, S. 158f.; Bd. 37, S. 405; OVG. i. Preuß. Verw. Bl. Bd. 29, S. 993.

²⁾ RG. i. Preuß. Verw. Bl. Bd. 29, S. 666.

³⁾ Handbuch. Bd. 1, S. 159. — Auch GIERKE (Genossenschaftsrecht. Bd. 1, S. 819, Anm. 1) und PREUSS (Gemeinde, Staat, S. 409) erkennen die Eingemeindung als Staatsakt an, ebenso KÖBKE: S. 55ff.; HALBEY: S. 246f. u. a.

⁴⁾ STIER-SOMLO (Handbuch. Bd. 1, S. 158) zählt 6 Arten auf; er unterscheidet noch danach, ob eine bestehende Gemeinde aufgelöst, bei der Vereinigung eine neue gebildet wird und ob es sich um Bildung einer Stadt- und Landgemeinde handelt. Es ist richtig, daß diese Sonderfälle, wie auch obige Ausführungen zeigen, rechtlich nicht bedeutungslos sind; aber es wird damit schon über die äußere Erscheinung der Eingemeindung hinausgegriffen.

ist, daß der Teil in der einverleibenden Gemeinde aufgeht. Gleiches kann der Fall sein, wenn eine ganze Gemeinde in eine oder mehrere andere eingemeindet wird. Es ist aber auch möglich, daß beide Gemeinden untergehen und aus ihnen eine neue entsteht. Welche von beiden Alternativen vorliegt, ist von Fall zu Fall zu prüfen. Bei allen Eingemeindungen durch Gesetz bestehen beide Möglichkeiten¹⁾. Das gleiche gilt bei denjenigen Eingemeindungen, die durch Beschluß des Staatsministeriums zustande kommen. Dagegen können nach geltendem und voraussichtlich künftigem Recht die Beschlußbehörden allein niemals eine Eingemeindung mit Neubildung einer Gemeinde vornehmen, weil jede Neuschaffung einer Gemeinde mindestens²⁾ der Genehmigung des Staatsministeriums bedarf.

Wenn PREUSS³⁾ jede Veränderung des Gemeindegebiets als eine wesentliche Veränderung der Gebietskörperschaft selbst bezeichnet, weil die Grundlage der Gemeinde das Gebiet ist, so kann das zu der Annahme verleiten, als ob mit der Gebietsänderung die rechtliche Persönlichkeit der Gemeinde eine andere werde. Diese Folgerung lehnt er aber selbst ausdrücklich ab. Besser als sein Vergleich mit der mündigen Person, die nicht Rechtsnachfolger der unmündigen sei, scheint mir der Hinweis, daß ein Mensch, dessen physische Grundlage, d. h. dessen Körper, größeren Veränderungen unterworfen wird (z. B. durch Operationen), seine Persönlichkeit weder ändert noch verliert, obwohl der Körper ebenso ein Wesensmerkmal des Menschen ist wie das Gebiet ein solches der Gemeinde. In der Tat bedeutet eine Gebietsveränderung einer Gemeinde keine wesentliche Änderung ihrer Persönlichkeit.

Dagegen wirft PREUSS der individualrechtlichen Anschauung vor, sie führe zu der falschen Auffassung, daß mit der Eingemeindung eine Rechtsnachfolge der veränderten Gemeinden eintreten müsse. PREUSS meint: wenn man in der Gesamtperson ein fingiertes Individuum sieht, müsse sich mit jeder wesentlichen Veränderung die Idee der Auflösung und Neubildung, d. h. der Rechtsnachfolge verbinden; denn die Persönlichkeit sei dann einem bestimmten Substrat beigelegt und mit diesem müsse sich jene ändern. Ich vermag diese Auffassung nicht zu teilen. Zunächst ist schon, wie gesagt, die Gebietsveränderung nicht

¹⁾ Vgl. Ges. betr. Erweiterung des Stadtkreises Kiel vom 25. Juni 1924 (GesS. S. 567); hier wurde die Landgemeinde Neumühlen-Dietrichsdorf von der Stadt Kiel „verschluckt“. Dagegen wurden durch Ges. vom 16. Oktober 1924 (GesS. S. 609) die Städte Geestemünde und Lehe zu einer neuen Stadt „Wesermünde“ vereinigt.

²⁾ Gesetz ist sogar stets erforderlich, wenn beispielsweise eine neugebildete Stadt in Hannover unter die Reihe der „selbständigen Städte“ aufgenommen werden soll, da nach § 27 Abs. 2 hann. KrO. alle Gemeinden, welche nach Erlaß der hann. KrO. Städte werden, nicht zu den selbständigen gehören. Im übrigen kann der Gesetzgeber kraft seiner Allmacht Eingemeindungen auch in solchen Fällen selbst vornehmen, in denen an sich eine Verwaltungsbehörde zuständig wäre. Er ist dabei naturgemäß auch nicht an das Vorliegen der in den Gemeindeverfassungsgesetzen vorgeschriebenen Voraussetzungen (öffentliches Interesse, Anhörung der Beteiligten usw.) gebunden (richtig STIER-SOMLO: Handbuch. Bd. I, S. 163).

³⁾ Gemeinde, Staat, S. 396ff.

immer eine wesentliche Veränderung der Gemeinde. Im übrigen ist das, was von der individualrechtlichen Anschauung fingiert wird, dasselbe, wie das, was die organrechtliche Lehre für wirklich existent hält. Tritt nun schon in der Wirklichkeit keine Rechtsnachfolge ein, sondern bleibt also dort die Identität der Persönlichkeit bestehen, so fehlt es erst recht an jedem Grunde, für das fingierte Gebilde Rechtsnachfolge eines neu zu fingierenden Individuums anzunehmen.

Erst recht ist nicht einzusehen, warum PREUSS eine wesentliche Veränderung einer Gebietskörperschaft dann annimmt, wenn eine Körperschaft zwar bestehen bleibt, aber in das Verhältnis einer niederen zu einer höheren tritt. Gewiß wird dann das eingegliederte Gebiet Teil eines weiteren Gebietes. Aber damit ändert sich doch nicht die Persönlichkeit der bisher nicht eingegliederten Gemeinde. Wenn als Beispiel an das Ausscheiden einer Stadt aus dem Kreisverbande erinnert wird, so paßt das nicht. Es ist meines Wissens bisher auch noch nie behauptet worden, daß die ausgeschiedene Stadt mit der vorher kreisangehörigen Stadt nicht identisch, sondern ihr Rechtsnachfolger ist. Ebensowenig wie eine natürliche Person sich dadurch ändert, daß sie aus einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft in eine andere übertritt, ebenso bedeutungslos für das Wesen einer Gemeinde ist es, ob sie Teil und Glied eines Kreises ist oder nicht.

Das Ausscheiden einer Gemeinde aus einem Gemeindeverband ändert an ihrer rechtlichen Persönlichkeit also nichts; Entsprechendes gilt von einer Einbeziehung in einen niederen Verband.

Umgekehrt aber erfährt auch der von dem Wechsel berührte Gemeindeverband keine Änderung seiner Persönlichkeit, wenn die Zahl der ihm angehörenden Gemeinden oder sein Gebietsumfang sich ändert. Für die Kreise kann das mittelbar aus dem Wortlaut des § 3 der verschiedenen Kreisordnungen, für die Provinzen aus § 4 der Provinzialordnungen geschlossen werden.

Für die Landbürgermeistereien und Ämter ist es zweifelhaft, welche Folge die Umgemeindung einer ganzen Landgemeinde aus dem Bezirke der einen Landbürgermeisterei in den einer anderen hat. Geht man von der Eigenschaft der Landbürgermeisterei als Verbindung von Gemeinden aus, so ändert die Abtrennung eines Teils einer Gemeinde und Einbeziehung in eine Gemeinde einer anderen Landbürgermeisterei überhaupt nichts. Auch ohne gesetzliche Bestimmung würde dann lediglich eine automatische Grenzverlegung die Folge sein. Diese Auffassung ist m. E. zutreffend, wenn auch Samtgemeinden und Gemeindeverbände Gemeinden sind und daher ein bestimmtes Herrschaftsgebiet besitzen. Die entgegengesetzte Ansicht muß zu dem merkwürdigen Ergebnis gelangen, daß nach der Umgemeindung des betreffenden Gemeindeteils in eine Landgemeinde eines anderen Amtes die vergrößerte Gemeinde zu zwei Ämtern gehört, weil in jedem ein Teil ihres Gebietes liegt. — Dasselbe muß für die Eingemeindung einer ganzen Gemeinde eines Amtes in die eines anderen gelten. Der durch den Umgemeindungsakt entstehende Zustand würde hinsichtlich der

Zugehörigkeit der verschwundenen Gemeinde zu ihrem bisherigen Amt sinnlos sein, wenn man unbedingt noch eine staatliche Anordnung¹⁾ nach § 22 rhein., westf. KrO., § 9 rhein., § 7 westf. LGO. fordern würde.

Das künftige Recht wird voraussichtlich der bisherigen Rechtslage ausdrücklich Rechnung tragen, indem nach § 9 der Entwürfe zur Städte- und Landgemeindeordnung bei Umgemeindungen ganzer Gemeinden oder von Teilen von Gemeinden die Änderung solcher Gemeindegrenzen, die zugleich Grenzen von Landbürgermeistereien, Kreisen, Provinzen oder sonstigen öffentlich-rechtlichen Bezirken²⁾ sind, zugleich die Änderung der Grenzen dieser Verbände nach sich zieht. Es wird dann — wie nach richtiger Ansicht schon heute — eines Staatsaktes für die Änderung von Grenzen der Landbürgermeistereien nur dort bedürfen, wo diese unmittelbar als solche, also nicht als Folge sonstiger kommunaler Grenzverschiebungen, verändert werden sollen.

2. Die Rechtsfolgen, welche der staatliche Akt einer Eingemeindung für die betroffenen Gemeinden im einzelnen zur Folge hat, hat ausführlich STIER-SOMLO³⁾ beschrieben. Eine erneute Zusammenstellung würde in den wesentlichsten Punkten nur eine Wiederholung bedeuten; es kann daher in der Hauptsache verwiesen werden auf STIER-SOMLOS Ausführungen, denen im allgemeinen — besonders was die Darlegungen über die Wirkung für die Gemeindebeamten betrifft, — zuzustimmen ist.

3. Nur in einem Punkte bedarf die Ansicht STIER-SOMLOS einer erheblichen Modifikation: Für die Fortgeltung und das Inkrafttreten des Ortsrechts in den einverleibten Gebietsteilen sind zwei Unterscheidungen zu machen.

a) Es kommt darauf an, ob die vereinigten Gemeinden beide untergehen und Rechtsnachfolge einer neuen Gemeinde eintritt oder ob die eine Gemeinde oder deren Teile in der anderen aufgehen. Im letzteren Falle wird das eingemeindete Gebiet ein Teil der einverleibenden Gemeinde. Alles Ortsrecht, das für die ganze einverleibende Gemeinde erlassen ist, gilt damit ohne weiteres in den hinzugetretenen Teilen. Einer neuen Verkündung bedarf es schon um dessentwillen nicht, weil die Verkündung örtlicher Vorschriften für die ganze Gemeinde in einer bestimmten Weise erfolgt, unabhängig davon, wie groß der jeweilige Gebietsumfang ist, und nur den Zweck hat, die Kenntnis der erlassenen Vorschriften dem Publikum zu ermöglichen. Es ist auch dem Publikum ohne Mühe möglich, den Inhalt derjenigen Vorschriften festzustellen, welche in der Gemeinde, in die die Eingemeindung erfolgt ist, veröffentlicht worden sind.

Anders ist aber die Rechtslage, wenn beide vereinigten Gemeinden verschwunden sind und nur eine Rechtsnachfolgerin an ihre Stelle ge-

¹⁾ Des Ministers des Innern im Einvernehmen mit dem Bezirksausschuß nach Anhörung der Beteiligten und des Kreistages.

²⁾ Die Ausschlußfassung des § 9 spricht nur von Gemeindeverbänden, faßt aber nach § 87 Abs. 1 auch die Landbürgermeistereien darunter.

³⁾ Handbuch. Bd. 1, S. 177 ff.

treten ist. Alsdann muß für beide das gelten, was im ersten Falle für die eingemeindete Gemeinde gilt. Es muß also das gesamte Ortsrecht beider Gemeinden mit diesen vernichtet sein. Die Tatsache der Rechtsnachfolge bezieht sich nur auf die Rechte und Pflichten der betreffenden Gemeinden, hat aber mit der Frage der Geltung des in ihnen bestehenden objektiven Rechts nichts zu tun. Dieser Unterschied ist bisher nicht genügend beachtet worden.

b) Durch eine zweite Unterscheidung erfährt aber der vorstehend aufgestellte Grundsatz eine Einschränkung. Mit dem Untergang einer Gemeinde geht nur ihr Recht, d. h. das kommunale Recht, also Ortsstatuten und auf die kommunalen Verhältnisse bezügliche Observanzen unter, während alle diejenigen Vorschriften, die sich auf die einzelnen Gebietsteile als staatliche Verwaltungsbezirke beziehen, von der Änderung der kommunalen Verhältnisse unberührt bleiben.

Insofern bedarf also die Ansicht des Oberverwaltungsgerichts, welches ziemlich allgemein als Folge der Gebietserweiterung eine automatische Ausdehnung des gesamten geltenden Rechts des betreffenden Bezirks annimmt, einer starken Einschränkung. STIER-SOMLO spricht in seiner Widerlegung der Auffassung des Kammergerichts, das ganz allgemein die hier nur für Polizeiverordnungen aufgestellten Grundsätze vertritt, zwar stets nur von dem von der Gemeinde geschaffenen Recht, dehnt jedoch unvermerkt seine Ausführungen auf alles in dem betreffenden Gebiete geltende objektive Recht aus. Aber gerade die Polizeiverordnungen sind nicht von der Gemeinde, sondern zwar möglicherweise durch ihre Organe, jedoch vom Staate für einen bestimmten Bezirk geschaffenes Recht. Daß sie nicht mit Änderung der kommunalen Grenzen ihre Geltung verlieren, ergibt sich daraus ohne weiteres. Der am ehesten haltbare Einwand hiergegen ist, daß Absicht des Gesetzgebers war, der Polizeiverordnung für die Gemeinde Geltung für das jeweils zur Gemeinde gehörende Gebiet zu geben. Das aber ist im Zweifel nicht anzunehmen, da der Gesetzgeber grundsätzlich nur Bestimmungen für den seinem Willen zur Zeit unterworfenen Bezirk zu erlassen pflegt. Der Unterschied zwischen den beiden erwähnten Fällen liegt darin, daß Ortsstatute von der Gemeinde für die Gemeinde als solche, Polizeiverordnungen aber vom Staate für einen bestimmten Bezirk, der sich zur Zeit des Erlasses meist mit irgendwelchen kommunalen Bezirken decken wird, erlassen werden.

Insofern hat also das Kammergericht doch nicht so unrecht, wie STIER-SOMLO glauben machen möchte. Die Irrtümer in Literatur und Praxis beruhen m. E. darauf, daß man fast immer von städtischen Verhältnissen ausgeht, in denen kommunale und Polizeibezirkgrenzen zusammenzufallen pflegen; betrachtet man aber die ländlichen Verhältnisse, wo die einzelnen Gemeinden und Amtsbezirke — wie in den östlichen Provinzen — nicht dieselben Gebiete umfassen, wird man die hier vertretene Auffassung als logisch berechtigt empfinden.

Es ergibt sich also:

A. Eingemeindung eines Teils einer Gemeinde oder einer ganzen

Gemeinde in eine andere unter Aufrechterhaltung der Rechtspersönlichkeit der letzteren:

1. In dem eingemeindeten Gebiet tritt mit der Eingemeindung das gesamte kommunale Ortsrecht der einverleibenden Gemeinde in Kraft.

2. Das staatliche Recht, insbesondere die Polizeiverordnungen, gelten bis zur Neuregelung durch die nunmehr zuständigen Stellen in jedem Gebietsteile wie bisher fort, werden also durch die Umgemeindung nicht berührt.

B. Eingemeindung einer Gemeinde in eine andere unter Auflösung der bisherigen Verbände und Bildung einer neuen Gemeinde:

1. Das gesamte kommunale Ortsrecht in den untergehenden Gemeinden verschwindet automatisch.

2. Das staatliche Recht besteht unverändert wie bisher fort.

Nur zwei Einschränkungen gelten für vorstehende Grundsätze. Einmal können gesetzlich, nicht aber durch einen Eingemeindungsvertrag, sofern er nicht Bestandteil des Gesetzes ist, Ausnahmen zugelassen werden, und zwar sowohl in einem einzelnen Eingemeindungsgesetze als auch generell in den Gemeindeverfassungsgesetzen¹⁾. Zweitens geht in allen denjenigen Fällen das kommunale Ortsrecht auf die eingemeindeten Teile nicht über, in denen es sich auf besondere Einrichtungen der einverleibenden Gemeinde bezieht oder gerade wegen der besonderen Verhältnisse dieser Gebietsteile die natürliche Beschränkung auf diese in sich trägt. Grundsätzlich erkennt auch STIER-SOMLO²⁾ diese Ausnahmen an, doch geht er offenbar viel zu weit, wenn er unter den zweiten Fall die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts³⁾ einordnen will, wonach eine besondere kommunale Wertzuwachssteuerordnung auf die eingemeindeten Gebietsteile keine Anwendung finden soll. Die Steuerordnung ist ein Teil des kommunalen Ortsrechts; dafür, daß sie ihrer Natur oder ihrem Inhalt nach sich nur auf den Teil der Stadt C beziehen soll, der zur Zeit ihres Erlasses zum Stadtgebiete gehörte, fehlt jeder Anhalt. Die Entscheidung ist also unrichtig⁴⁾.

4. Aus der Tatsache, daß eine Eingemeindung ein staatlicher

¹⁾ Vgl. § 5 der Entw. StO., LGO., welcher von dem „gesamten Ortsrecht“, also dem kommunalen und staatlichen handelt. Die Entwürfe leiden aber an dem Mangel, daß sie nicht sagen, was geschehen soll, wenn gemäß § 4 Abs. 6 aus den Trennungsstücken eine neue Gemeinde gebildet wird.

²⁾ Handbuch. Bd. 1, S. 179.

³⁾ OVG. Bd. 64, S. 43.

⁴⁾ Die sich entgegenstehenden Ansichten über die Wirkung von Eingemeindungen auf Polizeiverordnungen machen den hier erwähnten Unterschied nicht. Auf der einen Seite nimmt das OVG. (vgl. SCHULTZENSTEIN: i. DJZt. Bd. 12, S. 52; OVG. Bd. 37, S. 405; OVG. i. Preuß. Verw. Bl. Bd. 27, S. 180, Bd. 32, S. 585) und ein Teil der Literatur (STIER-SOMLO: Handbuch. Bd. 1, S. 178ff.) das Inkrafttreten des gesamten Ortsrechts der einverleibenden Gemeinde in den eingemeindeten Gebietsteilen an. Die entgegengesetzte — für Polizeiverordnungen also mit der hier vorgetragenen Meinung übereinstimmende — Auffassung vertreten das Reichsgericht (Entsch. i. Ziv. S. Bd. 28, S. 304) und das Kammergericht (Jahr-

Hoheitsakt ist, folgt endlich, daß ohne besondere gesetzliche Bestimmung keiner der beteiligten Gemeindeverbände für steuerliche oder sonstige finanzielle Ausfälle einen Anspruch auf Entschädigung hat. Dieser Standpunkt wird mit Recht vom Oberverwaltungsgericht vertreten¹⁾. Auch in dieser Richtung kann also die Einflußnahme des Staates auf die Kommunen von erheblicher Bedeutung werden.

Da die Eingemeindung ein konstitutiver Akt ist, kann sie nicht rückwirkend erfolgen. Wenn Eingemeindungsgesetze eine rückwirkende Kraft vorsehen, so bezieht sie sich nur auf diejenigen Wirkungen, die begrifflich eine Rückwirkung zulassen. So kann z. B. für den Zeitpunkt der Auseinandersetzung ein rückliegender Termin als Grundlage angenommen werden; es können aber beispielsweise niemals Rechts-handlungen, die die einverlebte Gemeinde vorgenommen hat, zu solchen der einverleibenden erklärt werden. Praktisch wird sich oft durch Anwendung einer Fiktion helfen lassen.

Erwägt man, daß der Staat sich in allen Fällen die Veränderung kommunaler Grenzen vorbehält, so ist es folgerichtig, daß nach den neuen Entwürfen (§ 12 Entw. StO., § 12 LGO.), wenn auch aus reinen Zweckmäßigkeitsgründen, Streitigkeiten über die bestehenden Gemeindegrenzen im Verwaltungsverfahrensverfahren erledigt werden. Das geltende Recht sieht freilich nur eine vorläufige Entscheidung der Verwaltungsbeschlußbehörden vor, während der Streit endgültig nur im Verwaltungsstreitverfahren ausgefochten werden kann²⁾. Der ordentliche Rechtsweg ist schon jetzt allgemein ausgeschlossen.

Literatur. BORNHAK: Preußisches Staatsrecht. Bd. 3. 1890. — BROCKHAUSEN: Vereinigung und Trennung von Gemeinden. 1893. — BRÜNING: Die Preussische Verwaltungsgesetzgebung für die Provinz Hannover. 1906. — FRANK, A.: Die Eingemeindung von Vororten in Städte. Rostocker Dissert. 1908. — FRANK, GOTTL.: Das Eingemeindungsrecht in Württemberg. Tübinger Dissert. 1908. — FLEINER: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 4. Aufl. 1914. —

buch. Bd. 20 C 57, Bd. 27 C 49, Bd. 34 C 1) sowie ein anderer Teil der Literatur (JEBENS i. Preuß. Verw. Bl. Bd. 22, S. 509; ROSIN: Polizeiverordnungsrecht 2. Aufl. S. 212ff.; BORNHAK: Staatsrecht. Bd. 3, S. 145; KRONECKER i. DJZt. Bd. 12, S. 414; STEPHAN i. Verw. Arch. Bd. 11, S. 330; GERLAND i. Verw. Arch. Bd. 18, S. 97). Der letzteren Auffassung nahe steht auch FRIEDRICHS (Polizeiverwaltungsgesetz, S. 85ff.), der in seiner eigenen Begründung den zutreffenden Satz prägt: „Die Ortspolizeiverordnungen haben niemals eine Beziehung zu den Gemeinden als Körperschaften des öffentlichen Rechts.“ Würden seine Ausführungen sich nicht nur auf Polizeiverordnungen beziehen, so würde er vermutlich der von mir vertretenen Ansicht nahe kommen. STEPHAN (Verw. Arch. Bd. 11, S. 325ff.) behandelt die Ortsstatute gesondert von den Polizeiverordnungen, dringt aber doch nicht zu einer klaren Erkenntnis des Wesentlichen durch. Soweit Polizeiverordnungen in Betracht kommen, weist KOCH (S. 26ff.) zutreffend auf die analoge Staatspraxis hin, wonach bei Einverleibungen von Staaten das Recht des einzuverleibenden Staates in dem einverlebten erst durch besonderes Gesetz eingeführt zu werden pflegt.

Die Meinungsverschiedenheiten in dieser wichtigen Frage beweisen die Notwendigkeit einer baldigen gesetzlichen Regelung.

¹⁾ Z. B. OVG. Bd. 71, S. 113. — Die §§ 74, 75 Einl. z. ALR. können nach ihrer Fassung gleichfalls nicht in Betracht kommen.

²⁾ Vgl. §§ 9, 26 ZustGes.

FRIEDRICHS: Polizeiverwaltungsgesetz. 1911. — GERLAND: Literaturbesprechung. Verw.Arch. Bd. 18, S. 97. — v. GIERKE: Genossenschaftsrecht. Bd. 1. 1868. — JEBENS: Erlangen Polizeiverordnungen bei Erweiterungen des ihnen zuerst unterworfenen Bezirks ipso iure auch in den neuen Bezirksteilen verbindliche Kraft? Preuß.Verw.Bl. Bd. 22, S. 509ff. — KARNER: Die Veränderungen von Gemeindebezirken durch Einverleibung. Blätter f. administrative Praxis. Bd. 57, S. 145ff. — KOCH: Eingemeindungsrecht und Polizeiverordnung. Bd. 5, Heft 3 der Abhandlungen aus dem Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht. Herausgegeben von ZORN und STIER-SOMLO. 1909. — KÖBKE: Die Vereinigung von Stadtgemeinden nach preußischem Verwaltungsrechte 1909. — KORMANN: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte 1910. — KRONECKER: Wirkungen einer Eingemeindung auf die Polizeiverordnungen des eingemeindeten Bezirks. DJZt. Bd. 12, S. 414. — LOENING: Eingemeindung und Eingemeindungsverträge. Preuß.Verw.Bl. Bd. 29, S. 657ff. — MANTEL: Die Vereinigung des Gemeindevermögens bei Eingemeindungen. Blätter f. administrative Praxis. Bd. 55, S. 279ff. (hauptsächlich für bayerische Verhältnisse). — MATTHIAS: Die städtische Selbstverwaltung in Preußen. 2. Aufl. 1912. — MAYER, O.: Deutsches Verwaltungsrecht. 3. Aufl. 1924. — MÜLLER, WILLY: Vorgang und Rechtswirkung der Eingemeindung. Staats- und Selbstverwaltung. Bd. 6, S. 704ff. 1925. — NÖLL: Zur Auslegung des § 3 der Kreisordnung vom 13. Dezember 1872 in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1881. Preuß.Verw.Bl. Bd. 21, S. 336ff. — OERTEL: Städteordnung. 6. Aufl. 1914. — PREUSS: Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. 1899. — ROSIN: Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen. 2. Aufl. 1895. — SCHOEN: Das Recht der Kommunalverbände 1897. — SCHULTZENSTEIN: Öffentlich-rechtliche Wirkungen einer Eingemeindung. DJZt. Bd. 12, S. 52. — STEPHAN: Die Veränderung von Gemeindegrenzen und ihre Rechtsfolgen. Verw.Arch. Bd. 11, S. 317ff. — STIER-SOMLO: Das Städterecht. Handbuch des kommunalen Verfassungs- und Verwaltungsrechts. Bd. 1, S. 1ff. — STIER-SOMLO: Zum Eingemeindungsrecht in Preußen i. d. Festschrift f. Zitelmann. 1913.

Fünftes Kapitel.

Einfluß von Staat und Reich auf die Organisation und Organe der Gemeinden.

I. Nach geltendem Rechte wird die Verfassung der Gemeinden und Gemeindeverbände in allen wichtigen Punkten vom Staate bestimmt.

1. a) Das Reich nimmt lediglich mit zwei in der Reichsverfassung niedergelegten Vorschriften Einfluß auf die innere Gestaltung der Kommunalverfassungen, und zwar 1. indem es in dem im 1. Kapitel erörterten Artikel 127 bestimmt, daß den Gemeinden das Recht auf Selbstverwaltung irgendwelcher Angelegenheiten und ihre Existenz als Körperschaften des öffentlichen Rechts gewährleistet bleiben muß und 2. indem es in Art. 17 Abs. 2 für die Gemeindewahlen die Anwendung gleicher Grundsätze wie für die Wahlen zu den Volksvertretungen vorschreibt. Die letztere Bestimmung besagt, daß die Wahlen zur Gemeindevertretung in den Ortsgemeinden — nicht auch in den höheren Gemeindeverbänden — in allgemeiner, gleicher, unmittelbarer und geheimer Wahl durch alle reichsdeutschen Männer und Frauen nach den Grundsätzen der Verhältniswahl zu erfolgen hat, wobei landesrechtlich als einzige Einschränkung die Wahlberechtigung von einem Aufenthalt bis zur Dauer eines Jahres abhängig gemacht werden kann.

Die Reichsverfassung spricht ausdrücklich nur von „Aufenthalt“, nicht Wohnsitz. Wohnsitz ist ein Mehr gegenüber dem Aufenthaltsbegriff, indem ersterer im Sinne des BGB. eine ständige Niederlassung, im Sinne mancher Gemeindeverfassungsgesetze (vgl. §7 Abs. 2 östl. LGO.) die Inhabung einer Wohnung unter Umständen voraussetzt, die auf die Absicht ihrer dauernden Beibehaltung schließen lassen, während der Aufenthalt von einer bloß tatsächlichen Anwesenheit abhängig ist. Daher widerspricht § 2 des preussischen Gemeindewahlgesetzes vom 12. Februar 1924 (GesS. S. 99), welcher die Wahlberechtigung an einen mindestens sechsmonatigen Wohnsitz in der betreffenden Gemeinde knüpft, dem Art. 17 Abs. 2 der Reichsverfassung; erst recht aber steht § 101 der ministeriellen Ausführungsanweisung vom 12. Februar 1924 (MinBl.inn.Verw. S. 153) der Reichsverfassung entgegen, wenn er den Wohnsitzbegriff des § 7 BGB. zugrundegelegt wissen will. Beide Bestimmungen sind sonach ungültig¹⁾; aber da

¹⁾ A. M. OVG. i. Pr. Verw. Bl. Bd. 46, S. 380. Daraus, daß der Gesetzgeber „Wohnsitz“ und „Aufenthalt“ nicht in Gegensatz stellen wollte schließt es, daß dieser Gegensatz nicht besteht, und läßt eine juristisch feststehende Terminologie ganz außer Acht.

Wohnsitz im Vergleich zum Aufenthalt nicht ein aliud, sondern nur ein plus bedeutet, so erstreckt sich die Nichtigkeit des § 2 Abs. 1 des Gemeindewahlgesetzes nur auf das, was über den in der Reichsverfassung gelassenen Rahmen hinausgeht. Praktisch ist daher § 2 Abs. 1 des Gemeindewahlgesetzes so zu behandeln, als wenn statt „Wohnsitz“ das Wort „Aufenthalt“ stände. § 101 der Ausführungsanweisung, der durch eine entsprechende Abänderung sinnlos würde, ist in jedem Falle ungültig.

b) In neuester Zeit machen sich Bestrebungen geltend, welche das kommunale Verfassungsrecht auf eine reichsrechtliche Grundlage stellen wollen. Träger dieser Bewegung ist der Deutsche Städtetag. Politisch ist es unverständlich, warum diese Organisation, die stets für eine möglichst große Selbständigkeit der Gemeinden kämpft, den Stein ins Rollen bringen und eine einheitliche Reichsstädteordnung herbeiführen will. Gewiß mag es von Vorteil sein und die Gemeinden mancher deutschen Länder von lästigen Fesseln befreien, wenn wichtige Grundsätze, wie die über die Staatsaufsicht, im ganzen Reiche einheitlich geregelt werden; aber auf der anderen Seite ist doch nicht zu übersehen, daß, wenn das Reich erst die Gesetzgebung auf diesem Gebiete an sich zu ziehen beginnt, es nicht beim Erlaß einer einheitlichen Städteordnung belassen, sondern alsbald in naturnotwendiger Entwicklung mehr und mehr Aufsichtsbefugnisse über die Gemeinden an sich ziehen wird. Die Gemeinden wären dann bald nicht mehr nur Einrichtungen der Länder, sondern auch des Reiches und würden dann einer doppelten Aufsicht unterliegen, wie sie sich in den letzten Jahren auf einzelnen Gebieten (Finanzen, Beamtenrecht) angebahnt hat und von den Gemeinden — vielfach nicht mit Unrecht — stark bekämpft worden ist.

Freilich sind die Aussichten des Entwurfs einer Reichsstädteordnung¹⁾, den der Deutsche Städtetag im Jahre 1924 zur Diskussion stellte, soweit sich übersehen läßt, schlecht. Von allen Seiten ist der Entwurf zurückhaltend beurteilt worden, und auch der Städtetag selbst scheint sich mit ihm nicht ganz wohl zu fühlen. Es ist schon richtig, was ein erster Fachmann auf kommunalpolitischem Gebiete, der derzeitige Reichskanzler LUTHER²⁾, betont, daß die Frage einer Reichsstädteordnung vorsichtigster Behandlung bedarf.

Zu bedenken ist, daß der Städtetag dazu neigt, das Problem der Vereinheitlichung unter dem für diese Frage viel einfacheren Gesichtswinkel der Großstädte zu sehen. Wer aber aus der Nähe die Schwierigkeiten miterlebt hat, die zu überwinden waren, um auch nur für Preußen eine einheitliche Städteordnung durch drei Ausschüßlungen zu bringen und um die zahlreichen Sonderwünsche einzelner Landesteile nebst der Unterstützung, die sie — vielfach aus parteitaktischen Rücksichten — bei fast allen Parteien erfahren haben, wenigstens soweit einzudämmen, daß sie nur noch in den Schluß- und Übergangsbestimmungen ihren Niederschlag finden, der muß der Schaffung eines einheitlichen kommu-

¹⁾ Über den Inhalt des Entwurfs vgl. WAGNER: Dtsch. Gem.-Ztg. 1924, S. 323.

²⁾ Zukunftsaufgaben. S. 38.

nenal Verfassungsrechts für das ganze Reich mit größtem Pessimismus entgegensehen. Es sollte doch von den Vorkämpfern des Gedankens berücksichtigt werden, daß der Erlaß eines Gesetzes, welches einen so weiten Rahmen läßt, daß praktisch so gut wie alles beim alten bleibt, besser ganz unterlassen wird, damit nicht unsere an Gesetzen so über-sättigte Verwaltung noch mehr belastet wird.

Vom Standpunkt des geltenden Rechts ist zu dem Plan einer Reichs-städteordnung zu sagen, daß ihr Erlaß mit der in der Reichsverfassung vorgesehenen Zuständigkeitsverteilung zwischen Reich und Ländern in Widerspruch stehen würde, daß also eine Verfassungsänderung notwendig wäre. Zwar unterliegen schon jetzt eine Reihe von Gebieten, auf denen die Kommunen tätig werden, der konkurrierenden oder oder Grundsatzgesetzgebung des Reiches. Dabei hat dann das Reich nicht nur durch Schaffung der obligatorischen Zuständigkeit der Gemeinden in deren Rechtssphäre eingegriffen, sondern sogar unmittelbar organisatorische Vorschriften — man denke an die Versicherungsträger, die Arbeitsnachweise und Jugendämter — erlassen¹⁾. Aber das alles berührt die Gemeindeverfassung doch nur mittelbar, da hier die organisatorischen Vorschriften sich als mehr oder weniger notwendiger Ausfluß der materiellen Bestimmungen ergeben. Es bleibt aber gerade der wesentlichste Schritt für eine Begründung der Zuständigkeit des Reiches auf dem Gebiete des kommunalen Verfassungsrechts noch zu tun. Die Verhältnisse liegen verfassungsrechtlich keineswegs so einfach, wie die Verfechter der Reichsstädteordnung anzunehmen scheinen.

2. a) Von Staats wegen ist das kommunale Verfassungsrecht heute sehr weitgehend geregelt. Grundsätzlich ist den Gemeinden vorgeschrieben, welche Organe ihren Willen zu bilden haben, wie, insbesondere in welchem Verfahren sie zu wählen sind, welche Befugnisse sie im einzelnen besitzen usw. Bis in Äußerlichkeiten — wie Namensänderung²⁾ von Gemeinden und Feststellung des Wappens³⁾ — geht die staatliche Regelung.

b) Trotz der staatlichen Festsetzung der Gemeindeverfassung bleibt aber in allen Provinzen den Gemeinden für gewisse Angelegenheiten noch eine geringe Freiheit, von der sie durch Erlaß von Ortsstatuten — „Ortsgesetze“ sagen die neuen Entwürfe — Gebrauch machen dürfen. Hier liegt das Hauptgewicht der kommunalen Autonomie.

So stellt § 11 der östlichen Städteordnung den Grundsatz auf, daß jede Stadt befugt ist, besondere statutarische Anordnungen zu treffen:

¹⁾ Vgl. Dtsch. Gem.-Ztg. 1924, S. 321; Zeitschrift f. Kommunalwirtschaft. 1924, S. 1078.

²⁾ Änderungen von Ortsnamen erfolgt durch das Staatsministerium (OVG. Bd. 38, S. 421); vgl. FRIEDRICH'S: Staats- und Selbstverwaltung. S. 235ff. 1924.

³⁾ Vgl. Erlaß vom 19. Dezember 1896 (MinBl.inn.Verw. 1897, S. 2); die Notwendigkeit staatlicher Genehmigung beruht hier darauf, daß die Wappen sich von anderen unterscheiden müssen. Die Farben der Stadtflagge dagegen bedürfen keiner Genehmigung, weil hier dieser Grund wegfällt.

1. über solche Angelegenheiten der Stadtgemeinde sowie über solche Rechte und Pflichten ihrer Mitglieder, hinsichtlich deren das gegenwärtige Gesetz Verschiedenheiten gestattet oder keine ausdrücklichen Bestimmungen enthält,

2. über die sonstigen eigentümlichen Verhältnisse und Einrichtungen. Solche Verschiedenheiten sind in einer ganzen Reihe von Fällen vorgesehen. So kann z. B. nach § 29 Abs. 3 der östlichen Städteordnung die Zahl der Magistratsmitglieder durch Ortsstatut besonders festgesetzt werden. Der wichtigste Fall des Regierungsentwurfs der neuen Städteordnung, welcher ein Ortsgesetz über Grundfragen der Kommunalverfassung vorsieht, ist § 108, wonach Städte mit Magistratsverfassung durch Ortsgesetz die Bürgermeisterverfassung annehmen dürfen.

Ähnliche Grundsätze wie in der Städteordnung für die östlichen Provinzen gelten hinsichtlich der Städte, Landgemeinden, Kreise und Provinzen in den übrigen Provinzen. Die Provinzialautonomie mag hinsichtlich der sachlichen Regelung einzelner der Provinz zur Ausführung überlassener Aufgaben eine erweiterte sein; nicht aber gilt das für die auf ihre innere Organisation bezüglichen Bestimmungen.

Lediglich die Landgemeinden und Städte in der Provinz Hannover und in ganz geringem Umfange die Städte in Schleswig-Holstein nehmen eine etwas freiere Stellung ein, indem bei ihnen das Recht zum Erlaß von Ortsstatuten weiter reicht als in den übrigen Provinzen.

Die hannoverschen Landgemeinden sind nicht verpflichtet, bei Erreichung einer bestimmten Anzahl von Stimmberechtigten eine Gemeindevertretung zu wählen; nach § 51 der hannoverschen Landgemeindeordnung ist die Bildung einer Gemeindevertretung (Gemeindeausschuß) von dem Antrag der Gemeindeversammlung abhängig.

Für die hannoverschen Städte schreiben §§ 1, 2 der Städteordnung vor: „Die Städteordnung regelt die städtische Verfassung . . . Neben der Städteordnung bestehen Ortsstatuten. Das Ortsstatut regelt die Gegenstände, über welche die Städteordnung besondere Bestimmung offen läßt.“ In einer ganzen Anzahl von Fällen verweist die Städteordnung selbst auf ortsstatutarische Regelung¹⁾.

¹⁾ Da die Frage, inwieweit ortsstatutarische Regelung nach der hannoverschen Städteordnung heute noch zulässig ist, in der Praxis häufig Anlaß zu Zweifeln bietet, sei hier folgendes festgestellt. Die hann. Städteordnung sieht Ortsstatute vor in den Fällen der §§ 1, 2, 9, 14, 15, 22, 24, 28, 33, 37, 39 bis 43, 45, 47, 53, 57, 71, 72, 81 bis 83, 85, 87, 90, 97 Ziffer 1, 7, 8, §§ 123, 127, 130, 131.

Von den vorstehenden Vorschriften werden die meisten heute keine Geltung mehr beanspruchen können, da inzwischen anderweitige gesetzliche Regelungen eingetreten sind. So steht mit § 2 des Gemeindevahlgesetzes vom 12. Februar 1924 (GesS. S. 99) in Widerspruch die Möglichkeit ortsstatutarischer Regelung in den §§ 22, 24, 28, 33, 83, 85, mit § 5 a. O. § 82, soweit er sich auf die Bildung von Wahlbezirken (nicht Abstimmungsbezirken) bezieht, ferner § 9 Abs. 2 des Gemeindevahlgesetzes mit der ortsstatutarischen Regelung in § 40. Nach § 6 des Gesetzes vom 24. Januar 1919 (GesS. S. 13) ist die im § 53 vorgesehene Regelung ausgeschlossen. Durch § 8 des Freizügigkeitsgesetzes ist aufgehoben § 37 der Städteordnung; ferner ist die im § 15 vorgesehene ortsstatutarische Regelung infolge der

Endlich sieht auch § 17 der schleswig-holsteinischen Städteordnung eine erweiterte Anwendung der Ortsstatute vor.

Aber selbst dort, wo die Gemeindeverfassungsgesetze Ortsstatute für zulässig erklären, sind die Gemeinden nun nicht von aller staatlichen Einwirkung befreit. In sämtlichen Gemeindeverfassungsgesetzen ist die Gültigkeit der Ortsstatute von einer staatlichen Genehmigung abhängig gemacht, die für Städte von Bezirksausschuß, für Landgemeinden und Landbürgermeistereien vom Kreisausschuß, für Kreise und Provinzen vom Staatsministerium erteilt wird¹⁾.

Von Bedeutung ist die Feststellung, daß die entscheidende Stelle die Genehmigung nach freiem Ermessen erteilen oder versagen kann und daß nur die Beschlüsse von Kreis- und Bezirksausschuß der Anfechtung durch die Beschwerde nach § 121 des Landesverwaltungsgesetzes unterliegen. Die Beschwerdeinstanz hat dann ihrerseits wieder gleichfalls freies Ermessen.

Man hat hierin eine unzulässige Einschränkung des Selbstverwaltungsrechts gesehen, aber mit Unrecht. Es ist nicht einzusehen, warum hier eine Beschränkung gemeindlicher Tätigkeit vorliegen soll, wo doch schon der Staat den Gemeinden das Wesentliche ihrer Organisation überhaupt vorschreibt. Wenn er ihnen in Einzelheiten Freiheit läßt, so ist das lediglich eine Durchbrechung des an sich geltenden

Ersetzung dieser Vorschrift durch § 68 des Kommunalabgabengesetzes, von dem nach richtiger Ansicht durch § 41 Ziffer 75 des Gesetzes vom 23. Juni 1920 — GesS. S. 367 — nur Abs. 6 aufgehoben ist (unrichtig die Begründung von BORCHARDT i. d. Deutschen Allgem. Zeitung vom 21. Februar 1925), nicht mehr möglich. Durch § 25 des Kommunalbeamtengesetzes sind die §§ 41, 47 aufgehoben, jedoch ermöglicht das KBG. selbst wieder eine ortsstatutarische Regelung in verschiebener Beziehung. Auch in Fällen des § 45 Abs. 1, 3 gelten jetzt die §§ 8, 9 des KBG. M. E. ist gleichfalls nicht mehr in Geltung die ortsstatutarische Regelung in den §§ 9, 71, 90 Abs. 3. Auch der Syndikus bedarf bei jeder einzelnen Vertretung der Stadt vor Gericht der besonderen Vollmacht. § 90 Abs. 3 hat durch § 3 Abs. 2 des Gemeindewahlgesetzes jede Bedeutung verloren.

Sonach kommen heute nur noch in Betracht die ortsstatutarischen Regelungen nach den §§ 39, 42, 43, 45 Abs. 4, §§ 57, 72, 81 (in der durch § 4 des Gemeindewahlgesetzes abgeänderten Form), § 82 (teilweise), § 97 Ziffer 1, 7, 8, §§ 123, 127 und §§ 130, 131. Es haben sogar manche dieser Bestimmungen auch heute noch eine praktische Bedeutung.

So ist auch beim Übergang einer Landgemeinde zur städtischen Verfassung unter Umständen eine Änderung der Zahl der Bürgervorsteher erforderlich. Es ist daher zweckmäßig, wenn, schon bevor die Landgemeinde zur Stadt wird, ein Ortsstatut die Zahl der künftig erforderlichen Bürgervorsteher nach § 81 festsetzt. Wichtig ist ferner, gerade in Anbetracht der hann. Verhältnisse, in welchen Fällen der Magistrat die Bürgervorsteher auch über § 97 hinaus zuzuziehen hat (§ 72); insbesondere gilt dies auch für die Verwaltung von milden Stiftungen gemäß § 127.

¹⁾ § 11 östl. StO., § 11 westf. StO., § 10 rhein. StO., § 3 hann. StO., § 18 schlesw. StO., § 13 hess.-nass. StO., § 6 östl. LGO., § 13 westf. LGO., § 11 rhein. LGO., §§ 6, 21, 61 Ausf.-Best. z. hann. LGO., i. Verb. mit § 31 Zust.-Ges., § 6 schlesw. LGO., § 6 hess. LGO., § 20 Nr. 1, § 176 östl. KrO., § 20 Nr. 1, § 91 rhein., westf. KrO., § 20 Nr. 1, § 103 hann. KrO., § 20 Nr. 1, § 139 schlesw. KrO., § 20 Nr. 1, § 104 hess. KrO., § 8 Nr. 1, § 119 östl., westf., rhein., hann., schlesw. ProvO., § 92 hess. ProvO. Vorübergehende Ausnahmen durch Ges. v. 13. Mai 1918 (GesS. S. 53).

Grundsatzes, daß die Regelung der Organisation der Gemeinden Sache des Staates ist. Mag daher auch die Freiheit, gewisse Einzelheiten durch Ortsstatut selbständig zu regeln, den Gemeinden nicht unbeschränkt gewährt werden, so ist das immer noch ein Mehr gegenüber dem erwähnten Grundsatz. Wer also dem Reiche und Staate überhaupt das Recht zuerkennt, die Organisation der Gemeinden gesetzlich zu regeln — und dieses Recht wird praktisch dem Staate kaum bestritten —, der kann nichts dagegen einwenden, wenn dort, wo den Gemeinden eine ortsstatutarische Regelung einer kommunalen Verfassungsangelegenheit vorbehalten ist, ein staatliches Genehmigungsrecht bleibt, gleichviel ob dessen Ausübung im freien Ermessen der bestätigenden Stelle liegt oder gesetzlich genau umschrieben ist.

Aber nichtsdestoweniger lassen sich doch gegen dieses Genehmigungsrecht *de lege ferenda* Bedenken geltend machen. Man kann zwei Arten von Ortsstatuten unterscheiden, nämlich:

1. solche, in denen die Gemeinden kraft gesetzlicher Vorschrift nur ganz bestimmte Bestimmungen treffen, also dies oder gar nichts anordnen dürfen,

2. solche, in denen den Gemeinden hinsichtlich des Inhalts dessen, was sie regeln wollen, weiter Spielraum gelassen ist.

Zu den Ortsstatuten der ersten Art gehören etwa die Ortsgesetze nach § 117 des Entwurfs der neuen Städteordnung. Hier haben die kommunalen Körperschaften überhaupt nur die Wahl, ob sie etwas Bestimmtes beschließen wollen oder nicht. Fassen sie den Beschluß nicht, so bedarf es keiner Genehmigung mangels Grundlage einer solchen; fassen sie ihn, so machen sie von einer im Gesetz vorgesehenen Ermächtigung einen ganz bestimmten, gesetzlich gebilligten Gebrauch. Würden sie etwas Drittes beschließen, so würden die Mittel der Kommunalaufsicht hinreichende Gelegenheit bieten, den Beschluß und damit das Ortsstatut aus der Welt zu schaffen. Es ist daher das Gegebene, in diesen Fällen nicht eine ortsstatutarische Regelung, sondern bloße Gemeindebeschlüsse vorzusehen. Damit würde auch die hier gänzlich überflüssige Genehmigung entfallen.

Anders liegen Fälle, wie etwa § 14 Abs. 3 der Entwürfe zur Städte- und Landgemeindeordnung. Danach ist es den Gemeinden überlassen, auf einem bestimmten Gebiete irgend eine Regelung zu treffen. Es ist hier nicht vorzusehen, was für Bestimmungen die einzelnen Gemeinden erlassen werden. In diesem Falle erhebt sich die Frage, ob es zweckmäßig ist, die den Gemeinden verliehene Rechtsetzungsbefugnis staatlicher Genehmigung zu unterwerfen, oder ob man sich nicht besser darauf beschränkt, in denjenigen Fällen, in denen die Beschlüsse der kommunalen Körperschaften die Gesetze verletzen, mit dem Aufsichtsmittel der Beanstandung vorzugehen. Was gegen die letztere Regelung spricht, ist einmal, daß die Gemeinden oft allzusehr kommunalfiskalische Gesichtspunkte in den Vordergrund stellen, und ferner, daß viele unter den kleinen Städten und Gemeinden mangels geeigneter Kräfte der staatlichen Hilfe bei Abfassung der Statute nicht entraten können,

sich aber aus falschem Stolz und Eifersucht wegen der Erhaltung ihrer „Selbstverwaltung“ ohne Zwang nicht an die berufene staatliche Stelle wenden würden.

Die neuen Entwürfe gehen in dem § 101 Entwurf der Städteordnung und § 112 Entwurf der Landgemeindeordnung einen in dieser Beziehung für das preußische Kommunalrecht neuen Weg. Sie sehen von dem Erfordernis der Genehmigung ab, begnügen sich aber auch nicht mit der auf Gesetzwidrigkeit beschränkten Beanstandungsmöglichkeit, setzen vielmehr ein staatliches Einspruchsrecht fest. Damit wird das bisherige Bestätigungsrecht, das sich rechtlich als Teilnahme an der kommunalen Rechtsetzungsbefugnis darstellte, in ein für die Gemeinden milder wirkendes Aufsichtsmittel umgewandelt.

Der Einspruch wird auch auf diesem wie auf anderen Gebieten ein sehr wichtiges Aufsichtsmittel der Zukunft sein. In ihm liegt das einfachste Mittel, gegen die bei den Behörden vielfach üblich gewordene Verschleppungstaktik wirksam vorzugehen. Ein Hauptkrankheitssymptom unserer Verwaltung ist die geradezu sprichwörtliche Langsamkeit, mit der sie arbeitet; hier liegt eine wichtige Ursache der Entfremdung von Publikum und Behörden. Wird nun ein befristetes Einspruchsrecht begründet, so wird die Behörde gezwungen, die Sache innerhalb gewisser Fristen zu erledigen. Für die Gemeinden erwächst daraus der Vorteil, daß sie nach Ablauf der Frist die Entscheidung in der Hand haben, ob ihr Statut rechtsgültig ist oder nicht. Während heute die Bestätigungsbehörde in jedem Falle bestätigend oder versagend tätig werden muß, besteht künftig diese Alternative nicht mehr. Eine Tätigkeit wird nur noch für eine Versagung verlangt. Aus psychologischen Gründen wird alsdann aber die Zahl der Fälle, in denen Einspruch erhoben wird, stark beschränkt werden.

II. 1. Ebenso wichtig wie der Einfluß des Reiches und Staates auf die Verfassung der Gemeinden überhaupt, ist die Einwirkung auf die kommunalen Organe.

Das geltende und das voraussichtliche künftige Recht hinsichtlich der staatlichen Mitwirkung bei der Bestallung der eine unmittelbare Organstellung einnehmenden Gemeindebeamten ergibt sich aus umstehender Tabelle B.

2. Die richtige Erkenntnis der rechtlichen Bedeutung der wechselseitigen Beziehungen von Staat und Gemeinden hinsichtlich der kommunalen Organe ist von der Erfassung des Wesens der Organe abhängig. Hier hat die Organtheorie die wichtigsten Aufschlüsse vermittelt. Selbst wenn man die zu Personeneinheiten zusammengefaßten Körperschaften als mehr oder weniger willkürliche Gebilde ansieht, so wird man doch, wenn man ihre innere Struktur und die Formen, unter denen sie nach außen tätig werden, untersuchen will, befriedigende Ergebnisse allein durch Anwendung der Organtheorie erzielen.

Es soll hier nicht auf die Polemik, die sich zwischen der Organtheorie und der im Privatrecht wurzelnden Stellvertretungstheorie ent-

Tabelle B.
Bedürfnis die nachstehend aufgeführten Beamten in den einzelnen Provinzen staatlicher Bestätigung?

	Östliche Provinzen	Westfalen	Rheinprovinz	Hannover	Schleswig-Holstein	Hessen-Nassau	Frankfurt a. M.	Neue Entwürfe Regierungsvorlage	Neue Entwürfe Ausschlußfassung
1. Bürgermeister	ja (\$ 33 StO.)	ja (\$ 33 StO.)	ja (\$ 32 StO.)	ja (\$ 54 StO.)	ja (\$ 32 StO.)	ja (\$ 36 StO.)	ernannt (\$ 40 StO.)	ja (\$ 100 StO.)	ja (\$ 100 StO.)
2. Bürgermeister	ja (\$ 33 StO.)	ja (\$ 33 StO.)	ja (\$ 32 StO.)	ja (\$ 54 StO.)	ja (\$ 32 StO.)	ja (\$ 36 StO.)	ja (\$ 40 StO.)	ja (\$ 100 StO.)	ja (\$ 100 StO.)
Besoldete Magistratsmitglied, Beigeordnete	ja (\$ 33 StO.)	ja (\$ 33 StO.)	ja (\$ 32 StO.)	ja (\$ 54 StO.)	nein (\$ 32 StO.)	ja (\$ 36 StO.)	nein (\$ 40 StO.)	ja (\$ 100 StO.)	ja (\$ 100 StO.)
Unbesoldete Magistratsmitglied, Beigeordnete	nein (\$ 33 StO.)	nein (\$ 33 StO.)	ja (\$ 32 StO.)	ja (\$ 54 StO.)	nein (\$ 32 StO.)	nein (\$ 36 StO.)	nein (\$ 40 StO.)	ja (\$ 100 StO.)	ja (\$ 100 StO.)
Gemeindevorsteher und Stellvertreter	ja (\$ 84 LGO.)	ja (\$ 38 LGO.)	ja (\$ 72 LGO.)	ja (\$ 26 LGO.)	ja (\$ 84 LGO.)	ja (\$ 55 LGO.)	—	ja (\$ 111 LGO.)	ja (\$ 111 LGO.)
Schöffen	ja (\$ 84 LGO.)	—	—	ja (\$ 26 LGO.)	ja (\$ 84 LGO.)	ja (\$ 55 LGO.)	—	ja (\$ 111 LGO.)	ja (\$ 111 LGO.)
Amtmann, Landbürgermeister	—	ernannt (\$ 27 KrO.)	ernannt (\$ 24 KrO.)	—	—	—	—	ja (\$ 111 LGO.)	ja (\$ 111 LGO.)
Beigeordnete	—	ernannt (\$ 27 KrO.)	ernannt (\$ 24 KrO.)	—	—	—	—	ja (\$ 111 LGO.)	ja (\$ 111 LGO.)
Polizeibeamte	ja (\$ 4 Pol.- Verw. Ges.)	ja (\$ 4 Pol.- Verw. Ges.)	ja (\$ 4 Pol.- Verw. Ges.)	ja (\$ 4 Pol.- Verw. Ges.)	ja (\$ 4 Pol.- Verw. Ges.)	ja (\$ 4 Pol.- Verw. Ges.)	ja (\$ 4 Pol.- Verw. Ges.)	ja (\$ 4 Pol.- Verw. Ges.)	ja (\$ 4 Pol.- Verw. Ges.)
Kreisausschluß- mitglieder	nein	nein	nein	nein	nein	nein	nein	nein	nein
Kreisdeputierte	ja (\$ 75 KrO.)	ja (\$ 31 KrO.)	ja (\$ 31 KrO.)	ja (\$ 23 KrO.)	ja (\$ 67 KrO.)	ja (\$ 25 KrO.)	—	—	—
Landesdirektor	ja (\$ 87 ProvO.)	ja (\$ 87 ProvO.)	ja (\$ 87 ProvO.)	ja (\$ 87 ProvO.)	ja (\$ 87 ProvO.)	ja (\$ 86 ProvO.)	—	—	—

wickelt hat, eingegangen werden. Auch muß der Inhalt der Organlehre im einzelnen als bekannt vorausgesetzt werden¹⁾).

Nach der Organtheorie sind die Handlungen der Organe Handlungen der Verbandsperson selbst, die Organe als solche Funktionsträger, keine Rechtssubjekte. Während der Stellvertreter Mittelperson ist, ist das Organ Werkzeug²⁾. Die Einteilung der Organe in unmittelbare und mittelbare ist, wie PREUSS³⁾ mit Recht betont, für die Rechte und Pflichten der Organperson ohne Bedeutung. Dabei ist hervorzuheben, daß der Gegensatz zwischen unmittelbaren und mittelbaren Organen darauf beruht, daß erstere ihre Befugnisse unmittelbar aus der Verfassung ableiten, während letztere erst durch Willensakt eines unmittelbaren Organs Recht und Zuständigkeit zur Ausführung von Handlungen der Organperson erhalten⁴⁾.

3. Es fragt sich, ob die Organtheorie mit der als geltendes Recht hinzunehmenden und zu erklärenden Tatsache vereinbar ist, daß der Staat auf die Bestellung der kommunalen Organe mannigfachen Einfluß ausübt.

Nach GIERKE⁵⁾ erfolgt die Berufung zum Organ durch einen dem inneren Verbandsleben angehörigen sozialrechtlichen Akt, da das Organ im Gegensatz zum Stellvertreter nicht außerhalb, sondern innerhalb der Verbandes steht. Auch PREUSS⁶⁾ und BLODIG⁷⁾ gehen davon aus, daß es in der Natur jedes Organismus liege, daß er die für seine Funktion notwendigen Organe aus sich selbst heraus bildet und daß sie nicht vom Staate ernannt werden.

Wäre damit eine begriffsnotwendige Voraussetzung der Organtheorie festgestellt, so müßte diese Lehre abgelehnt werden, weil sie

¹⁾ Einen klaren Überblick über die Grundzüge der Organlehre und ihre Rechtfertigung gibt HELFRITZ (Vertretung, S. 29ff.); dort auch eingehende Literaturangaben.

²⁾ Vgl. HELFRITZ: S. 31.

³⁾ Amtsrecht, S. 68.

⁴⁾ Ich stimme also im Ergebnis der Definition von PREUSS (Amtsrecht, S. 69) zu: „Unmittelbare Organe sind solche, zu denen eine Gliedperson durch die Verfassung des Gemeinwesens ohne Dazwischentreten eines anderen Organs berufen wird.“ HELFRITZ (S. 34f.) dagegen hält nicht die Art der Berufung für ausschlaggebend, sondern die Ursprünglichkeit, Unmittelbarkeit, mit der der Wille des Organs zur Entstehung gelangt, ob also letzteres von anderen Organen abhängig ist. M. E. führt die Unterscheidung von HELFRITZ zu keinem Ergebnis; denn selbst diejenigen Organe, die HELFRITZ doch sicher zu den unmittelbaren rechnet, sind nicht selten in der Willensbildung voneinander dergestalt abhängig, daß ein rechtlich relevanter Verbandswille nur durch beide gemeinsam erzeugt wird. Viel anders aber ist es nicht in den Fällen, in denen auch von HELFRITZ sicher als mittelbar angesehene Organe einen bedeutsamen ursprünglichen Organwillen bilden können. Auch in diesem Falle besteht eine Abhängigkeit. Geht man dem Unterschiede, der zwischen beiden Arten von Abhängigkeitsverhältnissen besteht, auf den Grund, so ergibt sich, daß er letzten Endes nur in der Art der Bestellung der Organe liegt und daß es sich hier nur um eine terminologische Unterscheidung handelt, die letzten Endes, soweit ihr rechtliche Bedeutung zukommt, auf die Unterscheidung in mittelbare und unmittelbare Organe in dem oben erwähnten Sinne zurückführt.

⁵⁾ GIERKE: Juristentag. S. III. ⁶⁾ Gemeinde, Staat usw. S. 230.

⁷⁾ Selbstverwaltung. S. 43.

mit wichtigen Punkten des geltenden Kommunalrechts in Widerspruch stände. Denn unser Recht kennt eine ganze Anzahl von Fällen, in denen unmittelbare kommunale Organe vom Staate ernannt werden. Als wichtigstes Beispiel sei genannt die Ernennung der Amtmänner und Landbürgermeister in Westfalen und Rheinland nach § 70 der westf. Landgemeindeordnung und § 103 der rhein. Gemeindeordnung¹⁾, der Bürgermeister in den Städten von Neuvorpommern auf Grund des schwedischen Patents vom 8. Februar 1811 und des § 5 des Gesetzes vom 31. Mai 1853 (Ges.S. S. 291) sowie des Oberbürgermeisters von Frankfurt a. M. nach § 40 des Gemeindeverfassungsgesetzes für Frankfurt a. M. vom 25. März 1867 (GesS. S. 401)²⁾. Tatsächlich aber ist die Organtheorie auch ohne die selbständige Besetzung der Ämter durch die Verbandskörperschaft haltbar; denn richtig verstanden bezieht sie sich nur auf die Tätigkeit der Organe nach außen und ihr Verhältnis zur Verbandskörperschaft bei ihren Handlungen. Die Frage der Bildung der Organe liegt aber außerhalb des Rahmens der Gedanken dieser Theorie und wird von ihren Anhängern vielfach nur deshalb herangezogen, weil sie zufällig gleichzeitig die Auffassung von der natürlichen Existenz und den natürlichen Aufgaben der Gemeinden vertreten.

Die Verträglichkeit zwischen Organlehre und staatlicher Einflußnahme auf die Bildung der Organe scheint denn auch PREUSS³⁾ zuzugeben, wenn er die Einwirkung des Staates auf die Erzeugung der Organe nicht als widerspruchsvoll kritisiert, sondern mit einem außerhalb des Rahmens der Organtheorie liegenden rechtspolitischen Grunde zu erklären sucht, nämlich damit, daß die Gemeinden zugleich Organe des Staates sind.

Gibt PREUSS aber das zu, so stehen damit in Widerspruch seine Ausführungen⁴⁾, in denen er die Versagung der Bestätigung ohne Angabe von Gründen letzten Endes doch auf einen Widerspruch mit der Organlehre zurückführt. Er meint, daß im Prinzip mit der Anerkennung der Gemeinden als Selbstverwaltungskörper ihr Recht auf eigene Organbestellung gegeben sei; dieses dürfe nach rechtsstaatlichen Grundsätzen nur auf Grund eines gesetzlichen Spezialtitels eingeschränkt werden.

Hier laufen zwei Theorien durcheinander: die Organtheorie und die Rechtsstaatstheorie. Beide müssen aber scharf auseinandergehalten werden. Daß erstere das Bestätigungsrecht nicht berührt, ist bereits dargelegt. Aber auch dem Rechtsstaate ist Genüge geleistet, wenn das

1) § 11 des Gesetzes vom 18. Juli 1919 (GesS. S. 118) bezieht sich nur auf die Beseitigung der Ernennung der Amtsvorsteher in den östl. Provinzen und Schleswig-Holstein. Lediglich durch § 13 des Gemeindegewahlgesetzes vom 12. Februar 1924 (GesS. S. 99) hat das Ernennungsrecht des Oberpräsidenten eine hier nicht in Betracht kommende Einschränkung erfahren.

2) Das Bestehen von Präsentationsrechten kommunaler Körperschaften wäre vom Standpunkt GIERKES für die Organlehre bedeutungslos.

3) Gemeinde, Staat usw. S. 230.

4) Amtsrecht. S. 169 ff.

Recht der Bestätigung von Kommunalbeamten für staatliche Organe gesetzlich festgelegt ist. Es ist unrichtig zu sagen, daß eine Versagung der Bestätigung ohne Angabe der Gründe der Selbstverwaltung Hohn spreche¹⁾).

Die historischen Ausführungen von PREUSS²⁾ über die Auffassung des Bestätigungsrechts im 19. Jahrhundert und ihre Zurückführung auf das dereinstige Ernennungsrecht des Königs mögen zutreffen; sie beweisen aber nicht, daß die Möglichkeit, die Bestätigung ohne Gründe zu versagen, mit irgendeinem unserer geltenden Rechtsprinzipien in Widerspruch steht. Auch die ohne weiteres zuzugebende Tatsache, daß die bei der Versagung der Bestätigung vielfach³⁾ erforderliche Genehmigung der Verwaltungsbeschlußbehörde bedeutungslos ist, ändert daran nichts. In Wirklichkeit handelt es sich hier um eine reine Zweckmäßigkeitsfrage, nämlich ob man durch eine begründete Versagung der Bestätigung den Anwärter unter Umständen für seine ganze spätere Laufbahn disqualifizieren soll, da ein ungünstiges Urteil erfahrungsgemäß auch dort verwendet zu werden pflegt, wo sachliche Gründe eine solche Notwendigkeit nicht ergeben, oder ob man statt dessen lieber die im modernen Staate mit seiner parlamentarischen Verantwortlichkeit des Ministers an sich schon eingeschränkte Möglichkeit einer gewissen Willkür oder unsachlicher Motive bei der Bestätigung in Kauf nehmen soll. Was das bessere ist zu entscheiden, ist Sache der Politik⁴⁾. Dabei ist freilich zu berücksichtigen, daß ein verwaltungsgerichtlicher Schutz des Betroffenen, wie PREUSS ihn fordert, nur bei Angabe von Gründen möglich ist. In allen Fällen aber bedeutet es eine völlige Verkennung des Wesens der Verwaltung, wenn PREUSS die Versagung der Bestätigung von der Verletzung von Rechtsnormen abhängig machen will. Dem Bestehen des Bestätigungsrechtes liegt ja gerade der Gedanke zugrunde, daß der Staat gewisse Elemente, deren Auffassungen und Bestrebungen mit den Zielen der Staatspolitik in zu krassem Widerspruche stehen, von den wichtigsten öffentlichen Ämtern fernhalten will. Handelte es sich nur um die Verhinderung von Rechtsverletzungen bei der Wahl, so würden andere Rechtsbehelfe, wie z. B. die entsprechenden Rechtsmittel nach dem Gemeindevahlgesetz genügen.

4. Es ist nun festzustellen, ob die heute noch übliche Bezeichnung der Gemeindebeamten als mittelbare Staatsbeamten noch zu Recht besteht und ob sie etwas über das Verhältnis des Staates zu den Gemeindeorganen aussagt.

a) Daß der Begriff des „mittelbaren Staatsbeamten“ aus dem Allgemeinen Landrecht⁵⁾ stammt und seine Wurzel in einer Zeit hat, zu der

¹⁾ Ansicht des Abgeordneten WINDHORST (Sten.-Ber. d. Abgeordnetenhauses 1876, S. 1836).

²⁾ Amtsrecht. S. 170ff. ³⁾ Z. B. § 13 ZustGes.

⁴⁾ Daher ist theoretisch weder gegen die Regierungsentwürfe (§ 100 Entw. StO., § 111 Entw. LGO.), die den bisherigen Rechtszustand im wesentlichen übernehmen, noch gegen die Fassung, die der Ausschuß durch Einführung des Erfordernisses der Angabe von Gründen diesen Paragraphen gegeben hat, etwas einzuwenden. ⁵⁾ Vgl. § 69 II 10 ALR.

die Gemeinden noch Staatsanstalten waren, ist unbestritten. Damals nahm der Gemeindebeamte eine Organstellung auch im Staate ein, indem er — wenn auch durch die Gemeinde — allein den Willen des Staates zur Ausführung brachte. Die grundlegende Veränderung, die das Verhältnis von Staat und Gemeinden seitdem erfahren hat, lassen den Begriff des mittelbaren Staatsbeamten nur noch teilweise in seiner alten Bedeutung aufrechterhalten.

HELFRITZ¹⁾ hält es für nicht ganz folgerichtig, von den Gemeindebeamten als mittelbaren Staatsbeamten zu sprechen, wenn man, wie es das positive Recht tut, den Gemeinden die Rechtsstellung von selbständigen Personen des öffentlichen Rechts beilegt.

O. MAYER²⁾ erklärt noch schärfer den Ausdruck „mittelbarer Staatsbeamter“ für eine innere Unwahrheit.

Auch PREUSS³⁾ wendet sich gegen die Lehre vom „mittelbaren Staatsbeamten“. Doch stellt er fest, daß ein Teil der Kommunalbeamten auch heute noch mittelbare Staatsbeamte seien, nämlich diejenigen, denen persönlich die Ausübung staatlicher Geschäfte übertragen sei. Musterbeispiel ist hier die Übertragung der Polizeiverwaltung als Auftragsangelegenheit auf den Bürgermeister⁴⁾, also nicht auf die Gemeinde als solche, sondern auf deren Organ. In einem solchen Falle seien die Beamten tatsächlich noch mittelbare Staatsbeamte im landrechtlichen Sinne. Jedoch unterwirft PREUSS⁵⁾ diese Konstruktion des positiven Rechts einer scharfen Kritik. Er bezeichnet sie als einen Rückfall in die Staatsdienertheorie des Allgemeinen Landrechts; man komme so zu einem zwieschlächtigen Wesen, das zwei Herren zugleich dienen solle; dieser Begriff des mittelbaren Staatsbeamten sei logisch unfaßbar und bewiese die gänzliche Unhaltbarkeit des juristischen Positivismus.

PREUSS hat in seiner Kritik, die er durch interessante historische Erörterungen des seit 1808 erkannten Problems erweitert, vom Standpunkte seiner Theorie recht. Es trifft auch zu, daß die derzeitige Regelung des preußischen Rechts systematisch wenig glücklich ist und daß es daher zu begrüßen wäre, wenn die bisher noch schwankenden neuen Entwürfe klipp und klar die Ausübung der Polizei den Gemeinden als solchen als Auftragsangelegenheit übertragen würden. Es bedeutet aber eine Bankrotterklärung der Jurisprudenz, wenn man einen seit etwa hundert Jahren in Preußen bestehenden Zustand für juristisch unmöglich erklärt. Unverständlich ist es, wenn PREUSS meint, eine Person könne nicht gleichzeitig Organ zweier verschiedener Körperschaften sein. Ebenso wie jemand Organ von zwei juristischen Personen des Privatrechts sein kann, kann er auch Organ von Staat und Gemeinde sein. Gewiß mögen sich hier und da Zweifel ergeben, welche Interessen

1) Grundzüge. S. 38, Anm. 1.

2) Verwaltungsrecht. S. 400, Anm. 22.

3) Amtsrecht. S. 138ff.

4) Vgl. § 62 östl. StO., § 57 rhein. StO., § 62 westf. StO., § 89 schlesw. StO. § 67 hess. StO.

5) Amtsrecht. S. 214f.

vorzugehen haben, die staatlichen oder städtischen; aber es war bisher noch immer möglich, diese Schwierigkeiten zu beheben. Schließlich besteht in polizeilichen Angelegenheiten das staatliche Anweisungsrecht, dessen Wirkung, die Gehorsamspflicht des Polizeiverwalters, alle Bedenken praktisch beseitigt.

Es liegt der Verdacht nahe, daß bei aller Kritik vielfach das politische Ziel in wissenschaftlicher Bemäntelung erreicht werden soll, die Polizei zum Gegenstand der Selbstverwaltung zu machen, ein Problem, auf das im 7. Kapitel noch näher einzugehen sein wird.

Heute aber, solange der jetzige Rechtszustand besteht, ist er so zu erklären, daß der Bürgermeister unmittelbarer Gemeindebeamter, als Polizeiverwalter¹⁾ aber gleichzeitig Staatsbeamter ist. Er wird damit mittelbarer Staatsbeamter im Sinne des Allgemeinen Landrechts. Dabei ist mit der von PREUSS²⁾ vertretenen Ansicht davon auszugehen, daß für die Eigenschaft des Reichs-, Staats- oder Gemeindebeamten in logischer Anwendung der Organtheorie maßgebend ist, für welchen Verband der Beamte organschaftliche Handlungen vorzunehmen hat³⁾.

Noch offensichtlicher wird die Existenz mittelbarer Staatsbeamter — freilich in anderem Sinne —, wenn man die eigentlichen kommunalen Polizeibeamten, also abgesehen vom Polizeiverwalter, näher betrachtet. Hier sind die eingreifendsten Vorschriften erlassen, durch die sich der Staat Einwirkungen auf die Beamten der Gemeinden vorbehalten hat. Nach der wichtigen, sehr dehnbaren Sondervorschrift des § 4 des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. März 1850⁴⁾ kann der Regierungspräsi-

¹⁾ Wo der Bürgermeister nicht die Polizei verwaltet, sondern der Magistrat, wie in den Städten von Hannover und Neuvorpommern, dort finden die obigen Ausführungen nur entsprechende Anwendung.

²⁾ Amtsrecht. S. 214: „Die Eigenschaft eines Beamten als Staats- oder Gemeindebeamter ergibt sich prinzipiell aus seiner Zugehörigkeit zur Staats- oder Gemeindekompetenz.“ Daß die Körperschaft der Ernennung nicht maßgebend sein kann, ergibt sich schon aus der unmöglichen Folgerung, daß dann die westfälischen Amtmänner, ferner die Bürgermeister von Stralsund und Frankfurt a. M. Staatsbeamte sein müßten. Endlich kann auch nicht eine Äußerlichkeit, wie die Stelle, durch die die Alimentierung erfolgt, für das innere Wesen des Kommunal-, bzw. Staatsbeamten ausschlaggebend sein; sie ist, wie PREUSS betont, ein Naturale, das nur kraft positiven Rechts ausgeschlossen werden kann. Andernfalls würde bei unbesoldeten Beamten überhaupt jedes Merkmal fehlen, und es müßten die Volksschullehrer, welche ihre Dienstbezüge nach § 36 Abs. 3 des Volksschullehrerdienstentkommensgesetzes vom 17. Dezember 1920 aus der Landesschulkasse beziehen, Beamte dieser Kasse sein. Im übrigen hat während des letzten Jahres der Inflationszeit das Reich den weitaus größten Teil aller Gehälter der Staats- und Kommunalbeamten gezahlt. Sollten diese, vielfach ohne es zu wissen, damit vorübergehend Reichsbeamte geworden sein? Wenn während der Zeit des passiven Widerstandes zahlreiche Kommunalbeamte ihr Gehalt aus staatlichen Kassen erhielten, so ändert das nichts an ihrer Eigenschaft als Kommunalbeamte.

³⁾ Interessant ist, mit welcher Schärfe der Regierungsvertreter die hier obwaltenden Verhältnisse bereits im Jahre 1849 erfaßt hat (vgl. Drucks. d. Abgeordnetenhauses Nr. 477, S. 215 ff., Anl. D.; OVG. Bd. 75, S. 445 ff.).

⁴⁾ Hinsichtlich der 1866 neu erworbenen Landesteile enthält § 4 der Verordnung vom 20. September 1867 und für Lauenburg § 5 des Gesetzes vom 7. Januar 1870 (Offiz. Wochenbl. S. 13) entsprechende Vorschriften.

dent über die Einrichtungen, welche die örtliche Polizeiverwaltung erfordert, besondere Vorschriften erlassen. Von dieser Bestimmung wird in der Praxis weitgehendster Gebrauch gemacht. Man fordert hiernach von den Gemeinden nicht nur die Anstellung bestimmter Arten und einer festen Zahl von Polizeibeamten, sondern setzt — unabhängig vom Gesetz vom 8. Juli 1920 — die Einreihung der Polizeibeamten in bestimmte Besoldungsgruppen fest, verlangt die Uniformtragung im Dienst auch gegen den Willen des Magistrats¹⁾ usw. Die von der Gemeinde zur Verfügung gestellten Beamten werden nun als Staatsorgane tätig und sind staatlicher Anweisung unterworfen.

Aber noch ein anderes wichtiges Gebiet gibt es, auf welchem eine besonders starke Einwirkung des Staates auf die Gemeindebeamten stattfindet, das ist das gleichfalls als Auftragsangelegenheit von Gemeindebeamten verwaltete Standesamtswesen. Wenn von Standesbeamten als Gemeindebeamten die Rede ist, so kommen hier nur die in § 4 des Personenstandsgesetzes vom 6. Februar 1875 (RGBl. S. 23) erwähnten Standesbeamten in Betracht, die die Geschäfte in denjenigen Standesamtsbezirken wahrzunehmen haben, welche den Bezirk einer Gemeinde nicht überschreiten und in denen der Regierungspräsident nicht einen besonderen Beamten bestellt hat. In diesen Standesamtsbezirken ist der Gemeindevorsteher Standesbeamter. Für ihn gilt Entsprechendes wie für den Polizeiverwalter; er ist also mittelbarer Staatsbeamter in dem ersterwähnten Sinne. Jedoch darf der Gemeindevorsteher das Amt des Standesbeamten einem anderen Gemeindebeamten widerruflich übertragen. Hierzu bedarf es der Genehmigung des Regierungspräsidenten. Statt dessen kann schließlich die Gemeindebehörde auch die Anstellung eines besonderen Standesbeamten beschließen, der, obwohl er lediglich staatliche Tätigkeit ausübt, doch kraft Gesetzes reiner Gemeindebeamter — ähnlich wie die Polizeibeamten — ist. Auch dieser Beamte bedarf der Bestätigung der höheren Verwaltungsbehörde.

Während man also den Bürgermeister als Polizeiverwalter oder Standesbeamten deswegen einen mittelbaren Staatsbeamten im landrechtlichen Sinne nennen kann, weil er neben seiner Tätigkeit als Organ der Kommune noch unmittelbar staatliches Organ ist, sind die eigentlichen Polizei- und besonderen Standesbeamten insofern mittelbare Staatsbeamte in diesem Sinne, weil die Erfüllung der Auftragsangelegenheiten, abgesehen von der besonderen für den Bürgermeister geltenden Regelung, an sich der Gemeinde als solcher obliegt und diese ihre, d. h. Gemeindebeamte zur Verfügung stellt, welche damit auf Anweisung staatlicher Behörden zu handeln verpflichtet werden²⁾.

Man hat darüber gespottet, daß noch heute im kleinsten Dorfe jeder Nachtwächter der Bestätigung des Landrats bedarf. Aber man

¹⁾ Vgl. OVG. Bd. 78, S. 80.

²⁾ Das ergibt sich für die Polizei daraus, daß die Gemeinden nach dem Polizeiverwaltungsgesetz verpflichtet sind, die gesamte innere und äußere Einrichtung der Polizei, einschließlich ihrer Beamten, selbst zu stellen. Für die Standesbeamten vgl. § 4 Abs. 4 Personenstands-Ges.

wird nicht bestreiten können, daß sich bei unserer Konstruktion der Auftragsangelegenheiten theoretisch kaum etwas dagegen wird einwenden lassen. Nichtsdestoweniger würde juristisch ein Verzicht des Staates auf das Bestätigungsrecht der Polizeibeamten sehr wohl möglich sein, da die betreffenden Beamten immerhin ebenso wie alle anderen Beamten primär Kommunalbeamte sind. Praktisch würde der Verzicht des Staates auf das Bestätigungsrecht nicht gefährlich sein¹⁾. Denn solange die Polizei Auftragsangelegenheit ist — und das ist notwendige Voraussetzung für den Verzicht —, steht dem Staate eine ausreichende Einwirkungsmöglichkeit auf die Art der Ausübung der Polizei zu. Bedenkt man dann noch, daß nach § 4 Abs. 1 PolVerwGes. dieses Anweisungsrecht hinsichtlich der Art und Weise der Führung der polizeilichen Angelegenheiten auf die Organisation, kurz auf die zur Verfügung zu stellenden Mittel ausgedehnt ist, so erscheint das Bestätigungsrecht doch wohl als eine etwas übertriebene Kautele. Der Staat könnte sowohl aus Sparsamkeitsrücksichten als auch im Interesse der Erhaltung der Verantwortungsfreudigkeit der Gemeinden davon absehen, weiter in die Tätigkeit seiner unteren Organe einzugreifen, als unbedingt erforderlich ist. Aber auch hier zeigt sich wieder die allgemeine Zeiterscheinung einer zu weit gehenden Reglementierung der Tätigkeit der unteren Dienststellen von oben her.

Ist es also infolge dieser vom positiven Rechte getroffenen Regelung heute unrichtig²⁾, allgemein zu behaupten, es gebe keine mittelbaren Staatsbeamten im Sinne des Allgemeinen Landrechts mehr, so trifft es zu, daß wir heute, wenn wir alle Beamten öffentlicher Körperschaften außerhalb des Reichs- und Staatsorganismus als mittelbare Staatsbeamten bezeichnen, damit wieder einen anderen Begriff verbinden, der verschieden ist von dem des Allgemeinen Landrechts. Das hat schon PREUSS³⁾ erkannt, wenn er feststellt, daß nach unserer heutigen Auffassung die Mittelbarkeit nicht auf der amtlichen Kompetenz, — besser: nicht auf der Organstellung, — sondern auf der Kompetenz des Selbstverwaltungskörpers beruht. Noch deutlicher wird das, wenn man mit v. MANGOLT⁴⁾ davon ausgeht, daß durch die Eingliederung des Kommunalverbandes in den Staat zwischen den beiden Rechtssubjekten Beziehungen entstanden sind, die es rechtfer-

1) Schon heute wird in den Städten Neuvorpommerns der die Ortspolizei leitende Magistratsbeamte weder als Magistratsbeamter — nach den Rezessen — noch als der die Polizei verwaltende Beamte — nach dem hier nicht passenden § 4 des Polizeiverwaltungsgesetzes — bestätigt. Das ergibt sich daraus, daß in diesen Städten eine Übertragung der örtlichen Polizeiverwaltung auf den Bürgermeister nicht vorgesehen ist und nun der Magistrat als Ortsobrigkeit die Polizei handhabt. Eine dem § 78 der hann. StO. entsprechende Vorschrift fehlt hier. Da das betreffende Magistratsmitglied die Polizei nur dezernatsmäßig verwaltet und nach außen der Magistrat die Verantwortung behält, kann ersteres nicht als Polizeibeamter im Sinne des § 4 Polizeiverwaltungsgesetzes angesehen werden. Der Magistrat als solcher ist natürlich erst recht nicht Polizeibeamter.

²⁾ RGZ. Bd. 85, S. 24.

³⁾ Amtsrecht. S. 230.

⁴⁾ S. 129.

tigen, von einer mittelbaren Tätigkeit der Gemeindebeamten für den Staat zu reden. Für jeden, der in den Angelegenheiten, die die Gemeinden zu erfüllen haben, Aufgaben sieht, die bei Fehlen der Gemeinden vom Staate selbst zu erledigen wären, wer also auch in den eigenen Aufgaben der Gemeinden mittelbar staatliche erkennt, für den ergibt sich ganz zwanglos der Begriff des mittelbaren Staatsbeamten als eines Beamten einer anderen Körperschaft als des Staates, der aber mit Erfüllung der Zwecke seines Verbandes mittelbar dem Staate eine sonst von dessen Organen ausübende Tätigkeit abnimmt. Die Loslösung der Gemeinde aus dem Verhältnis zu dem die Gesamtheit, das Volk, repräsentierenden Staate ist aber nicht nur falsch, sondern auch politisch gefährlich. Der Gemeindebeamte muß sich ebenso wie der unmittelbare Staatsbeamte als Diener des gesamten Volkes fühlen und darf nicht nur noch das Wohl und Wehe seiner eigenen Gemeinde im Auge haben. Leider hat die entgegengesetzte Auffassung in den letzten Jahren, besonders während der Inflationszeit, an Boden gewonnen. Würde diese theoretisch bereits als unrichtig dargelegte Ansicht Allgemeingut der Kommunalbeamtenschaft, so würde der auf die örtlichen Stellen angewiesene Staat, wenn er sich nicht selbst das Vernichtungsurteil sprechen und einer Machtlosigkeit wie zu Ende des Mittelalters anheimfallen wollte, gezwungen sein, alle für ihn wichtigen Aufgaben in der lokalen Instanz wieder durch eigene Organe ausführen zu lassen. Dieses Ergebnis wird aber am meisten von denen verurteilt, die die Kommunalbeamten nicht als mittelbare Staatsbeamten wollen gelten lassen.

Wenn also in neuerer Zeit Literatur und Rechtsprechung von mittelbaren Staatsbeamten sprechen, so ist das keineswegs eine „innere Unwahrheit“. Man muß sich nur darüber im klaren sein, daß der Begriff in den letzten 100 Jahren drei verschiedene Bedeutungen erhalten hat. Erstens versteht man darunter Gemeindebeamte, die in ihrer Hauptstellung Gemeindeorgane sind, daneben aber als Staatsorgane fungieren (Bürgermeister), zweitens solche Gemeindebeamte, die von der Gemeinde in Erfüllung der dieser obliegenden Auftragsangelegenheiten lediglich für den Staat tätig werden (Polizeibeamte), drittens sämtliche Gemeindebeamten unter dem Gesichtspunkte, daß auch die Selbstverwaltungsangelegenheiten der Gemeinden mittelbar staatliche Aufgaben sind.

b) Unter Beachtung vorstehender Gesichtspunkte gewinnt auch die Streitfrage von der rechtlichen Art der Beamteigenschaft der Lehrer an öffentlichen Schulen ein neues Bild. Daß die Lehrer an öffentlichen Schulen Staatsbeamte sind, kann als unbestritten gelten¹⁾. Zweifelhaft ist nur, ob sie unmittelbare oder mittelbare Staatsbeamte sind. Mit Recht betont das Reichsgericht²⁾, daß, wenn sie mittelbare Staats-

¹⁾ Vgl. PETERS in Stier-Somlos Handbuch. Bd. 2, Teil 1, S. 473. Nach Artikel 143 Abs. 3 RV. haben die Lehrer — wie schon nach Artikel 23 Abs. 2 der alten Preuß. Verf. — die Rechte und Pflichten der Staatsbeamten. Damit ist nicht gesagt, daß sie notwendig auch Staatsbeamte sind.

²⁾ RGZ. Bd. 85, S. 24. — Die entgegengesetzte Auffassung wird in der Litera-

beamte seien, ein eigenes Gemeinwesen vorhanden sein müsse, dessen unmittelbares Organ sie sind. Als solches käme bei allen von den Gemeinden unterhaltenen Schulen die Gemeinde, bei den Lehrern an höheren Schulen möglicherweise die Anstalt in Betracht, an der sie tätig sind. Ein weiteres ist nicht möglich, da es keine juristische Person gibt, für die der Lehrer sonst als handelndes Organ auftreten könnte.

Daß die Lehrer nicht Organe der Anstalt sind, an der sie angestellt sind, hat das Oberverwaltungsgericht¹⁾ mit Recht festgestellt. „Die Lehrer werden wohl an einem Gymnasium, aber nicht von einem Gymnasium angestellt; das Gymnasium ist niemals der Dienstherr der an ihm beschäftigten Lehrer“. Durch den Lehrer wird nicht das Gymnasium tätig; er ist daher nicht dessen Organ. Im übrigen sagt auch § 65 II 12 des Allgemeinen Landrechts ausdrücklich: „Die Lehrer bei den Gymnasia und anderen höheren Schulen werden als Beamte des Staates angesehen.“ Nach der Terminologie des Allgemeinen Landrechts ist nicht anzunehmen, daß es eine solche Ausdrucksweise verwenden würde, wenn es nicht damit Beamte meinte, die im Sinne des § 69 II 10 „in unmittelbaren Diensten des Staates“ ständen.

Es fragt sich also nur, ob die Lehrer Gemeindebeamten sind. Dabei sind gesondert zu behandeln die Lehrer an Volksschulen, an mittleren, an höheren und an Fortbildungsschulen.

Daß die Lehrer an Volksschulen, d. h. nach der Definition des § 46 Abs. 1 des Zuständigkeitsgesetzes an Schulen, welche der Erfüllung der allgemeinen Schulpflicht dienen, Gemeindebeamte sind, ist schon früher kaum behauptet worden. Heute ist diese Ansicht erst recht unhaltbar, gleichviel was man für die Eigenschaft als Beamte irgendeiner Körperschaft ausschlaggebend sein läßt. Nach § 1 II 12 des Allgemeinen Landrechts sind die Schulen Veranstaltungen des Staates. Das kann nicht bedeuten, daß der Staat ihre Unterhaltung trägt, sondern nur, daß der Staat das endgültige maßgebende Bestimmungsrecht hat, m. a. W., daß das Schulwesen, mindestens soweit der Unterrichtsbetrieb in Betracht kommt, Auftragsangelegenheit auch dort ist, wo die Schule scheinbar von der Gemeinde betrieben wird.

Bei den Volksschulen hat die Gemeinde die sachliche Unterhaltung, während die persönliche Volksschullast nur unter bestimmter Beteiligung der Gemeinde von einer anderen Stelle getragen wird. Anders etwa als bei der Polizei stellt die Gemeinde für die Volksschulen nicht etwa ihre Beamten zur Ausübung einer vom Staate näher zu bestimmenden Tätigkeit zur Verfügung, sondern trotz gewisser Mitbestimmungsrechte der Gemeinde wird die gesamte persönliche Seite des Volksschulwesens bis in Einzelheiten vom Staate geregelt. Wer also an Volks-

tur vielfach vertreten (vgl. OVG. i. Preuß. Verw. Bl. Bd. 25, S. 871; PETERS: i. Stier-Somlos Handbuch. Bd. 2, Teil I, S. 474 und die S. 473, Anm. 7 angegebene Literatur); sie ist als unlogisch abzulehnen. Den Pessimismus, der aus ARNDTS (Verw. Arch. Bd. 21, S. 139 ff.) Ausführungen spricht, vermag ich nicht zu teilen. Er würde das Ende allen öffentlichen Rechts bedeuten.

¹⁾ Vgl. OVG. Bd. 72, S. 235; LABAND i. Preuß. Verw. Bl. Bd. 31, S. 543; GIESE: Beamtencharakter. S. 53, 66.

schulen als Lehrer tätig ist, steht unabhängig von der Gemeinde und handelt lediglich als Organ des Staates, ist also insoweit unmittelbarer Staatsbeamter¹⁾. Nach Ansicht des Reichsgerichts²⁾ sind die Volksschullehrer deswegen unmittelbare Staatsbeamte, weil ihre Anstellung durch die staatliche Schulaufsichtsbehörde erfolgt; diese Rechtslage ist trotz erheblicher Änderungen des Anstellungsrechts durch § 51 des Volksschullehrerdiensteinkommengesetzes vom 17. Dezember 1920 (GesS. S. 623) aufrechterhalten. Aber auch, wenn man die das Gehalt zahlende Kasse für die Art der Beamteneigenschaft maßgebend sein ließe, ergäbe sich nichts zugunsten der Gemeindebeamteneigenschaft, da nach § 36 Abs. 3 des Volksschullehrerdiensteinkommengesetzes die Lehrer ihr Dienstehkommen von der mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten, zu etwa drei Vierteln durch Staatsbeiträge gespeisten Landesschulkasse erhalten. Daß die Lehrer damit etwa gar Beamte der letzteren seien, hat im Ernst noch niemand behauptet.

Schwieriger ist die Rechtslage bei den Mittelschullehrern. Das Reichsgericht³⁾ hält sie für Kommunalbeamte, weil sie von den Gemeinden auf Grund freier EntschlieÙung angestellt werden. Da in dieser Richtung das Mittelschullehrerdiensteinkommengesetz vom 14. Januar 1921 in der Fassung vom 14. Januar 1924 (GesS. S. 51) nichts geändert, sondern gemäß § 16 lediglich die Zahlung gewisser Dienstbezüge der mit den Rechten einer öffentlichen Körperschaft ausgestatteten Landesmittelschulkasse übertragen hat, besteht kein Grund zur Annahme, daß das Reichsgericht seit dem vom 30. April 1920 datierenden Urteil seine Meinung geändert haben würde. Jedoch fällt die Begründung des Reichsgerichts mit den oben⁴⁾ gegebenen Ausführungen hin, wonach es für die Eigenschaft eines Beamten als unmittelbaren Staats- oder Gemeindebeamten gleichgültig ist, von wem er angestellt wird.

Trotzdem ist die Ansicht des Reichsgerichts im Ergebnis richtig. Entsprechend der Vorschrift des oben zitierten § 1 II 12 des Allgemeinen Landrechts, welcher sich unbestrittenmaßen auf öffentliche Schulen aller Art bezieht, sind die Mittelschullehrer gleichfalls Organe des Staates. Sie sind es ebenso wie die mittleren und unteren Polizeibeamten. Aber ebenso wie bei diesen handelt es sich beim Mittelschulwesen grundsätzlich um eine Auftragsangelegenheit der Gemeinden, nicht

¹⁾ Wie hier, ANSCHÜTZ: Preuß. Verf.-Urk. Bd. 1, S. 418ff.; GÜNTHER: S. 49. Es führt also auch die von PREUSS vertretene Organlehre tatsächlich zu einem anderen Ergebnis als dem, zu dem PREUSS (Amtsrecht. S. 237ff.) gelangt. Der Grund hierfür liegt darin, daß PREUSS die Anwendbarkeit des § 1 II 12 leugnet, weil zur Zeit des Allgemeinen Landrechts noch keine Kommunalverbände im heutigen Sinne bestanden hätten. Wie GÜNTHER (S. 34) mit Recht hervorhebt, sind aber durch das moderne Recht keine Ausnahmen zugunsten der Gemeinden begründet worden.

²⁾ RGZ. Bd. 85, S. 24ff.

³⁾ RG. i. Preuß. Verw. Bl. Bd. 42, S. 242.

⁴⁾ S. Anmerk. 2, S. 123. — Es wird hier unterstellt, daß man entsprechend dem Brauche der Praxis Ernennung und Anstellung identifiziert. Tut man das nicht, sondern sieht in der Anstellung die Verleihung der Organschaft für einen bestimmten Verband, so würde die Ansicht des Reichsgerichts sich mit der hier vertretenen decken.

einzelner Beamten. Die Gemeinden stellen ihre Beamten für die Ausübung der nach Anweisung des Staates durchzuführenden Unterrichtstätigkeit zur Verfügung. Erst mit deren Beginn unterliegen die Mittelschullehrer dem staatlichen Einfluß und werden als Staatsorgane tätig. Würde man den Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts¹⁾ beipflichten, so müßte man logischerweise z. B. auch die kommunalen Polizeibetriebsassistenten nicht mehr als Kommunalbeamte betrachten können, eine Konsequenz, die wohl niemand praktisch ziehen wird.

Die gleichen Erwägungen wie für Mittelschullehrer müssen auch für die Lehrer an höheren Schulen gelten. Auch sie sind mit der Ansicht des Reichsgerichts²⁾, der die Literatur³⁾ vielfach folgt, als Gemeindebeamte anzusehen. Während aber bei den Volks- und Mittelschulen immerhin noch auf den von den Gemeinden verschiedenen Träger der persönlichen Unterhaltslast für die Art der Beamteneigenschaft der Lehrer hingewiesen werden konnte, ist hier nach dem Gesetz über die Leiter und Lehrer an nichtstaatlichen höheren Lehranstalten vom 17. Dezember 1920 (GesS. S. 323) die Gemeinde sogar noch Träger der gesamten persönlichen und sachlichen Schullast.

Am unzweifelhaftesten ist, daß die Lehrer an von Gemeinden unterhaltenen Fortbildungsschulen Kommunalbeamte sind. Freilich sind die Gründe, die das Reichsgericht⁴⁾ für die Kommunalbeamteneigenschaft dieser Lehrer anführt, auf den ersten Blick zwar sehr bestechend, aber mißverständlich. Sie lassen die Meinung aufkommen, als ob das Fortbildungsschulwesen Selbstverwaltungsangelegenheit sei und § 1 II 12 des Allgemeinen Landrechts für Fortbildungsschulen nicht gelte, weil letztere ihrem Charakter und ihren Zwecken nach doch wohl vom Gesetzgeber als reine Gemeindeanstalten gewollt seien. Das soll insbesondere aus der Tatsache folgen, daß im Gegensatz selbst zu den höheren Schulen die Fortbildungsschulen der Beaufsichtigung des Magistrats unterstehen⁵⁾. Nach der Art, wie sich das Fortbildungsschulwesen in Preußen bis zum Gesetz, betreffend die Erweiterung der Berufsschulpflicht, vom 31. Juli 1923 (GesS. S. 367) entwickelt hat, besteht aber heute, abgesehen vom Lernstoff, der den Schülern übermittelt wird, kaum ein grundlegender Unterschied mit anderen Arten der von den Gemeinden unterhaltenen Schulen. Die neuerlichen eingehenden Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts⁶⁾ zu dieser Frage können in dieser Beziehung durchweg gebilligt werden. Aus ihnen folgt aber nur, daß das Fortbildungsschulwesen nicht Selbstverwaltungs-, sondern Auftragsangelegenheit ist. Im übrigen gilt das für die Lehrer an Mittelschulen Gesagte auch hier. Insbesondere spricht für die hier vertretene Auffassung, daß nach § 18 Abs. 3 des Gewerbe- und Handelsschullehrer-

1) Vgl. OVG. Bd. 37, S. 120.

2) RGZ. Bd. 84, S. 27; Bd. 97, S. 313.

3) Vgl. REIMER i. Preuß. Verw. Bl. Bd. 41, S. 373 ff.; KORN i. Preuß. Verw. Bl. Bd. 31, S. 538; WENZEL: ebendort, S. 389 ff.; ANSCHÜTZ: Verf.-Urk. Bd. 1, S. 429 ff.

4) RGZ. Bd. 97, S. 312.

5) Vgl. dagegen OVG. Bd. 75, S. 460.

6) OVG. Bd. 75, S. 442 ff.

dienststeinkommengesetzes vom 17. Oktober 1922 (GesS. S. 315) für das Disziplinarverfahren gegen die dem genannten Gesetz unterliegenden Lehrer die für die unmittelbaren Staatsbeamten geltenden Bestimmungen Anwendung finden¹⁾. Würde das Gesetz die ihm unterfallenden Lehrer als unmittelbare Staatsbeamte ansehen, so hätte es das mit klaren Worten ausgesprochen, wenn es Zweifel für möglich hielt; hielt es aber Zweifel nicht für möglich, so hätte es einer solchen Vorschrift gar nicht erst bedurft. In diesem Falle aber muß man annehmen, daß das Gesetz die Fortbildungsschullehrer als mittelbare Staatsbeamte, dann aber notwendig als Gemeindebeamte betrachtet²⁾.

Keinen Gegenbeweis gegen die Ansicht, daß die Volksschullehrer unmittelbare Staatsbeamte, die Lehrer an anderen öffentlichen von den Gemeinden unterhaltenen Schulen Gemeindebeamte sind, bildet die preußische Personalabbauverordnung vom 8. Februar 1924 (GesS. S. 73). Zwar behandelt sie alle Lehrer zusammen in einem besonderen Abschnitt; auch spricht sie in § 55 Abs. 1 Ziffer 1 von den Leitern und Lehrern an den öffentlichen Volks-, mittleren und höheren Schulen und in Ziffer 2 von den „sonstigen unmittelbaren Staatsbeamten an den unter Nr. 1 bezeichneten Anstalten“ und bezeichnet in §§ 73 ff. die Vorschriften der P. A. V., wie sie für die übrigen Lehranstalten bestehen, mit einigen Maßgaben auch auf die Berufs- und Fachschulen als anwendbar. Doch erklärt sich das recht einfach. Da das gesamte Schulwesen in der Verwaltung von jeher eine Sonderstellung einnahm und erst recht beim Abbau die wahllose Übertragung der für andere Verwaltungsgebiete geltenden Vorschriften nicht vertrug, hat man für die Lehrpersonen aller Art Sondervorschriften erlassen und sie wegen ihrer weitgehenden Übereinstimmung für alle Schularten in einem Abschnitte zusammengefaßt. Wenn ferner auch das beim Erlaß der Verordnung für die Fassung der Lehrerparagrafen maßgebende Kultusministerium sich schließlich auf den Standpunkt gestellt haben sollte, daß die Lehrer aller Schulen unmittelbare Staatsbeamte seien, so beweist das nichts anderes, als das Streben staatlicher Verwaltungsbehörden, auf das Schulwesen einen noch stärkeren Einfluß als bisher zu erhalten.

Auch die Sonderbehandlung der Lehrer im Unterbringungsgesetz vom 30. März 1920 (GesS. S. 63) beweist weder etwas für noch gegen die hier vertretene Auffassung. Es zeigt nur, daß die Eigentümlichkeiten des Schulwesens zwar eine gleichartige Regelung für Lehrer aller Schularten, nicht aber für alle Kommunalbeamten zweckdienlich erscheinen lassen.

¹⁾ Die kraft Gesetzes bestehende Sonderregelung, die nach §§ 95, 98 der Provinzialordnungen die Beamten der Provinzialinstitute und damit auch die Lehrer an Provinzialtaubstummenanstalten dem für Provinzialbeamte geltenden Disziplinarrecht unterwirft, beweist nichts gegen obige Ausführungen (vgl. OVG. Bd. 24, S. 11; Bd. 75, S. 460).

²⁾ Daß die Antwort auf die Frage nach der Haftung für Amtspflichtverletzungen nicht unbedingt mit der Entscheidung der Frage nach der Staatsbeamteneigenschaft gegeben ist, hat das Reichsgericht (RGZ. Bd. 85, S. 22) ausführlich nachgewiesen.

c) Aus dem Gesagten ergeben sich drei wichtige Folgerungen:

aa) Sind die Gemeindebeamten in ihrer Gesamtheit keine mittelbaren Staatsbeamten im Sinne des Allgemeinen Landrechts mehr¹⁾, stehen sie also zum Staate in keinem organschaftlichen Verhältnis, so kann es grundsätzlich eine Gehorsamspflicht des Kommunalbeamten als solchen gegenüber staatlichen Anordnungen nicht geben. In diesem Punkte sind die Ausführungen von PREUSS²⁾ völlig zutreffend. Nach ihm kann ein Subordinationsverhältnis von Organen eines Selbstverwaltungskörpers zu staatlichen Organpersonen unmittelbar nicht existieren, weil es sich nicht um einen stärkeren und einen schwächeren Ausdruck desselben Gemeinwillens handelt, sondern um zwei verschiedene. Die obersten Organpersonen einer Gemeinde sind daher niemandem subordiniert, die unteren Kommunalbeamten bloß den oberen derselben Gemeinde.

Nur dort, wo kraft Gesetzes der staatliche Wille dem der Gemeinde übergeordnet ist, wo also zwei an sich selbständige Verbandspersonen in ein Subordinationsverhältnis treten, wird es anders. Hier ist die Gemeinde kraft Gesetzes verpflichtet, so zu handeln, wie ihr der Staat vorschreibt. Da aber die Gemeinde nur durch ihre Organe tätig werden kann, müssen diese den staatlichen Anordnungen gehorchen. So ergibt sich äußerlich zwar in diesen Fällen ein unmittelbares Subordinationsverhältnis von Staat und Gemeindebeamten bzw. Gemeindebehörden, tatsächlich aber liegt nur ein mittelbares vor, das in der Überordnung des Staates in den gesetzlich bestimmten Fällen über die Gemeinde als solche seinen wahren Grund hat³⁾.

Unter diesen Umständen hat PREUSS⁴⁾ recht, wenn er entgegen der Ansicht von ÖRTEL⁵⁾ und SCHOEN⁶⁾ den Erlaß vom 31. Dezember 1845 auf Magistratsmitglieder für nicht anwendbar erklärt. Diese bedürfen nach dem genannten Erlaß zur Ausübung einer Nebenbeschäftigung der Erlaubnis der staatlichen Aufsichtsbehörde. Dem Erlaß fehlt jegliche rechtliche Grundlage. Zwar kann die Aufsichtsbehörde im Einzelfalle gegen die Übernahme von Nebenämtern einschreiten und sie verbieten, wenn durch ihre Ausübung der ordnungsmäßige Gang der kommunalen Verwaltung gefährdet ist, nicht aber kann allgemein eine solche Genehmigung durch eine gar nicht vorhandene vorgesetzte Behörde vorgeschrieben werden.

Daher kann die staatliche Aufsichtsbehörde erst recht nicht bei einer Beschwerde eines dem Magistrat untergeordneten Beamten wegen Verweigerung der Erlaubnis einer Nebenbeschäftigung sachlich darauf eingehen, ob die Voraussetzungen für eine Versagung vorgelegen ha-

¹⁾ Die folgenden Ausführungen sehen gänzlich ab von den Auftragsangelegenheiten, wo Gemeindeorgane als Staatsorgane tätig werden und wo demnach eine Subordination selbstverständlich besteht.

²⁾ Amtsrecht. S. 302 ff.

³⁾ Das OVG. (Bd. 21, S. 424 ff.) scheint diese Auffassung zu teilen.

⁴⁾ Amtsrecht. S. 314 f.

⁵⁾ Städteordnung. S. 219.

⁶⁾ Kommunalverbände. S. 123 Anm. 3, S. 154 Anm. 2.

ben oder nicht. Da sie nicht vorgesetzte Behörde eines Kommunalbeamten ist, ist sie, solange nicht die Voraussetzungen für ein Einschreiten von Aufsichts wegen vorliegen, nicht berechtigt, eine Entscheidung zur Sache zu treffen¹⁾.

bb) Die zweite Folgerung betrifft das Disziplinarrecht. Das geltende Disziplinarrecht weist eine Reihe von Eigentümlichkeiten auf. Es ergibt sich folgendes Bild²⁾ für die Zuständigkeitsverteilung im Disziplinarrecht für Kommunalbeamte.

A. Provinzialbeamte.

I. Landeshauptmann, obere Provinzialbeamte und Provinzialausschußmitglieder (§§ 98, 51 ProvO.).

1. Entfernung aus dem Amte.

a) Einleitung des Verfahrens durch Minister des Innern.

b) Ernennung des Untersuchungskommissars und des Vertreters der Staatsanwaltschaft durch Minister des Innern.

c) Verfahren vor Bezirksausschuß (1. Instanz).

Oberverwaltungsgericht (2. Instanz).

2. Ordnungsstrafen: Wie zu 1. (jedoch nicht gegen Provinzialausschußmitglieder).

Rechtsmittel: Klage beim Bezirksausschuß, Berufung beim Oberverwaltungsgericht.

II. Übrige Provinzialbeamte:

1. Entfernung aus dem Amte.

a) Einleitung des Verfahrens durch Landeshauptmann,

b) Ernennung des Untersuchungskommissars durch Landeshauptmann,

c) Ernennung des Vertreters der Staatsanwaltschaft durch Minister des Innern,

d) Verfahren vor Bezirksausschuß (1. Instanz),

Oberverwaltungsgericht (2. Instanz).

2. Ordnungsstrafen durch Landeshauptmann und gegen die Beamten der Provinzialanstalten die Vorsteher dieser Anstalten.

Rechtsmittel: Klage beim Bezirksausschuß, Berufung beim Oberverwaltungsgericht.

1) Hinsichtlich des letzten Punktes wird man heute durchweg die Anerkennung des hier vertretenen Standpunktes feststellen können. In einem Falle hatte ein Magistrat einem Beamten die Führung eines Ladengeschäfts durch seine Ehefrau untersagt. Auf die Beschwerde des Beamten entschied die Kommunalaufsichtsbehörde erster Instanz, daß ihm die Erlaubnis zu erteilen sei. Mit Recht hob die Kommunalaufsichtsbehörde zweiter Instanz diese Entscheidung auf. Denn die Erteilung oder Versagung der Erlaubnis steht nur der vorgesetzten Behörde des Beamten zu. Diese trifft ihre Entscheidung nach freiem, von der Aufsichtsbehörde nicht nachprüfbarem Ermessen. Verweigert sie die Erteilung der Erlaubnis, so ist die Angelegenheit damit erledigt; das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde steht einer sachlichen Entscheidung der Aufsichtsbehörden entgegen. Erteilt sie die Erlaubnis, so können die Aufsichtsbehörden nur aus allgemeinen aufsichtsrechtlichen Gründen dagegen einschreiten, d. h. nur, wenn der geordnete Gang der Verwaltung gestört wird.

2) Vgl. meine Ausführungen im „Beamtenjahrbuch“. 1925, S. 155ff.

B. Kreiskommunalbeamte.**I. Kreisausschußmitglieder (§ 39 Landesverwaltungsges.).****1. Entfernung aus dem Amte:**

- a) Einleitung des Verfahrens und Ernennung des Untersuchungskommissars durch Regierungspräsidenten,
- b) Ernennung des Vertreters der Staatsanwaltschaft durch Regierungspräsident für 1. Instanz,
durch Minister des Innern für 2. Instanz,
- c) Verfahren vor Bezirksausschuß (1. Instanz),
Oberverwaltungsgericht (2. Instanz).

2. Ordnungsstrafen: unzulässig.**II. Sonstige Kreisbeamte in den östl. Provinzen (§ 134 Ziff. 3, § 68 östl. KrO.):****1. Entfernung aus dem Amte.**

- a) Einleitung des Verfahrens durch Landrat oder Regierungspräsident,
- b) Ernennung des Untersuchungskommissars durch denselben,
- c) Ernennung des Vertreters der Staatsanwaltschaft durch denselben für 1. Instanz,
durch Minister des Innern für 2. Instanz.
- d) Verfahren vor Kreisausschuß (1. Instanz),
Oberverwaltungsgericht (2. Instanz).

2. Ordnungsstrafen durch Landrat, Kreisausschuß, Regierungspräsident.

Rechtsmittel: Gegen den Beschluß des Kreisausschusses Beschwerde an den Bezirksausschuß, gegen die Verfügung des Landrats Beschwerde an den Regierungspräsidenten, gegen die des Regierungspräsidenten an den Oberpräsidenten, im ersten und dritten Fall alsdann Klage beim Oberverwaltungsgericht.

III. Sonstige Kreisbeamte in Hannover (§ 91 Ziff. 3 KrO.), Rheinprovinz (§ 79 Ziff. 3 rhein. KrO.), Westfalen (§ 79 Ziff. 3 westf. KrO.), Schleswig-Holstein (§ 122 Ziff. 3 schlesw. KrO.), Hessen-Nassau (§ 92 hess. KrO.).

Wie gegen ländliche Gemeindevorsteher (D I).

C. Städtische Beamte (§ 20 Zuständigkeitsgesetz).

I. Bürgermeister, Beigeordnete und Magistratsmitglieder sowie in Hannover und der Rheinprovinz sonstige Gemeindebeamte:

1. Entfernung aus dem Amte.

- a) Einleitung des Verfahrens und Ernennung des Untersuchungskommissars durch Regierungspräsident oder Minister des Innern,
- b) Ernennung des Vertreters der Staatsanwaltschaft durch Regierungspräsident für 1. Instanz,
durch Minister des Innern für 2. Instanz,
- c) Verfahren vor Bezirksausschuß (1. Instanz),
Oberverwaltungsgericht (2. Instanz).

2. Ordnungsstrafen durch Regierungspräsidenten, in den östlichen Provinzen und in Westfalen durch Bürgermeister gegen Magistrats-

bzw. Bezirksamtsmitglieder und Beigeordnete, in diesem Falle aber nur Verweise (OVG. Bd. 17, S. 443).

Rechtsmittel: Im ersten Fall Beschwerde an den Oberpräsidenten, im zweiten Fall an den Regierungspräsidenten, alsdann in beiden Fällen Klage beim Oberverwaltungsgericht.

II. Sonstige Gemeindebeamte (außer nicht zum Magistrat gehörende städtische Deputationsmitglieder in den östlichen Provinzen, Westfalen, Hessen-Nassau) in den übrigen Provinzen (außer in Hannover und Rheinprovinz).

1. Entfernung aus dem Amte.

Wie zu C I 1.

2. Ordnungsstrafen durch a) Regierungspräsidenten und b) Bürgermeister (§ 20 ZustGes., § 58 östl., § 58 westf., § 61 schlesw., § 63 hess. StO.) — in Schleswig-Holstein durch den Bürgermeister nur gegen untere Gemeindebeamte. —

Rechtsmittel: Im Falle a Beschwerde an den Oberpräsidenten, im Falle b an den Regierungspräsidenten, in beiden Fällen alsdann Klage beim Oberverwaltungsgericht.

III. Mitglieder der städtischen Deputationen, die nicht zugleich Magistratsmitglieder sind, in den östl. Provinzen, Westfalen und Hessen-Nassau (§ 75 östl., § 75 westf., § 86 hess. StO.).

1. Entfernung aus dem Amte

durch übereinstimmenden Beschluß von Magistrat und Stadtverordnetenversammlung,

2. Ordnungsstrafen: nicht zulässig.

D. Landgemeinde-, Amts- und Landbürgermeistereibeamte.

I. Sämtliche Beamten dieser Art außer Unterbeamten der Ämter, Landbürgermeistereien und Gemeinden in Westfalen- und der Rheinprovinz (§ 36 ZustGes.):

1. Entfernung aus dem Amte.

a) Einleitung des Verfahrens und Ernennung des Untersuchungskommissars durch Landrat oder Regierungspräsidenten,

b) Ernennung des Vertreters der Staatsanwaltschaft durch Landrat oder Regierungspräsidenten für 1. Instanz, durch Minister des Innern für 2. Instanz.

c) Verfahren vor Kreisausschuß (1. Instanz), Oberverwaltungsgericht (2. Instanz).

2. Ordnungsstrafen durch a) Landrat oder b) Regierungspräsident.

Rechtsmittel: Im Falle a an Regierungspräsident, im Falle b an Oberpräsident, in beiden Fällen alsdann Klage an Oberverwaltungsgericht.

II. Gemeinde-, Landbürgermeisterei- und Amtsunterbeamte in Westfalen und der Rheinprovinz (§ 36 ZustGes., § 83 westf., §§ 83, 104 rhein. LGO.).

1. Entfernung aus dem Amte.

Wie zu D I 1.

2. Ordnungsstrafen durch a) Amtmann (Landbürgermeister), b) Landrat oder c) Regierungspräsident.

Rechtsmittel: Im Falle a an den Landrat, im übrigen wie zu D I 2.

Die Einzelheiten des materiellen Disziplinarrechts, welches in der Hauptsache auf dem Gesetz, betreffend die Dienstvergehen der nicht-richterlichen Beamten, vom 21. Juli 1852 sowie dem einige Abweichungen vorschreibenden § 157 Ziffer 2 des Landesverwaltungsgesetzes beruht, haben für unser Thema im einzelnen keine Bedeutung und bedürfen daher keiner besonderen Darstellung. Es sei auf die Seite 132 Anmerkung 2 zitierten Ausführungen verwiesen. —

Die juristische Betrachtung dieser Rechtslage hat davon auszugehen, daß Disziplinarstrafbefugnisse grundsätzlich Ausfluß der Organisationsgewalt sind und sich aus dem Anstellungsverhältnis ergeben. Daher hat regelmäßig nur die vorgesetzte Dienststelle gegenüber dem ihr untergebenen Beamten Disziplinarstrafbefugnisse¹⁾.

Ebenso wie die Durchführung der eigenen Organisation auf Grund staatlicher Gesetze ist auch die Ausübung disziplinarrechtlicher Befugnisse — entgegen einer verschiedentlich vertretenen anderen Auffassung — stets Gegenstand der Selbstverwaltung.

Freilich hat nicht jeder Vorgesetzte gegenüber jedem Untergebenen eine Disziplinarstrafbefugnis, sondern nur diejenigen Dienststellen, bei denen der Gesetzgeber eine sachgemäße Handhabung voraussetzt. Diese Bedingungen scheinen ihm bei den kommunalen Behörden vielfach nicht vorzuliegen; er gewährt daher vorgesetzten Kommunalbeamten ihren Untergebenen gegenüber nur in geringem Umfange disziplinare Strafbefugnisse.

Damit würden die Kommunalbeamten gegenüber den Staats- und Reichsbeamten nicht nur in eine erheblich günstigere Lage kommen, sondern es würde auch an Mitteln fehlen, nötigenfalls gewisse Verfehlungen zu ahnden. Um einen solch unhaltbaren Zustand zu verhindern, ohne gleichzeitig den kommunalen Stellen zu weitgehende disziplinare Befugnisse zu verleihen, legt der Gesetzgeber die Disziplinarstrafgewalt in die Hand von Staatsbehörden. Die Ausübung dieser Gewalt durch staatliche Behörden stellt sich als ein Akt staatlicher Aufsicht dar.²⁾ Während diese aber in den meisten Fällen die Gemeinde als solche trifft, richtet sie sich hier kraft Gesetzes unmittelbar gegen die Organe, weil sie eben nur auf diese Weise wirksam werden kann. Es wird dem allgemeinen Aufsichtszweck gedient — Abwehr von Störungen von dem geordneten Gang der kommunalen Verwaltung — durch ein Mittel, welches ebenso wie die kriminelle Strafe in seinem tiefsten Kerne präventiv wirken soll.

Das Vorstehende gilt aber nur insoweit, als staatliche Verwaltungsbehörden Disziplinarstrafen gegen Gemeindebeamte verhängen dürfen. Wo die Verwaltungsgerichte als Disziplinargerichte tätig wer-

¹⁾ Vgl. JELLINEK: System. S. 216.

²⁾ Mit Recht wird daher in der Literatur die Disziplinarstrafbefugnis vielfach zu den Aufsichtsmitteln gezählt.

den, also im förmlichen Disziplinarverfahren, dort beruht die Zuständigkeit staatlicher Organe auf dem Justizmonopol des Staates¹⁾, wobei sich nur das Anklagerecht staatlicher Organe noch als Ausfluß ihres Aufsichtsrechts darstellt²⁾.

Damit ergibt sich, daß eine disziplinarische Bestrafung von Handlungen eines Gemeindebeamten, die er als Gemeindebeamter im Dienste einer anderen Stadt begangen hat, in der neuen Dienststellung durch die Staatsbehörden sehr wohl erfolgen kann. Insoweit hat das Oberverwaltungsgericht³⁾ recht, wenn es die Rechtfertigung dieses übrigen bestrittenen Ergebnisses darin findet, daß die Disziplinalgewalt Ausfluß der einheitlichen Staatsgewalt ist. Sie ist es aber — und insofern bedarf das Vorhergehende einer Einschränkung — nur, soweit die Ausübung der Staatsaufsicht und das staatliche Justizmonopol in Betracht kommen. Eine in der Organisationsgewalt der einzelnen Gemeinde, vom vorgesetzten Gemeindebeamten ausgeübte Disziplinarbestrafung kann für Vergehen im Dienste einer anderen Gemeinde nicht mehr erfolgen.

Da die Einheit der Aufsichtsgewalt und die staatliche Justizhoheit eine solche des Landes ist, ergibt sich als Konsequenz des Gesagten, daß die disziplinäre Verfolgung eines Beamten nur beim Übertritt aus dem Dienste des Staates in den einer Gemeinde und umgekehrt oder von einer Gemeinde zu einer anderen möglich ist, nicht aber beim Übertritt vom Landes- oder Gemeindedienst in den Reichsdienst und umgekehrt. Die Entscheidung des Reichsdisziplinarhofs vom 19. Mai 1884⁴⁾, die sich im Ergebnis mit der hier vertretenen Auffassung deckt, ist also richtig und steht nicht im Widerspruch mit der scheinbar entgegengesetzten Ansicht des preußischen Oberverwaltungsgerichts.

Faßt man, wie es hier geschieht, die staatliche Disziplinalgewalt über die Gemeindebeamten als einen Teil der Kommunalaufsicht und nicht etwa als Ausfluß eines Vorgesetztenverhältnisses auf, so ergibt sich aus den im 8. Kapitel darzulegenden Grundsätzen, daß Eingriffe des Staates nur kraft besonderer gesetzlicher Delegation zulässig sind, wobei freilich die unten zu erörternde, hier aber nicht in Betracht kommende Generalklausel eingeschlossen ist. Man wird demnach dem Oberverwaltungsgericht⁵⁾ zustimmen müssen, daß als Disziplinarstrafen ausschließlich die in den Disziplinar Gesetzen als solche bezeichneten

¹⁾ Vgl. PREUSS: *Amtsrecht*. S. 328.

²⁾ A. M. PREUSS (*Amtsrecht*. S. 330), der in dem staatlichen Anklagerecht noch keine prinzipielle Aufhebung der kommunalen Disziplinalgewalt sieht. PREUSS erkennt die Disziplinarbefugnisse staatlicher Verwaltungsbehörden trotz des Zusammenfallens der letzteren mit den Aufsichtsbehörden nicht als Aufsichtsmittel an, sondern sucht mit großer Zähigkeit durch alle möglichen Auslegungsarten die richtigen Konsequenzen zu umgehen. Besonders nimmt es wunder, daß er, jener ständige Bekämpfer des Positivismus, hier (vgl. S. 330, 332) sogar ohne Not positivrechtliche Beschränkungen gelten läßt und sie seiner Theorie einzuordnen sucht.

³⁾ Vgl. OVG. Bd. 49, S. 415.

⁴⁾ Vgl. v. RHEINBABEN: S. 94.

⁵⁾ Vgl. OVG. Bd. 72, S. 427.

angesehen werden können. Daraus folgt, daß das Aussprechen einer „Mißbilligung“, einer „Rüge“ usw. durch staatliche Behörden gegenüber einem Kommunalbeamten als Disziplinarstrafe nicht in Betracht kommt, daß es aber auch andererseits als Aufsichtsmittel, da es im Gesetze nicht genannt ist und die Anwendung der Generalklausel infolge Vorhandenseins anderer geeigneter Mittel zur Erhaltung des ordnungsmäßigen Ganges der Verwaltung ausscheiden muß, grundsätzlich ausgeschlossen ist.

Daher ist der bekannte Erlaß des Ministers des Innern vom 27. Oktober 1924 an den Oberbürgermeister von Potsdam rechtswidrig¹⁾. Der Minister sprach dem Oberbürgermeister seine „Mißbilligung“ aus, weil er sich anläßlich des Auftretens des französischen Professors BASCH in Potsdam mit Eingaben und Vorstellungen an die Reichsbehörden gewandt hatte, nachdem er bei den an sich für ein Verbot zuständigen preußischen Polizeibehörden — eigentümlicherweise — kein Gehör gefunden hatte. Ob eine Disziplinarstrafe gegen den Oberbürgermeister sachlich gerechtfertigt gewesen wäre oder nicht, ist hier nicht zu untersuchen. Eine Mißbilligung gegen einen nicht untergebenen Beamten durfte aber seitens des Ministers sicher nicht erfolgen. Der Minister selbst, der ja nach § 7 des Zuständigkeitsgesetzes kommunale Aufsichtsbehörde über Städte nicht ist, wollte offenbar als Disziplinarbehörde tätig werden. Daß er das in dieser Form nicht konnte, wurde oben nachgewiesen. Im übrigen ist, da hier irgendein Rechtsmittel nicht zur Verfügung steht, die Lage des Betroffenen jetzt erheblich schlechter, als wenn er mit einer Ordnungsstrafe belegt worden wäre²⁾.

De lege ferenda erscheint es zweckmäßig, den Unterschied zwischen eigentlicher Disziplinarstrafbefugnis, die nur innerhalb der Organisation des gleichen Verbandes — gegebenenfalls auch durch Anrufung staatlicher Disziplinargerichte — möglich ist, und staatlicher Aufsichtsgewalt stärker zu betonen. Die neuen Entwürfe³⁾ tragen diesem Gedanken Rechnung. Die Verhängung von Disziplinarstrafen gegen Gemeindebeamte durch die Aufsichtsbehörden ist beseitigt. Gegen diejenigen Gemeindebeamten, welche nur mittelbare Gemeindeorgane sind, hat künftig grundsätzlich das Ordnungsstrafrecht der Bürgermeister bzw. Gemeindevorsteher. Nur wenn dieser davon keinen Gebrauch macht, kann die Aufsichtsbehörde eingreifen, nun aber nicht etwa selbst die Strafe verhängen, sondern die Einleitung des förmlichen Disziplinarverfahrens veranlassen. Die Einleitung des förmlichen

1) Den Erlaß nebst juristisch interessanten Ausführungen, denen in weitem Umfange beizupflichten ist, vgl. bei DENKS i. Preuß. Verw. Bl. Bd. 46, S. 133 ff.

2) Im übrigen sei bemerkt, daß die Anwendung von Disziplinarstrafen als Aufsichtsmittel auf derselben Stufe steht, wie die Durchführung von Zwangsmaßnahmen nach § 132 des Landesverwaltungsgesetzes, deren Zulässigkeit PREUSS (Amtsrecht. S. 319 f.) anscheinend bestreitet. Näheres vgl. unten 8. Kap. III, 2, E. Aus der Verschlechterung der Lage des Betroffenen ergibt sich auch, daß die Rüge nicht etwa ein Minus ist, dessen Zulässigkeit aus dem Argumentum a Maiore ad Minus folgt, sondern ein Aliud.

3) Vgl. § 107 Entw. StO., § 118 Entw. LGO.

Disziplinarverfahrens gegen die unmittelbaren Gemeindeorgane geht mangels einer hierfür in Betracht kommenden kommunalen Behörde in allen Fällen, auch wenn nur eine Ordnungsstrafe verhängt werden soll¹⁾, von der Aufsichtsbehörde aus; sie gibt aber hier nur den Anstoß, während ihr disziplinäre Strafbefugnisse nicht mehr zustehen. Werden die Entwürfe in ihrer jetzigen Form Gesetz, so wäre das ein begrüßenswerter Schritt in der Richtung der Vereinfachung der Rechtslage auf diesem Gebiete²⁾.

cc) Aus dem über den heutigen (dritten) Begriff des mittelbaren Staatsbeamten Gesagten ergibt sich endlich auch die Begründung, mit der allein Reich und Staat die Leistung des Eides auf die Verfassungen fordern können. Die Eidesleistung der Kommunalbeamten kann nicht damit erklärt werden, daß diese verpflichtet sind, die Verfassung zu beachten. Das gilt für alle Staatsbürger, die irgendwo im öffentlichen Leben, z. B. als Geschworene, Stadtverordnete, tätig werden. Der tiefere Grund liegt auch nicht darin, daß die Gemeindebeamten verschiedentlich zur Erledigung von Auftragsangelegenheiten von Reich und Staat herangezogen werden und dabei als Reichs- und Staatsorgane auftreten, sondern beruht darauf, daß, wie oben ausgeführt, die Gemeinden mit Durchführung ihrer eigenen Aufgaben staatliche Zwecke erfüllen. Wer aber die Grundlage seiner Existenz in einer Schöpfung des Staates zu sehen hat und den Beruf hat, staatlichen Zwecken zu dienen, muß das Grundgesetz des Staates anerkennen und beachten. Zur Bekräftigung dessen dient der Verfassungseid. Damit fügen sich Artikel 176 der Reichsverfassung und Artikel 78 der Preußischen Verfassung ungewungen in das System des modernen Kommunalrechts ein³⁾.

5. Bestehen nun zwischen dem Gemeindebeamten und dem Staate doch noch Beziehungen und erscheint die Bezeichnung „mittelbarer Staatsbeamter“ heute nicht mehr so inhaltlos, wie ein Vergleich mit der Bedeutung jenes Begriffs aus der Zeit des Allgemeinen Landrechts vermuten läßt, so sind die Folgerungen aus dieser Feststellung auch von Wichtigkeit für eine moderne Erscheinung unseres Kommunalrechts, die äußerlich stark an die Stellung der Kommunalbeamten erinnert, jedoch scharf davon zu unterscheiden ist: die Dauerangestellten.

Was ein Dauerangestellter ist, darüber herrscht bis heute noch keine Klarheit. Gesetzliche Bedeutung hat dieser Begriff jedoch bereits gewonnen, da § 1 Abs. 4 des Gesetzes vom 8. Juli 1920 (GesS. S. 383)

1) Bei Einleitung des förmlichen Disziplinarverfahrens gegen obere Provinzialbeamte kann schon heute ohne weiteres der Antrag auf Verhängung einer bestimmten Ordnungsstrafe gehen; es braucht also nicht etwa entgegen der Überzeugung der das Verfahren einleitenden Behörde Dienstentlassung beantragt zu werden.

2) Vorläufer dieser Regelung sind die Disziplinarvorschriften gegen die höheren Provinzialbeamten nach § 98 der Prov.-Ordnungen.

3) Wer freilich den Wirkungskreis der Gemeinden als einen von Natur aus eigenen, vom Staate unabhängigen ansieht, vermag die Schwierigkeit, die die Forderung der Eidesleistung bietet, nur mit vagen Konstruktionen zu überbrücken.

eine von der anderer Angestellten abweichende Behandlung „der den Beamten gleich zu achtenden ständig Angestellten“ vorsieht. Im übrigen hat der Gesetzgeber bisher das Wort „Dauerangestellter“ möglichst vermieden. In der Praxis und in Ministerialerlassen spielt es aber schon eine recht bedeutende Rolle. So unterscheidet der Erlaß des Ministers des Innern vom 27. April 1923 (MinBl.inn.Verw. S. 476) die Chausseewärter danach, ob sie Beamte, Dauerangestellte oder Angestellte sind. Nach Ziffer 1 der Ausführungsanweisung des Ministers des Innern vom 28. April 1924 (Min.Bl. inn. Verw. S. 487) zu den Anstellungsgrundsätzen für Versorgungsanwärter vom 26. Juli 1922 finden die Anstellungsgrundsätze „auf die Besetzung von Dauerangestelltenstellen“ keine Anwendung. Die Gemeinden streben danach, daß bei Durchführung des Besoldungssperrgesetzes dort, wo eine Quotisierung der Stellen verlangt wird, wo also das Verhältnis der Zahl der Stellen gewisser Gruppen bestimmt begrenzt ist¹⁾, die Dauerangestellten den Beamten gleichgeachtet werden. Der Verband der Kommunalbeamten und Angestellten (Komba) vertritt in erster Linie die Interessen der Beamten und Dauerangestellten. Kurz: In dem „Dauerangestellten“ hat sich bereits heute ein Typ entwickelt, der in der Mitte zwischen dem Beamten und dem — im Gegensatz zum Dauerangestellten so genannten — Hilfsangestellten steht.

Äußerlich ist der Dauerangestellte dadurch hervorgehoben, daß ihm nur aus wichtigem Grund gekündigt werden kann, daß er in gehaltlicher Beziehung nicht in die Gruppen des Angestelltentarifvertrages, sondern der staatlichen Besoldungsordnung eingestuft ist, daß ihm nicht selten eine Anwartschaft auf Ruhegehalt gewährleistet und er daher nach § 1 des Angestelltenversicherungsgesetzes in der Fassung vom 10. November 1922 (RGBl. I S. 849) nicht versicherungspflichtig ist sowie endlich daß er nach § 13 Abs. 4 des Betriebsrätegesetzes vom 4. Februar 1920 (RGBl. S. 147) hinsichtlich der Wahl von Betriebsräten nicht als Angestellter, sondern als Beamter behandelt wird.

Bei einer Festlegung des Begriffs des Dauerangestellten muß man stets von dem Anstellungsverhältnis, nicht von der Stelle ausgehen, die die betreffende Person inne hat. Daher kommt es nicht darauf an, ob die Stelle eine Dauerstelle ist, d. h. eine solche, welche in die Verwaltungsorganisation als dauernd vorhandene²⁾, als einem dauernden Bedürfnis dienend, aufgenommen ist. Darunter würde sicher oft auch die Stelle einer Stenotypistin fallen, und doch ist ihre Inhaberin keine Dauerangestellte, wenn ihr jederzeit mit sechswöchiger Frist gekündigt werden kann.

Aber wenn man auch von dem Dienstverhältnis des „ständig Angestellten“ zur Kommune ausgeht so kann als begriffliches Merkmal des Dauerangestellten das Fehlen der Versicherungspflicht nicht ange-

¹⁾ So müssen z. B. die Stellen der Gehaltsgruppen 7, 8, 9 hinsichtlich ihrer Zahl das Verhältnis 3 : 2 : 1 innehalten.

²⁾ Vgl. Erlaß vom 29. November 1923 (Min.Bl.inn.Verw. S. 1187).

sehen werden, da dieses erst eine Folge seiner sonstigen Rechtslage ist. Auch daß die betreffenden Personen nicht nach dem Angestelltentarif, sondern nach den Grundsätzen des preußischen Beamtendiensteinkommengesetzes besoldet werden, geschieht lediglich auf Grund der Vorschrift des § 1 Abs. 4 des Gesetzes vom 8. Juli 1920, welches zwar in Zukunft ein äußeres Merkmal dafür sein mag, ob jemand Dauer- oder Hilfsangestellter ist, welches aber selbst die Existenz des „Dauerangestellten“ schon voraussetzt. Die Sonderbehandlung nach dem Betriebsrätegesetz könnte schon eher ausschlaggebend sein, weil sie auf zwei in der Art der Tätigkeit liegende Momente abstellt, nämlich darauf, daß es sich um Arbeitnehmer handelt, die Aussicht auf Übernahme in das Beamtenverhältnis haben, und solche, die in den Behörden mit gleichen oder ähnlichen Arbeiten wie Beamte oder Beamtenanwärter beschäftigt werden. Es trifft zu, daß die Dauerangestellten fast regelmäßig unter eine der beiden Alternativen fallen und daß eine Behörde regelmäßig Personen mit einer derartigen Tätigkeit zu Dauerangestellten machen wird; doch wird in dem abgeschlossenen Verträge keineswegs immer eine der Alternativen des § 13 Abs. 4 Betriebsrätegesetzes ausbedungen sein.

Den Weg zu der richtigen Definition zeigt § 51 Abs. 2 der preußischen Personalabbauverordnung vom 8. Februar 1924 (GesS. S. 73), welcher zwar nicht ausdrücklich von Dauerangestellten spricht, jedoch wie mir aus den Verhandlungen über diese Verordnung bekannt ist, diese Gruppe von Arbeitnehmern darunter faßt, wenn sie sagt: „Arbeitnehmer, deren Dienstverhältnis nur aus einem wichtigen Grunde gekündigt werden kann und denen Anwartschaft auf Ruhegeld gewährleistet ist“. Der Ausdruck „Dauerangestellter“ ist wegen seiner Mehrdeutigkeit vermieden worden.

Nun ist es aber in der Praxis üblich, auch Personen, die keine Anwartschaft auf Ruhegehalt haben, unter die Dauerangestellten zu rechnen, ja mir scheint auch das Ruhegehalt nur ein zwar häufiges, aber keineswegs begriffsnotwendiges Merkmal des Dauerangestellten. Wenn ein Begriff noch so ungeklärt ist, wie der des Dauerangestellten, also der Inhalt, den man ihm geben will, noch einen gewissen Spielraum zuläßt, so soll man möglichst von der natürlichen Wortbedeutung ausgehen. Danach ist Dauerangestellter eine Person, die in einem Anstellungsverhältnis auf Dauer steht. Daraus ergibt sich als Definition: Ein Dauerangestellter ist eine Person, welche von einem öffentlich-rechtlichen Verbandsverbande auf Privatdienstvertrag angestellt ist und welcher nur aus wichtigem Grunde gekündigt werden kann. Alle übrigen Merkmale ergeben sich, soweit sie überhaupt wesentlich sind, hieraus.

Demgegenüber ist Kommunalbeamter derjenige, welcher im Dienste einer Gemeinde eine auf längere Dauer berechnete Tätigkeit auf Grund öffentlich-rechtlicher Anstellung ausübt, die regelmäßig die Fähigkeit verleiht, als Organ der Gemeinde aufzutreten. Dabei kann kraft ausdrücklicher Vor-

schrift des § 1 des Kommunalbeamtengesetzes vom 30. Juli 1899 die Anstellung nur durch Aushändigung einer Anstellungsurkunde erfolgen.

Schon aus der Gegenüberstellung beider Definitionen ergibt sich der grundlegende Unterschied zwischen Dauerangestellten und Beamten, insbesondere zu dem dem Dauerangestellten äußerlich recht nahe verwandten Typ des Beamten auf Kündigung¹⁾.

In einer den Kern der Sache klar erfassenden Entscheidung hat das Oberverwaltungsgericht²⁾ dargetan, daß die Anstellung von Gemeindebeamten und die „Dienstmiete“ von Angestellten, auch wenn sie beiderseits die Gewinung von Dienstleistungen für die Gemeinde zum Ziele haben, „durchaus nicht wesensgleich, sondern von völliger Wesensverschiedenheit“ sind. Wenn die Kommunen berechtigt sind, Beamte anzustellen, so liegt darin die Übertragung eines staatlichen Hoheitsrechts. „Diese Anstellung ist kein Vertrag³⁾, sondern ein einseitiger Hoheitsakt, der ein Gewalt- und Schutzverhältnis der Gemeinde und des Staates gegenüber dem Stelleninhaber begründet und in dieser Eigenschaft nicht dadurch berührt wird, daß er die Zustimmung des Anzustellenden zur Voraussetzung hat. Seinem Wesen nach gehört der Hoheitsakt ausschließlich dem öffentlichen Rechte an. Demgegenüber handelt es sich bei der Annahme eines Bediensteten der Gemeinde durch einen privatrechtlichen Dienstvertrag um die Betätigung der Rechtsfähigkeit, welche der Gemeinde als juristischer Person zusteht. Ein solcher Vertrag gehört ausschließlich dem Gebiete des Privatrechts an und ist . . . nicht anders zu beurteilen als jeder andere Vertrag, den die Gemeinde im Rechtsverkehr schließt“.

Wenn sich also auch die Stellung von Beamten auf Kündigung und Dauerangestellten auf den ersten Blick ähneln mag, so besteht doch ein tiefgehender Unterschied, der keineswegs bloß theoretisch ist. So liegt, um nur ein Beispiel zu erwähnen, nach § 88 Ziff. 5 der östl. Landgemeindeordnung dem Gemeindevorsteher nach vorheriger Beschlußfassung der Gemeindevertretung die Anstellung der Gemeindebeamten ob. Das gilt auch für die Beamten auf Kündigung, nicht aber für die Dauerangestellten. Da die Anstellung eines Beamten nicht ein Plus, sondern ein aliud im Verhältnis zur Anstellung eines Angestellten ist, kommt im letzteren Falle das Verfahren des § 88 Ziff. 5 a. a. O. nicht zur Anwendung. Auch zur laufenden Verwaltung im Sinne des § 88 Ziff. 3 a. a. O. kann die Anstellung eines Dauerangestellten nicht ge-

¹⁾ §§ 8, 9 des Kommunalbeamtengesetzes vom 30. Juli 1899 (GesS. S. 141) sehen ausdrücklich den Beamten auf Kündigung nicht nur in den kommunalen Betriebsverwaltungen, sondern auch in den Hoheitsverwaltungen vor.

²⁾ OVG. Bd. 70, S. 117f. Aus dieser Entscheidung entstammen die folgenden Zitate.

³⁾ Auf die Polemik zwischen der von LABAND und dem Reichsgericht vertretenen Vertragstheorie und der hier übernommenen herrschenden Meinung, die in der Beamtenanstellung einen Staatsakt auf Unterwerfung sieht, soll hier nicht eingegangen werden. Erwähnt sei aber, daß auch die Vertragstheorie, die ja das Vorhandensein eines öffentlich-rechtlichen Vertrages annimmt und dementsprechend die Rechtsfolgen beurteilt, in gleicher Weise zur Anerkennung eines Wesensunterschiedes von Beamten und Angestellten kommen muß.

rechnet werden. Es greift also gemäß § 102 der östl. Landgemeindeordnung die Zuständigkeit der Gemeindevertretung Platz¹⁾).

Da die Dauerangestellten sich also von den Beamten grundsätzlich wesentlich unterscheiden, finden auch die Beamtenetze nur dann auf sie Anwendung, wenn sie es — wie das Gesetz vom 8. Juli 1920 — ausdrücklich bestimmen²⁾).

Von Wichtigkeit ist noch, daß nur ein Beamter Organfunktionen der Gemeinde als Körperschaft des öffentlichen Rechts ausüben kann. Es ist zwar richtig, daß es Beamte, insbesondere technische, künstlerische usw. gibt, die keinerlei Organtätigkeit nach außen üben; das ist aber auch bedeutungslos. Wesentlich ist³⁾, daß jeder Beamte Organfunktionen auszuüben die Fähigkeit hat. So kommt es sehr wohl vor, daß in kommunalen Betriebsverwaltungen, die auf öffentlich-rechtlicher Grundlage organisiert sein können⁴⁾, auch technische Beamte Organfunktionen vornehmen.

Regelmäßig aber können Dauerangestellte für die Gemeinde öffentlich-rechtlich keine relevanten Organfunktionen ausüben, sondern nur Gehilfenhandlungen. Ihre Tätigkeit ist stets nach privatrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen, auch wo sie zu einer Hilfeleistung bei der Vollziehung hoheitlicher Handlungen herangezogen werden. Da aber fast jede größere Gemeinde in die Lage kommt, des häufigeren öffentlich-rechtliche Organfunktionen auszuüben, für die die unmittelbaren Gemeindeorgane nicht ausreichen, kann unter Umständen von den Gemeinden die Anstellung von Beamten schon nach geltendem Recht verlangt werden, obwohl die kommunalen Verfassungsgesetze eine derartige aufsichtsbehördliche Anforderung generell nicht vorsehen⁵⁾).

Diese Auffassung ist als dem geltenden Recht entsprechend schon in der Ausführungsanweisung vom 12. Oktober 1899 (MinBl.inn.Verw. S. 192) zum Kommunalbeamtengesetz ausdrücklich ausgesprochen. Dort⁶⁾ ist ausgeführt, daß nach den bisher geltenden Grundsätzen

1) Vgl. einen ähnlichen Fall: OVG. Bd. 70, S. 116ff. Die Streitfrage, inwieweit der Gemeindevorsteher die Gemeinde verpflichten kann, gehört nicht in den Rahmen dieser Arbeit. Vgl. HELFRITZ: Vertretung; die neueste Judikatur ist verarbeitet von EBERS: Preuß.Verw.Bl. Bd. 44, S. 204.

2) Es findet also das Kommunalbeamtengesetz vom 30. Juli 1899 auf Dauerangestellte keine Anwendung.

3) Anderer Ansicht scheint HELFRITZ (Vertretung. S. 95) zu sein. Es ist zwar nicht Beamteneigenschaft und Organschaft identisch; wohl aber ist die Fähigkeit, Organ einer öffentlich-rechtlichen Verbandsperson zu sein, Ausfluß der Beamteneigenschaft, also notwendig in ihr enthalten.

4) Ob ein kommunaler Wirtschaftsbetrieb öffentlich organisiert ist, ist von Bedeutung dafür, ob das für seine Leistungen gegebene Entgelt ein privatrechtliches oder eine Gebühr im Sinne des Kommunalabgabengesetzes ist. Nur im letzteren Falle ist es im Verwaltungszwangsverfahren beitreibbar.

5) Ausnahmen: § 41 hann. StO. ordnet an, daß im Falle des Bedürfnisses den Magistraten Stadtsekretäre beizuordnen sind. § 4 des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. März 1850 ermächtigt hinsichtlich der Polizeibeamten den Regierungspräsidenten auch zur Forderung der Anstellung von Beamten gegenüber den Gemeinden.

6) Vgl. Artikel I Ziffer 5 Abs. 2 ff.; ferner OERTEL: S. 362; RGZ. Bd. 82, S. 6. —

obrigkeitliche Funktionen ausschließlich von Beamten ausgeübt werden müssen. Lediglich die nicht mit solchen Funktionen auszustattenden, insbesondere die zu technischen und mechanischen Dienstleistungen benötigten Kräfte brauchen nicht im Beamtenverhältnis angestellt zu werden.

Auch auf die Einwirkungen, die den Aufsichtsbehörden zur Herbeiführung der nach dem Vorstehenden notwendigen Beamtenanstellung zustehen, ist in der angezogenen Ausführungsanweisung hingewiesen. So besteht zunächst hinsichtlich der Polizeiverwaltung auf Grund der staatlichen Organisationsbefugnis gemäß § 4 des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. März 1850, das durch die Verordnung vom 20. September 1867 auch in den neuerworbenen Landesteilen eingeführt ist, die Möglichkeit, die Anstellung von kommunalen Polizeibeamten zu erzwingen. „Aber auch darüber hinaus bleibt es Recht und Pflicht der Aufsichtsbehörde, die Wahrnehmung obrigkeitlicher Funktionen durch Beamte — nötigenfalls im Wege des Zwanges — durchzusetzen. In der Berechtigung der Aufsichtsbehörde zu denjenigen Maßregeln, welche erforderlich sind, um die Verwaltung in dem ordnungsmäßigen Gange zu erhalten, und in der weiteren durch § 11 des Kommunalbeamtengesetzes festgestellten Berechtigung zur Regulierung unzulänglicher Beamtenbesoldungen ist weiterhin die Befugnis enthalten, auch für solche Funktionen, welche zwar nicht obrigkeitlicher Natur sind, aber aus organisatorischen Gründen von besoldeten Beamten wahrgenommen werden müssen, die Anstellung solcher zu verlangen. Hiernach wird es der Aufsichtsbehörde zustehen, zur Verwaltung umfangreicher, verantwortlicher und ständiger Sekretärsgeschäfte in einem größeren Kommunalverbände . . . die Anstellung eines besoldeten Bureaubeamten zu verlangen.“

Wenn daher auch schon das geltende Recht implicite die Pflicht der Gemeinden zur Einrichtung von Beamtenstellen enthält, sobald die unmittelbaren Organe nicht mehr in der Lage sind, die Organfunktionen der Gemeinde als öffentlich-rechtliche Körperschaft auszuüben, so ist es doch zu begrüßen, daß die neuen Entwürfe in § 56 der Städte- und § 47 der Landgemeindeordnung in der ihnen vom Landtagsausschuß gegebenen Fassung¹⁾ nicht nur allgemein vorschreiben, daß die Gemeinden zur Errichtung der zur Erledigung der städtischen Angelegenheiten erforderlichen Beamtenstellen verpflichtet sind, sondern noch darüber hinaus bestimmen: „Eine Beamtenstelle ist erforderlich, wenn die Dienstobliegenheiten im wesentlichen öffentlich-rechtlicher Natur sind und ein dauerndes Bedürfnis vorliegt.“

Es ist anzunehmen, daß mit dem Inkrafttreten einer solchen Vorschrift die an sich ungesunde Entwicklung einer von den Beamten verschiedenen Dauerangestelltenschaft eingedämmt wird. Andererseits sollten aber die Gemeinden von dem unnatürlichen Zustande abgehen,

Die Ausübung von hoheitlichen Handlungen durch Nichtbeamte bedarf dort, wo sie vorkommt (z. B. Bahnpolizei), einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage.

¹⁾ Vgl. Drucks. 1924. Nr. 8320 C, D.

den in ihren privatwirtschaftlich organisierten Betrieben tätigen Personen (Beamte inwerbenden Betrieben) die Beamteneigenschaft zu verleihen. Durch die damit verbundene Belastung des Betriebes oder der Gemeinde wird ersterer weniger wirtschaftlich; außerdem aber wird damit staatsrechtlichen Grundsätzen zuwidergehandelt.

6. Zu erwähnen ist ferner noch, daß die Gemeinden nicht frei sind hinsichtlich der Besetzung vakanter Stellen. Nach den Anstellungsgrundsätzen für Inhaber des Versorgungsscheines vom 26. Juli 1922 (RGBl. 1923 I S.651) ist eine bestimmte Anzahl von Stellen des unteren und mittleren Dienstes Versorgungsanwärtern vorzubehalten, d. h. Personen, welche eine bestimmte Anzahl von Dienstjahren in der Wehrmacht oder Schutzpolizei zurückgelegt haben. Es ist erklärlich, daß durch diesen im Allgemeininteresse notwendigen Zwang, von dem nur schwer Ausnahmen zugelassen werden, die Freiheit der Gemeinden in einer wichtigen Angelegenheit erheblich eingeschränkt wird¹⁾.

7. Zeigte sich im Vorstehenden, daß der Staat auf die Anstellung von Gemeindebeamten Einfluß nimmt, so sind von größter Bedeutung die in der Nachkriegszeit geradezu überspannten Einwirkungen von Staat und Reich auf die Besoldung der Kommunalbeamten, die eine außerordentliche Beschränkung der Selbständigkeit der Gemeinden zur Folge haben. In Betracht kommen hier hauptsächlich drei Gesetze und zwar zwei, welche sich als Fürsorge des Staates für den sozial Schwächeren darstellen und den Beamten vor Ausbeutung seiner Arbeitskraft durch die Alimentierungsgemeinden schützen (a) und ein weiteres, das umgekehrt verhindern will, daß die Bäume in den Himmel wachsen und den Beamten zu hohe Gehälter gezahlt werden (b).

a) In vorbildlicher Weise nahm sich der Staat des Kommunalbeamten durch Erlaß des Kommunalbeamtengesetzes vom 30. Juli 1899 an. Dieses begründet die Verpflichtung der Gemeinden aller Art, die Gehaltsverhältnisse in einer der Stellung des Beamten entsprechenden Art während und nach Ablauf der Dienstzeit zu regeln. Daneben schuf es in § 7 dem Beamten die Möglichkeit, bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit seiner Anstellungsgemeinde die Verwaltungsbeschlußbehörden anzurufen, deren sachkundige Entscheidung für das darauf folgende Verfahren vor den ordentlichen Gerichten den berechtigten Ansprüchen des Beamten die Anerkennung erleichtert.

¹⁾ Eine gewisse Milderung tritt dadurch ein, daß im Ergebnis keineswegs dort, wo etwa die Besetzung der Hälfte der Stellen mit Versorgungsanwärtern vorgeschrieben ist, nun wirklich jede zweite Stelle mit einem solchen besetzt zu werden braucht. Nach der Rechtsprechung (vgl. OVG. Bd. 70, S. 95) ist ohne Rücksicht auf die Zahl der zur Zeit mit Zivil- oder Versorgungsanwärtern besetzten Stellen bei eintretenden Vakanzten immer abwechselnd eine Stelle für einen Versorgungsanwärter auszuschreiben und eine frei zu besetzen. Findet sich bei einer Ausschreibung kein Versorgungsanwärter, so kann trotzdem diese und die nächste freiwerdende Stelle mit einem Zivilanwärter besetzt werden. Erst das übernächste Mal ist wieder ein Versorgungsanwärter an der Reihe. So ist der Fall denkbar, daß, obwohl von 36 zur Hälfte Versorgungsanwärtern vorbehaltenen Stellen schon 26 mit Zivilanwärtern besetzt sind, bei einem Freiwerden wieder Besetzung mit einem Zivilanwärter statthaft sein kann.

Obwohl das Kommunalbeamten-gesetz nach § 11 für Städte, nach § 19 für Landbürgermeistereien und Ämter und nach § 21 für die höheren Gemeindeverbände vorschrieb, daß die Aufsichtsbehörden in Fällen eines auffälligen Mißverhältnisses zwischen der Besoldung und den amtlichen Aufgaben der Beamtenstelle von den erwähnten Gemeinden die Bewilligung von angemessenen, der Leistungsfähigkeit der Kommune entsprechenden Besoldungsbeträgen verlangen können, zeigte sich doch besonders in der Nachkriegszeit, daß damit die Kommunalbeamten-schaft noch nicht genügend gesichert war¹⁾. Die Besoldungsreform in Reich und Staat bot daher einen willkommenen Anlaß, einmal die Gemeinden zu verpflichten, die Besoldung ihrer hauptamtlich angestellten Beamten entsprechend den Grundsätzen des preußischen Beamten-dienst-einkommensgesetzes und des Beamtenaltruhegehaltsgesetzes vom 7. Mai 1920 zu regeln, und zweitens durch das Erfordernis der Geneh-migung aller kommunalen Besoldungsregelungen durch die Aufsichts-behörden jede erhebliche Schlechterstellung der Gemeindebeamten gegenüber den Staatsbeamten zu verhindern. Das Gesetz, welches diese Regelung trifft, wurde erlassen am 8. Juli 1920 (GesS. S. 383) und ist bis auf den heutigen Tag von größter Bedeutung geblieben. Wichtig ist die Feststellung, daß es nur Beziehungen zwischen Staat und Gemeinde begründet, nicht aber dem einzelnen Beamten irgend-welche Ansprüche gibt. Darauf beruht es²⁾, daß der Beamte nicht im ordentlichen Rechtswege eine höhere gehaltliche Eingruppierung ver-langen, sondern nur die Aufsichtsbehörde im Wege der Dienstaufsichts-beschwerde anrufen kann. Letztere muß alsdann bei Rechtsverletzungen von Amts wegen einschreiten; der Gemeinde bleibt aber noch die Anrufung der Verwaltungsbeschlußbehörden.

b) Suchen die vorstehend erwähnten beiden Gesetze eine zu schlechte Besoldung der Kommunalbeamten zu verhindern, so will das sog. Besoldungssperrgesetz vom 21. Dezember 1920 (RGBl. S. 2117) die zu hohen Besoldungen der Gemeindebeamten eindämmen. Während in den bisher erwähnten Fällen stets eine landesrechtliche Regelung er-folgt war, hat hier das Reich unmittelbar in die Verhältnisse der Ge-meinden zu ihren Beamten eingegriffen. Es ist irrtümlich zu glauben, das Besoldungssperrgesetz sei erlassen, als seinerzeit das Reich Ländern und Gemeinden Besoldungszuschüsse zur Bezahlung ihrer Beamten gab. Tatsächlich ist das Besoldungssperrgesetz einige Monate älter als die Einrichtung der seit Anfang 1924 wieder beseitigten Besoldungs-zuschüsse³⁾ und reicht in seinen Anfängen in eine Zeit zurück, in der noch niemand an Besoldungszuschüsse des Reichs dachte. Der amtliche Grund der Einführung des Besoldungssperrgesetzes war die Absicht,

¹⁾ Die Notwendigkeit eines neuen Gesetzes beweist, daß die auf Generalisierung und Unkenntnis der wahren Sachlage beruhende Behauptung, die Gemeinde-beamten würden allgemein besser besoldet als andere Beamte, unrichtig ist.

²⁾ Vgl. ASSMANN: S. 10, RG. i. Preuß. Verw. Bl. Bd. 46, S. 551.

³⁾ Vgl. § 60 des Finanzausgleichsgesetzes in der Fassung des Artikel V der 3. Steuernotverordnung vom 14. Februar 1924 (RGBl. I, S. 74).

durch Verhinderung zu hoher Gehaltsbewilligungen seitens der Gemeinden der Forderungen von Gehaltserhöhungen der Reichsbeamten leichter Herr werden zu können.

aa) Das Besoldungssperrgesetz hat eine Fülle von Meinungsverschiedenheiten politischer und rechtlicher Art hervorgerufen. Wegen des politischen Für und Wider sei auf die Denkschriften des Reichsfinanzministers und seines Gegenspielers, des Verbands der Kommunalbeamten und -Angestellten verwiesen¹⁾. Von den rechtlichen Streitfragen sollen nur die grundlegendsten erörtert werden, und zwar zunächst die nach dem Verhältnis des Besoldungssperrgesetzes zur Reichsverfassung.

a) Wie die Begründung des Gesetzentwurfs²⁾ ausführt, liegt seine verfassungsmäßige Grundlage im Artikel 10 Ziffer 3 RV. Danach kann das Reich im Wege der Gesetzgebung Grundsätze aufstellen für die Beamten aller öffentlichen Körperschaften. „Die Durchführung der Grundsätze, insbesondere von Vorschriften, durch die innerhalb des vom Reich gezogenen Rahmens unmittelbar Rechte und Pflichten der Beamten begründet werden, steht den Ländern zu.“ Innerhalb dieser Grenzen will sich das Gesetz nach seiner eigenen Begründung halten. Ob es das freilich tut, ist nicht unzweifelhaft.

Bereits bei den Verhandlungen im Reichsrat und Reichstag³⁾ sind Bedenken in dieser Hinsicht geäußert worden, und sowohl der bayerische Gesandte als auch die Abg. ZIETZ und KÜLZ hielten den Rahmen des Artikels 10 Ziffer 3 RV. für nicht voll eingehalten. Trotzdem traten im Laufe der Beratungen diese Bedenken zurück, und das Ergebnis war, daß schließlich von der überwiegenden Mehrheit der Beteiligten die Frage nach dem verfassungsändernden Charakter des Gesetzes verneint wurde. Dieser Auffassung hat sich auch der Reichspräsident angeschlossen, indem er das Gesetz, das nur mit einfacher, nicht mit $\frac{2}{3}$ Mehrheit angenommen wurde, als verfassungsmäßig zustande gekommen ausfertigte und verkündete⁴⁾.

Trotzdem sind durch diesen Machtspruch nicht alle Zweifel restlos behoben, und auch die Theorie⁵⁾ ist der Ansicht, daß das Besoldungssperrgesetz mindestens die Grenze der Kompetenz des Reiches berührt.

Ob das Besoldungssperrgesetz den Rahmen des Artikels 10 Ziffer 3 innehält, dafür ist zunächst maßgebend, welchen Inhalt man dieser Verfassungsbestimmung überhaupt zu geben hat.

Im Gegensatz zu den Artikeln 6—8, die die ausschließliche und konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Reiches festlegen, und zu Artikel 9, der die Zuständigkeit des Reichsgesetzgebers im Falle eines für den Erlaß einheitlicher Vorschriften hervortretenden Bedürfnisses aufrichtet, regelt Artikel 10 die sog. Grundsatzgesetzgebung. Nach ANSCHÜTZ⁶⁾ bedeutet „Grundsätze“ in diesem Sinne und Zusammen-

¹⁾ Vgl. Rundschau f. Kommunalbeamte. 1925. Nr. 6, 7, 8.

²⁾ Vgl. Drucks. des Reichstags. 1920, Nr. 905.

³⁾ Vgl. 6. Bericht. 1920, S. 1701—1721.

⁴⁾ Vgl. KÜHNEMANN-SÖLCH: BesSperrges. S. XIII.

⁵⁾ Vgl. GIESE: Reichsverfassung, Anm. 5 zu Artikel 10.

⁶⁾ Die Reichsverfassung. Anm. zu Art. 10, 11.

hang nicht schlechthin Rechtsnormen oder Rechtssätze, sondern allgemeine leitende Rechtssätze, Richtlinien, welche der näheren Ausführung, der Ausgestaltung im einzelnen, insbesondere unter dem Gesichtspunkte ihrer Anpassung an die besonderen Verhältnisse der einzelnen Länder ebenso fähig wie bedürftig sind. Es muß also das Reich den Ländern unter Berücksichtigung ihrer besonderen Verhältnisse und Bedürfnisse einen Spielraum lassen. Die Bedeutung des Artikels 10 liegt also weniger darin, daß die Länder sich nach den vom Reich aufgestellten Grundsätzen zu richten haben, was selbstverständlich ist, als vielmehr „darin, daß das Reich in der Regelung gewisser Materien nicht . . . unbeschränkt, sondern insofern nur beschränkt zuständig ist, als es sich damit begnügen muß, Grundsätze auszusprechen“. Jedenfalls steht fest, daß hier jegliche Regelung nur im Rahmen der Grundsatzgesetzgebung möglich ist¹⁾. Es darf also das Besoldungssperrgesetz lediglich Richtlinien für die Länder und Gemeinden enthalten.

Unterzieht man es jedoch daraufhin einer Prüfung, so zeigt sich, daß eigentliche Grundsätze nur in den §§ 1 und 13 aufgestellt sind, wobei dann § 2 lediglich eine Erläuterung des § 1 darstellt, während die sämtlichen übrigen Paragraphen einen noch zu erörternden anderen Inhalt haben, jedenfalls unmittelbar gar keine Grundsätze sind.

Die §§ 1 und 13, welche Grundsätze aufstellen sollen, gehen tatsächlich nicht darüber hinaus. Denn daß die Dienstbezüge der hauptamtlichen Beamten und Lehrer nicht günstiger geregelt werden dürfen, als die der gleich zu bewertenden Reichsbeamten, ist schon deswegen nicht mehr als eine Richtlinie, weil — wenn auch unter Durchführung eines besonderen Verfahrens — die Möglichkeit einer günstigeren Regelung tatsächlich besteht.

Da es im Wesen der Grundsatzgesetzgebung liegt, daß die Ausführung der vom Reiche gegebenen materiellen Vorschriften durch die Länder erfolgt, so muß das Reich auch den Ländern die Übertragung der materiellen Richtlinien auf ihre eigenen Gesetze und Verordnungen überlassen. Insbesondere ist die Auslegung des Begriffs „günstiger“ alsdann lediglich Sache der Länder. Nur so ist diesen der Spielraum gelassen, um ihren Bedürfnissen und Eigenheiten Rechnung zu tragen. Wollte sich das Reich in jedem Einzelfalle ein Urteil darüber anmaßen, ob eine Regelung günstiger ist oder nicht und würde es sich dabei auf das Besoldungssperrgesetz stützen, so könnte letzteres nicht mehr bloße Grundsätze aufstellen, sondern würde direkt unter die konkurrierende Reichsgesetzgebung fallen. Da aber nach Ansicht des Gesetzgebers es sich hier bloß um Ausübung der Grundsatzgesetzgebung handeln soll, so ist nicht anzunehmen, daß die Auslegung des Begriffs „günstiger“ Sache des Reiches ist.

Diese Auffassung ist auch für das Reich um so ungefährlicher, als das Wort „günstiger“ ein bestimmter Begriff mit feststehendem

¹⁾ Vgl. GIESE: RV. Anm. 1 zu Art. 10.

rechtlichen Inhalt ist, der einer Anwendung des freien Ermessens keinen Raum läßt¹⁾. Er bedeutet, daß der Landes- und Kommunalbeamte bei gleich guten Aufstiegsmöglichkeiten, Versorgungsansprüchen und sozialen Fürsorgeleistungen und bei sonst gleichen rechtlichen Vorzügen noch einen besonderen Vorteil genießt, der nicht durch ein höheres Maß von Leistungen und Verantwortung ausgeglichen wird. Es handelt sich hier also um objektive Feststellungen, die die Landesbehörden ebenso treffen können wie das Reich, will man ihnen nicht gar die Fähigkeit zur Rechtsanwendung überhaupt absprechen.

Aus alledem folgt, daß das Besoldungssperrgesetz gegen Artikel 10 Ziffer 3 RV. nicht verstößt, wenn man die Auslegung des Begriffs „günstiger“ den Landesbehörden überläßt. Die entgegengesetzte Ansicht, die an der Entscheidung darüber, ob eine „günstigere“ Regelung vorliegt oder nicht, in jedem Einzelfalle dem Reich eine Beteiligungsmöglichkeit sichern will, interpretiert in das Besoldungssperrgesetz eine Verfassungsänderung. Eine solche kann und darf hier aber nicht vorliegen.

Wenn also das Reichsschiedsgericht in seiner in späteren Streit-sachen aufrechterhaltenen Entscheidung, betreffend die Besoldungsordnung der Stadt Eschwege, vom 17. Oktober 1922 ausführt, daß dem Reiche der maßgebende Einfluß auf die endgültige Ordnung der Besoldungsverhältnisse auch der Gemeinden eingeräumt sein sollte und diese Ansicht auf das Besoldungssperrgesetz stützt, so müßte letzteres allerdings gegen Artikel 10 Ziffer 3 der Reichsverfassung verstoßen. Da dies aber nicht der Fall sein kann, so beruht eben lediglich die Auffassung des Reichsschiedsgerichts auf einem Irrtum.

β) Aber wenn auch die §§ 1, 2 und 13 des Besoldungssperrgesetzes nicht in Widerspruch mit der Reichsverfassung stehen, so braucht das gleiche nicht schon mit den anderen Vorschriften des Besoldungssperrgesetzes der Fall zu sein. Die in den anderen Paragraphen aufgestellten Bestimmungen berühren, wie erwähnt, zwar den Artikel 10 Ziffer 3 nicht unmittelbar, sondern stellen genau genommen nichts anderes dar als eine Maßnahme zur Ausübung der Reichsaufsicht mit dem Ziele, die Durchführung der in den materiellen Vorschriften enthaltenen Grundsätze zu gewährleisten. Tatsächlich fallen sie damit unmittelbar weder unter die Grundsatz- noch unter eine der sonstigen Arten der Gesetzgebung. In ihnen ist weniger die Regelung einer bestimmten Gesetzesmaterie enthalten, als vielmehr Maßnahmen, welche die Aufsicht des Reiches über die Durchführung der in den §§ 1, 2 und 13 aufgestellten Grundsätze erleichtern sollen.

Aber auch in dieser Beziehung setzt die Reichsverfassung dem Reiche Schranken, und zwar in den Artikeln 14 und 15. Wenn auch dieser Gesichtspunkt bisher in den parlamentarischen Verhandlungen ziemlich unbeachtet geblieben ist²⁾, so verdient er doch eine eingehende Würdigung.

¹⁾ Vgl. hierzu BÜHLER: Die subjektiven öffentlichen Rechte. S. 380, 510; JELLINEK, W.: Gesetz. S. 36ff.

²⁾ Neuerdings hat HELFRITZ in einem unveröffentlichten Gutachten darauf hingewiesen. Im übrigen ist dieser Punkt vorher, soweit bekannt, lediglich auf

Artikel 14 RV. kommt nicht weiter in Betracht. Nach ihm sind die Reichsgesetze durch die Landesbehörden auszuführen, soweit nicht die Reichsgesetze etwas anderes bestimmen. Eine Verletzung durch das Besoldungssperrgesetz liegt hier keinesfalls vor.

Erheblich verwickelter liegen die Verhältnisse bezüglich des Artikels 15, welcher die Reichsaufsicht festlegt; er verfolgt den Zweck zu erreichen, daß die Länder die Reichsgesetze ordnungsgemäß ausführen, bewegt sich also innerhalb des gleichen Rahmens wie die §§ 3 ff. des Besoldungssperrgesetzes. Insofern bedarf das Verhältnis dieser Bestimmung einer besonderen Prüfung.

Da im vorliegenden Falle bereits ein Gesetz das Besoldungssperrgesetz, erlassen ist, kommt lediglich die sog. „abhängige Reichsaufsicht“¹⁾ in Betracht. Die Reichsaufsicht nach Artikel 15 besteht bei der Grundsatzgesetzgebung darin, die Länder dahingehend zu beaufsichtigen, daß die Grundsätze, welche „Richtschnur und Schranke“ bilden, auf den von ihnen berührten Gebieten auch tatsächlich befolgt werden²⁾).

Nach Artikel 15 RV. hat das Reich verfassungsmäßig drei Wege, die Ausführung seiner Gesetze durch die Länder sicherzustellen.

1. Es kann „allgemeine Anweisungen“ erlassen. Ausgeschlossen sind also konkrete oder spezielle Anweisungen³⁾. Diese Bestimmung ist, wie die Erörterungen im Verfassungsausschuß⁴⁾ und die bewußte Abweichung vom Regierungsentwurf und dem Antrag MEERFELD⁵⁾ beweisen, in voller Erkenntnis ihrer Tragweite aufgenommen worden. Das ist außerordentlich wichtig; denn damit ist verfassungsmäßig ausgeschlossen, daß das Reich im Einzelfalle in Ausübung seiner Aufsicht Anweisungen an die Länder und ihre Behörden gibt. Daraus folgt aber weiter, daß auch das Besoldungssperrgesetz, das ja nach Ansicht aller Beteiligten keine Verfassungsänderung enthalten soll und darf, der Reichsregierung kein Anweisungsrecht für den Einzelfall geben konnte.

2. Die Reichsaufsicht kann ferner durch Entsendung von Beauftragten an die Länder ausgeübt werden. Diese Möglichkeit kommt für die derzeitige Fassung des Besoldungssperrgesetzes nicht Betracht.

3. Die Reichsaufsicht kann schließlich dadurch ausgeübt werden, daß die Reichsregierung die Landesregierungen ersucht, Mängel, die

Grund eines den obigen Ausführungen zugrundeliegenden Votums des preußischen Ministers des Innern, dem meine hier mit Ergänzung wiederholten Ausführungen zugrunde lagen, im Reichsrat zur Sprache gebracht worden. Hierdurch ist im Jahre 1923 der Erlass einer Vorschrift verhindert worden, welche den Reichsfinanzminister zu einer Anrufung des Reichsschiedsgerichts ohne Mitteilung einer „günstigeren Regelung“ durch die Landesbehörden ermächtigte. Trotzdem haben freilich Reichsfinanzminister und Reichsschiedsgericht ihre irrige Auffassung bis heute aufrechterhalten, und die Länder haben sich damit abgefunden.

¹⁾ Vgl. TRIEPEL: S. 370.

²⁾ Vgl. COHN, R.: S. 42.

³⁾ Vgl. ANSCHÜTZ: RV., Anm. 4 zu Art. 15.

⁴⁾ Vgl. Protokolle des Verf. Aussch. der NatVers. 1919 Drucks. Nr. 391, S. 80, 82, 85 ff. ⁵⁾ Protokolle. S. 80.

bei der Ausführung der Reichsgesetze hervorgetreten sind, zu beseitigen.

Das Vorliegen eines Mangels kann jedoch die Reichsregierung lediglich auf verfassungsmäßigem Wege feststellen.

Das Besoldungssperrgesetz regelt zwar auch die Ausübung des Aufsichtsrechtes des Reiches und sucht das Hervortreten von Mängeln überhaupt zu verhindern. Trotzdem wird man nicht behaupten können, daß es bei richtiger Auslegung den Rahmen der RV. überschreitet.

Freilich, die Auffassung des Reichsschiedsgerichts kann man dann nicht teilen.

Zunächst ist dieses im Irrtum, wenn es meint, der Gesetzgeber hätte lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen von dem Verlangen einer Vorlegung sämtlicher Besoldungsordnungen der Gemeinden bei der Reichsregierung abgesehen. Es kann dahingestellt bleiben, ob das letzten Endes das Motiv für den Erlaß dieser Vorschrift gewesen ist. Aber tatsächlich durfte auch gar nicht eine solche Vorlegung verlangt werden, wollte das Reich nicht sein Aufsichtsrecht überschreiten. Das geschähe, wenn es alle beaufsichtigungsfähigen Verwaltungsakte eines ganzen Verwaltungszweiges durch die Forderung einer ständigen Berichterstattung, wie es die Vorlegung aller Besoldungsordnungen wäre, binden würde¹⁾. Das Besoldungssperrgesetz ist daher in Einklang mit der RV. den allein zulässigen Weg gegangen, daß nämlich die Landesregierungen dem Reichsfinanzminister nur diejenigen Fälle zur Kenntnis zu bringen haben, in denen sie von den Grundsätzen der Reichsbesoldungsgesetzgebung in günstigem Sinne abweichen wollen. Durch diese Vorschrift wird keine unzulässige Betätigung der Reichsaufsicht begründet.

Wie aber ist es mit denjenigen Fällen, die nicht dem Reichsfinanzminister vorgelegen, die aber von den Landesbehörden die Zustimmung erhalten haben, weil sie sich nach ihrer Ansicht im Rahmen der Grundsätze des Reiches halten? Reichsfinanzminister wie Reichsschiedsgericht übersehen einen wichtigen Gesichtspunkt, wenn sie ersteren zu einem Einschreiten von sich aus für befugt halten.

Wenn die zuständige Landesbehörde ihre Zustimmung zu einer Besoldungsordnung gegeben hat, ohne dem Reichsfinanzminister Mitteilung zu machen, daß eine günstigere Regelung vorliege, so setzt sie damit einen Staatsakt, der nicht beliebig widerrufen ist. Hier liegt ein Punkt, wo auch das Eingreifen des Reiches im Aufsichtswege seine Grenze hat²⁾. In denjenigen Fällen, in denen die Landesbehörde dem Reichsfinanzminister die Mitteilung gemacht hat, kann kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung eine Entscheidung des Reichsschiedsgerichts herbeigeführt werden, in allen anderen aber nicht. Denn das Gesetz sieht gerade nach seinem klaren Wortlaut nur hier eine Anrufung des Reichsschiedsgerichts vor. Da dies aber eine Ausnahmевorschrift ist, ist eine extensive Auslegung nicht gestattet. Nur mittels

1) Vgl. TRIEPEL: S. 622, 644, Anm. 4.

2) Vgl. TRIEPEL: S. 512.

einer solchen konnte aber das Reichsschiedsgericht sich in den Fällen Eschwege und Langensalza (Urt. v. 12. April 1924 — III S. 63/23 —) überhaupt für zuständig erklären.

Grundsatz ist auf allen Rechtsgebieten, daß selbst eine falsche Entscheidung, eine zu Unrecht erteilte Zustimmung eher in Kauf genommen werden muß, als eine Rechtsunsicherheit, die in jeder Hinsicht für alle Beteiligten die ungünstigsten Wirkungen haben muß. Nur sofern wirklich eine Gesetzeswidrigkeit vorliegt, darf die einmal erteilte Zustimmung, abgesehen von den im Gesetz ausdrücklich geregelten Fällen, anfechtbar sein¹⁾. Liegt eine Gesetzeswidrigkeit aber nicht zweifellos vor, so muß die bedingungslose Zustimmung aufrechterhalten werden.

γ) Die Ansicht, daß das Reichsschiedsgericht nur bei vorheriger Mitteilung der Landesbehörde über eine günstigere Regelung zuständig ist, muß aber schon deswegen vertreten werden, weil es nicht dieselbe Frage ist, über welche in diesem und im entgegengesetzten Falle zu entscheiden ist. Ist die Mitteilung über eine günstigere Regelung ergangen und nach dem Einspruch des Reichsfinanzministers das Reichsschiedsgericht angerufen, so entscheidet letzteres darüber, ob im vorliegenden Falle eine günstigere Regelung zulässig ist oder nicht, wobei die Frage, ob eine günstigere Regelung überhaupt vorliegt, lediglich eine Vorfrage ist, die gar nicht streitig zu sein braucht und, wenn sie streitig ist, lediglich incidenter zu erledigen ist, ohne damit eigentlicher Streitgegenstand zu werden. In denjenigen Fällen aber, in denen der Reichsfinanzminister gar keine Mitteilung erhalten hat, ist Streitgegenstand nicht die Frage, ob eine günstigere Regelung zulässig ist, sondern ob eine günstigere Regelung überhaupt vorliegt.

Wollte das Gesetz nicht nur im ersten, sondern auch im zweiten Falle die Gerichtsbarkeit des Reichsschiedsgerichts begründet haben, so hätte es dies klar aussprechen müssen. Da es das nicht getan hat, fehlt diesem Gericht im zweiten Falle die Gerichtsbarkeit.

Dieser Zustand ist auch keineswegs so unerträglich, wie es auf den ersten Blick scheint, weil tatsächlich auch die erste Frage auf gerichtlichem Wege zur Entscheidung kommen kann. Sowohl im ersten wie im zweiten Falle handelt es sich um eine Meinungsverschiedenheit zwischen Reich und Ländern über Mängel, die bei der Ausführung von Landesgesetzen hervorgetreten sind. Im ersten Fall kommt der Schlußsatz des Art. 15 Abs. 3 Satz 2 zur Anwendung. Das Reichsschiedsgericht ist ein Gericht, das nur in diesem einen durch formelle wie materielle Voraussetzungen im Gesetze festumgrenzten Kreise von Angelegenheiten an die Stelle des Staatsgerichtshofs tritt²⁾. Im zweiten Falle aber fällt die Angelegenheit unter die Gerichtsbarkeit des Staatsgerichtshofs, da hierfür kein anderes Gericht bestimmt ist.

Die Zustimmung, die die zuständige Landesbehörde einer Besolungsordnung erteilt hat, ist, wenn die Landesbehörde die Regelung

¹⁾ Vgl. KORMANN: System. S. 388.

²⁾ So HATSCHKE: Deutsches und preußisches Staatsrecht. 2. Bd., S. 597, 600.

nicht für günstiger hält und demgemäß dem Reichsfinanzminister davon keine Mitteilung macht, nur widerrufen, wenn sie gesetzwidrig ist¹⁾. Das festzustellen, liegt aber außerhalb der Kompetenz des Reichsschiedsgerichts.

Erfährt der Reichsfinanzminister auf einem anderen Wege als dem der Mitteilung eine Tatsache, aus welcher er den Schluß glaubt ziehen zu können, daß eine Regelung tatsächlich günstiger sei, daß also die Landesbehörde angeblich gesetzwidrig die bedingungslose Zustimmung erteilt habe, so kann er sie auf diesen Mangel aufmerksam machen und, falls sie darauf nicht eingeht, ein Ersuchen der Reichsregierung auf Beseitigung des Mangels an die betreffende Landesregierung herbeiführen. Bestreitet die Landesregierung den Mangel und hält sie sich mangels Vorliegens der Gesetzwidrigkeit jener Zustimmung nicht für berechtigt, die Zustimmung zurückzuziehen, so kann nur der Staatsgerichtshof angerufen werden, nicht aber das Reichsschiedsgericht.

δ) Es liegt zwischen dieser und der vom Reichsschiedsgericht gegebenen Lösung noch ein bedeutender Unterschied zugunsten der Länder. Während nämlich im ersten Verfahren, wo der Reichsfinanzminister eine Mitteilung erhält, kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung er sowie die Parteien das Reichsschiedsgericht anrufen können, ist zu der regelrechten Mängelrüge des Art. 15 Abs. 3 nur das Gesamtministerium befugt. Heute, wo die Aufsicht in so starkem Umfange in die selbständige Tätigkeit der Länder eingreift und im Gegensatz zu früher eine Beteiligung der Länder durch den Reichsrat ausgeschaltet ist, liegt hierin ein besonderer Schutz der Länder²⁾. Wenn daher die Verfassung absichtlich eine solche Bestimmung zum Schutze der Länder aufgenommen hat, darf man sie nicht durch eine extensive Auslegung des Gesetzes außer Wirkung setzen.

Tatsächlich steht auch der Gesetzestext mit der hier widerlegten Ansicht in Widerspruch. Das Gesetz sagt in § 5 Abs. 2 ausdrücklich: „In gleicher Weise kann er (der Reichsminister der Finanzen) gegen die Zustimmung . . . Einspruch erheben“, d. h. der Reichsminister der Finanzen kann binnen vier Wochen nach der an ihn erfolgten Mitteilung Einspruch erheben. Es ist daher auch folgerichtig, wenn in der Begründung zu § 5 ausgesprochen wird, daß der Einspruch sich gegen Vorschriften der Gemeinden — im Gegensatz zu: der Länder — nur in den besonderen Fällen richtet, die nach § 4 Abs. 1 dem Reichsfinanzminister mitzuteilen sind. Weiterhin sagt die Begründung zu § 4 noch ausdrücklich: „Wird die in § 4 Abs. 1 vorgeschriebene Mitteilung unterlassen, so beginnt die Frist in § 5 nicht zu laufen.“ Daraus folgt, daß der Reichsfinanzminister nur nach ergangener Mitteilung einer günstigeren Regelung, keinesfalls aber vorher Einspruch erheben kann. Und nun will ihm das Reichsschiedsgericht trotzdem ein sogar über die Reichsverfassung hinausgehendes Einspruchsrecht geben? Man wird

1) Vgl. KORMANN: System. S. 388f.

2) Vgl. COHN: S. 54.

schlechterdings nicht anders können, als diese Auffassung für unrichtig erklären.

Auch die Vorgeschichte des Gesetzes führt zu der hier vertretenen Auffassung; die darauf bezüglichen Ausführungen des Reichsschiedsgerichts im Urteil Eschwege sind unvollständig und nicht stichhaltig. Die Begründung zu § 9 sagt: „Es soll die Genehmigung der für die Aufsicht über die Gemeinden oder sonstigen öffentlichen Körperschaften sowie der für das Beamtenbesoldungswesen zuständigen obersten Landesbehörde erforderlich sein. . . . Ist (jedoch) die Genehmigung einer nach § 1 Abs. 1 zulässigen Vorschrift erfolgt (§ 9 Abs. 1), . . . so erfolgt eine Mitteilung an den Reichsminister der Finanzen überhaupt nicht. Eine solche ist nur dann nach § 4 Abs. 1 zu veranlassen, wenn die von den zuständigen obersten Landesbehörden genehmigten oder geänderten Vorschriften günstigere Regelungen im Sinne des § 1 Abs. 2 enthalten.“ Man sieht daraus, daß an ein Eingreifen des Reichsfinanzministers im Falle des § 1 Abs. 1 überhaupt nicht gedacht ist. Ja, die Begründung des § 9 hält seine Beteiligung an dieser Frage überhaupt nicht für zweckmäßig, indem sie selbst zugibt, daß der Reichsfinanzminister bei den Gemeinden und öffentlichen Körperschaften kaum in der Lage sei zu beurteilen, ob eine günstigere Regelung vorliegt oder nicht. Das Reichsschiedsgericht muß selbst zugestehen, daß die Begründung zu § 9 gegen seine Ansicht spreche, sucht aber aus der „allgemeinen Begründung“ Argumente für seine Auffassung zu gewinnen.

Dieser Versuch ist ihm jedoch nicht gelungen. Die vom Reichsschiedsgericht zitierten Stellen aus Ziffer II der Begründung beweisen lediglich, daß das Reich ein Interesse daran hat, daß die Gemeindebeamten nicht weiterhin günstiger gestellt werden. Aber auf welchem Wege die Nachprüfung geschehen soll, ist überhaupt nicht gesagt. Auch die aus Ziffer III des allgemeinen Teils der Begründung entnommenen Stellen beweisen nichts anderes.

Darüber, daß nach dem Besoldungssperrgesetz die Kommunalbeamten in der Regel nicht günstiger gestellt werden dürfen als gleichwertige Reichsbeamte, besteht seit Erlaß dieses Gesetzes überhaupt kein Streit. Lediglich inwieweit der Reichsfinanzminister sich selbst in denjenigen Fällen beteiligen kann, in denen nach Ansicht der Gemeinden keine günstigere Regelung vorliegt, bestehen Meinungsverschiedenheiten. Und hier greift eben nur das allgemeine Aufsichtsrecht der Reichsregierung nach Art. 15 RV. Platz.

Falsch ist der vom Reichsschiedsgericht gezogene Schluß: angesichts der enormen Bedeutung, die die Durchführung des Besoldungssperrgesetzes durch das Reich hat, könnten die gesetzgebenden Faktoren nicht beabsichtigt haben, „das Einspruchsrecht des Reichsfinanzministers schlechterdings auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen die zuständigen Landesbehörden nach ihrer eigenen Erklärung einer günstigeren Regelung zugestimmt haben und deshalb die betreffende Vorschrift gemäß § 4 des Gesetzes dem Reichsfinanzminister mitgeteilt ist“. Denn erstens kommt es nicht auf die Absicht des Gesetzgebers an,

wenn im Gesetz selbst eine gegenteilige Ansicht Ausdruck gefunden hat, und zweitens muß auf Grund der Begründung zu § 9 bestritten werden, daß eine solche Absicht, welche die Reichsverfassung außer acht läßt, tatsächlich vorgelegen hat, zumal man doch gerade eine Reichszentralbehörde nicht für in der Lage hielt, die Verhältnisse in den Gemeinden hinreichend beurteilen zu können.

Zu dem gleichen Ergebnis führt die Durchsicht der Reichstagsverhandlungen in der zweiten Beratung des Besoldungssperrgesetzes. Ganz offensichtlich hat man dem Reichsfinanzminister nicht die Möglichkeit gewähren wollen, bei denjenigen Besoldungsordnungen der Gemeinden, denen die zuständige Landesbehörde vorbehaltlos zugestimmt hat, noch seinerseits einzugreifen. So führt der Abgeordnete KÜLZ, der selbst anscheinend für das Gesetz gestimmt hat, aus, daß es keinen Kulturstaat der Welt gebe, in welchem sich die Reichszentrale um die Besoldung eines Gemeindedieners kümmert.

Es ist also richtig, wenn die Bemerkungen zu der Entscheidung Eschwege in der „Rundschau für Kommunalbeamte“¹⁾ zusammenfassend erklären, „daß das Reichsschiedsgericht seine Schlußfolgerung auf keine einzige konkrete Tatsache aus den Erörterungen des Gesetzes, weder auf Ausführungen, die im Reichsrat, noch auf solche, die im Reichstagsauschuß oder im Reichstage gemacht sind, zu stützen vermag, sondern reine Zweckmäßigungsgründe“ aus den angeblichen Grundgedanken des Gesetzes ableitet, ohne Rücksicht auf tatsächlichen Gesetzeswortlaut und sonstige Folgen.

Geht man also davon aus, daß das Besoldungssperrgesetz der Reichsverfassung nicht zuwiderläuft, so kann die in den Urteilen betr. Eschwege und Langensalza zutage tretende Auslegung nicht aufrechterhalten werden. —

Entscheidet nun trotzdem das Reichsschiedsgericht einen solchen Fall, in dem seitens der Landesbehörde an den Reichsfinanzminister keine Mitteilung ergangen ist, so wird es, wie oben angeführt, außerhalb der ihm zustehenden Gerichtsbarkeit tätig.

Man könnte zweifeln, ob hier tatsächlich ein Mangel der Gerichtsbarkeit oder nicht vielleicht bloß ein solcher der Zuständigkeit im engeren Sinne vorliegt. Der Unterschied besteht in folgendem²⁾: „Gerichtsbarkeit ist Recht und Pflicht zur Rechtspflege überhaupt bzw. zu einer bestimmten Art der Rechtspflege, gerichtliche Zuständigkeit ist dagegen die in Auswahl der verschiedenen mit Gerichtsbarkeit versehenen Stellen erfolgende Bestimmung einer einzelnen dieser Stellen zur Entscheidung im besonderen Fall.“ Die Frage nach der Zuständigkeit im engeren Sinne bezieht sich nur darauf, welcher Behörde innerhalb derselben Behördenart die Angelegenheit zugewiesen ist³⁾.

¹⁾ 1923, S. 130. — Auch der Reichsrat hat (Niederschrift v. 17. Mai 1923, S. 377) ausdrücklich den Standpunkt vertreten, daß man bei Erlaß des Besoldungssperrgesetzes die Befugnis der in § 1 Abs. 1 verlangten Würdigung aller Umstände ausschließlich den Landesbehörden habe übertragen wollen.

²⁾ Vgl. KASKEL: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1923, S. 151, wo eine ähnliche Frage behandelt wird. ³⁾ Vgl. HELLWIG: System. S. 49.

Staatsgerichtshof und Reichsschiedsgericht sind aber Gerichte verschiedener Art, Sondergerichte, von denen jedes einen ganz bestimmten Aufgabenkreis zu bearbeiten hat.

Eine Entscheidung, die bei mangelnder Gerichtsbarkeit ergeht, ist ein rechtliches Nichts¹⁾. Wenn also z. B. ein Sondergericht eine Entscheidung fällt, zu der es nicht zuständig (im Sinne von nicht die Gerichtsbarkeit besitzend) war, so ist das Urteil nichtig²⁾.

Wendet man das Gesagte auf das Reichsschiedsgericht an, so ergibt sich, daß auch seine Entscheidungen, die außerhalb seiner Gerichtsbarkeit liegen und höchstens vor den Staatsgerichtshof des Art. 15 Abs. 3 RV. gehören, nichtig sind. Die Entscheidung eines Falles aber, der lediglich dadurch vor das Reichsschiedsgericht kommt, daß eine Partei es anruft, ohne daß die die Gerichtsbarkeit begründenden formellen Voraussetzungen — hier die Mitteilung der zuständigen Behörde an den Reichsfinanzminister — erfüllt sind, ist nichtig und unbeachtlich. Sie ist nicht, wie man vielleicht meinen könnte, ein Fehlspruch, d. h. eine materiell falsche Entscheidung, sondern eben überhaupt keine rechtlich relevante Entscheidung.

Während die rechtswirksamen Entscheidungen des Reichsschiedsgerichts, selbst wenn sie sachlich unrichtig sind, ebenso wie Entscheidungen des Staatsgerichtshofs dadurch vollstreckbar sind, daß die Erfüllung, welche Pflicht des Landes ist, vom Reichspräsidenten gemäß Art. 48 Abs. 1 RV. erzwungen werden kann³⁾, ist das hier nicht der Fall.

bb) Hat nun aber das Reichsschiedsgericht⁴⁾ nach vorheriger Mitteilung einer günstigeren Regelung durch die Landesbehörden nach Einspruch des Reichsfinanzministers eine gültige Entscheidung erlassen, so ergeben sich für die Gemeinden folgende Wirkungen⁵⁾:

Erklärt das Schiedsgericht die von der Gemeinde getroffene Regelung für zulässig, so ist die Sache damit erledigt; erklärt es sie aber für unzulässig, so ist die betreffende Gemeinde verpflichtet⁶⁾, ihre Besoldungsordnung dem Erkenntnis entsprechend abzuändern. Aus der so abgeänderten Besoldungsordnung ergeben sich alsdann die Dienstbezüge, die für die einzelnen Stellen ausgeworfen sind. Der jeweilige Stelleninhaber hat einen Anspruch auf das Gehalt der Stelle, mit welcher er durch einen Hoheitsakt der betreffenden Körperschaft beliehen worden ist.

Es fragt sich nun, ob und bejahendenfalls in welchem Umfange eine öffentliche Körperschaft berechtigt oder verpflichtet ist, dem Inhaber einer Stelle andere Dienstbezüge zu zahlen, als die Besoldungsordnung vorsieht.

¹⁾ Vgl. KASKEL: N. Zeitschrift f. Arb.-R. 1923, S. 153f.

²⁾ So KORMANN: System. S. 251.

³⁾ Vgl. GIESE: a. a. O. Anm. 5 a. E. zu Artikel 12.

⁴⁾ Für das Landesschiedsgericht gilt Entsprechendes.

⁵⁾ Die Notwendigkeit, diese Konsequenzen zu erörtern, ergibt sich aus dem Vorhandensein zahlreicher Zweifel hierüber in der Praxis.

⁶⁾ Entgegengesetzte Beschlüsse sind von der Aufsichtsbehörde zu beanstanden.

Geringere Bezüge würden den sich aus der Besoldungsordnung ergebenden Anspruch des Beamten nicht erfüllen. Er könnte gegebenenfalls die Zahlung der Restsumme im ordentlichen Rechtswege einklagen, wobei die Streitfrage, inwieweit ein Beamter unmittelbar aus der Besoldungsordnung Rechtsansprüche herleiten kann, unerörtert bleiben soll.

Wenn die Organe einer öffentlichen Körperschaft einen Beschluß fassen, durch den einem Beamten entgegen der nach den Vorschriften des Besoldungssperrgesetzes festgestellten Besoldungsordnung höhere Bezüge zugebilligt werden, als es nach dem Besoldungssperrgesetz zulässig ist, so muß dieser Beschluß wegen Gesetzwidrigkeit von den hierfür zuständigen Stellen beanstandet werden. Hiervon gibt es nur dann eine Ausnahme, wenn der Entscheidung des Reichsschiedsgerichts die sich nur auf die Einstufung der Stellen — nicht der Stelleninhaber — bezieht, und der daraufhin abgeänderten Besoldungsordnung ein stärkeres Recht des Beamten entgegensteht.

Solche stärkeren Rechte sind die durch Art. 129 Abs. 1 der Reichsverfassung gewährleisteten wohlerworbenen Rechte der Beamten. Diese wollte und konnte das Besoldungssperrgesetz¹⁾ nicht beseitigen. Wo also ein Beamter ein wohlerworbenes Recht hat, dort darf nicht nur, sondern muß sogar die betreffende Anstellungskörperschaft dieses Recht respektieren. Es ist daher der Fall denkbar, daß ein Beamter eine Stellung innehat, für die die Besoldungsordnung die Bezüge einer bestimmten Gruppe vorsieht, während er für seine Person die Bezüge einer höheren Gruppe erhält, ohne daß die Besoldungsordnung einen entsprechenden Hinweis aufweist.

Zweifelhaft kann nun sein, was wohlerworbene Rechte sind, die auch dem Besoldungssperrgesetz gegenüber zu berücksichtigen sind. Mit Recht hat das Reichsgericht in seiner bekannten Entscheidung zum Altersgrenzengesetz²⁾ zum Ausdruck gebracht, daß hierunter nicht nur vermögenrechtliche Ansprüche fallen. Versteht man unter wohlerworbenen Rechten solche, die auf Grund eines besonderen Titels, den die Rechtsordnung liefert, erlangt werden und stellt sie in Gegensatz zu bloßen Erwerbsmöglichkeiten und der allgemeinen Freiheit des einzelnen³⁾, so ergibt sich schon daraus, daß der Rechtsordnung, insbesondere dem Besoldungssperrgesetz zuwiderlaufende Rechte nicht wohlerworbene sein können. Führt also eine nachträgliche Prüfung der Besoldungsordnung einer öffentlichen Körperschaft durch das Reichsschiedsgericht dazu, daß eine Stelle zu hoch eingruppiert ist, so kann ein Beamter, dem diese Stelle verliehen worden ist, die zu hohen Bezüge aus dieser Stelle als wohlerworbenes Recht nicht beanspruchen, wenn ihm die Stelle und damit die unzulässig hohen Bezüge erst nach Erlaß des Besoldungssperrgesetzes verliehen worden sind. Dagegen haben unbeschadet der etwaigen Ent-

¹⁾ Vgl. § 3 Abs. 1.

²⁾ RGZ. Bd. 104, S. 58.

³⁾ MAYER, O.: Bd. 1, S. 31.

scheidung des Reichsschiedsgerichts diejenigen Beamten, denen vor dem Erlaß des Besoldungssperrgesetzes bestimmte Bezüge zugesichert sind, einen im Rechtsweg verfolgbaren Anspruch auf den weiteren Empfang dieser ihnen zugesicherten Besoldung.

Wohlerworbene Rechte auf die Gleich- oder Besserstellung einer Beamtengruppe im Verhältnis zu einer anderen gibt es, wie die Rechtsprechung¹⁾ einhellig anerkannt hat, nicht. Insoweit besteht also die Möglichkeit einer Neueingruppierung der Beamtenschaft, wobei nur alle wohlerworbenen Rechte, welche vor Erlaß des Besoldungssperrgesetzes oder später, ohne in Widerspruch mit ihm zu stehen, erlangt sind, für die einzelnen Beamten bestehen bleiben müssen. Alle diejenigen Beamten, die ein wohlerworbenes Recht auf ein Gehalt in Höhe einer bestimmten Gruppe nicht erlangt haben, können in Gehaltsstufen, die nicht unter dieser bestimmten Gruppe liegen, beliebig neu eingereiht werden. Dabei ist es nicht ausgeschlossen, daß sich Stellung und Eingruppierung der Beamten im Verhältnis zueinander ändert. Würde man anders entscheiden, so wäre ein für allemal jede Besoldungsreform unmöglich gemacht, indem dann auch jedes Herausheben einer Beamtengruppe ausgeschlossen wäre.

Jedoch ist noch zu berücksichtigen, daß als maßgebender Zeitpunkt für den Erwerb wohlerworbener Rechte nicht der Tag des Inkrafttretens des Besoldungssperrgesetzes, der 1. April 1920, sondern der Tag seiner Verkündung, d. i. der 24. Dezember 1920, in Betracht kommt. Wenn sich das Besoldungssperrgesetz rückwirkende Kraft beilegt, so kann letztere nur insoweit wirken, als nicht verfassungswidrige Folgen eintreten. Es wäre aber eine mit der Reichsverfassung in Widerspruch stehende Beseitigung wohlerworbener Rechte, wenn einem Beamten Rechte, die er vor Verkündung des Besoldungssperrgesetzes auf Grund einer damals geltenden Rechtsordnung ordnungsmäßig erlangt hat, nun nachträglich wieder genommen werden sollten. Es ist für die zur Zeit des Erlasses eines Gesetzes bestehenden Rechte juristisch gleichgültig, ob ein Gesetz ausdrücklich sagt, daß gewisse wohlerworbene Rechte aufgehoben werden sollen oder ob es statt dessen einem die künftige Entstehung solcher Rechte verhindernden Gesetze rückwirkende Kraft verleiht. Die entgegengesetzte Auffassung würde dazu führen, daß jedes bereits vor vielen Jahren entstandene Recht auf dem Wege eines einfachen Gesetzes dadurch beseitigt werden könnte, daß das Gesetz für die Zukunft eine andere Regelung trifft und sich im übrigen eine rückwirkende Kraft über mehrere Jahre beilegt. —

cc) Das Besoldungssperrgesetz gibt endlich dem Reiche lediglich eine gesetzliche Grundlage für Eingriffe in die Besoldungsregelung,

1) Vgl. z. B. Entsch. d. Reichsschiedsgerichts vom 16. April 1924 (R. Besold. Bl. S. 196); Reichsgericht i. „Recht“. 1924, S. 356; dass. i. Preuß. Verw. Bl. Bd. 46, S. 339. — Eine Ausnahme hiervon gibt es nur für den Fall, wenn einem Beamten in der Anstellungsurkunde ausdrücklich das Gehalt der Besoldungsgruppe einer bestimmten Beamten-gattung zugesichert ist (Beschl. d. Preuß. Min. d. Innern vom 16. IV. 1924 — IV. a. V. 1002 —, ASSMANN: S. 40).

nicht aber in die Organisation der Gemeinden. Soll das Besoldungssperrgesetz überhaupt einen Sinn haben, so kann es nicht verlangen, daß die Gemeinden die Organisation der Reichsverwaltung mit ihren völlig anderen Aufgaben und Behörden nachbilden. Es dürfen daher nach ihm zwar Kommunalbeamte mit einer den Reichsbeamten gleichzubewertenden dienstlichen Tätigkeit gehalten nicht höher als entsprechende Reichsbeamte eingestuft werden; aber es kann den Gemeinden vom Reiche nicht vorgeschrieben werden, wie sie die Bearbeitung der von ihnen zu erledigenden Aufgaben organisieren sollen, insbesondere beispielsweise nicht, ob sie ihre Beamten auf Grund ihrer praktischen Bewährung im Wege der Aufrückung von den untersten Gruppen in die höheren gelangen lassen oder ob sie die Besetzung der höheren Gruppen von dem Nachweis bestimmter Prüfungen abhängig machen wollen.¹⁾ Auch eine Quotisierung der Stellen²⁾ in den Gemeindeverwaltungen nach dem Vorbilde der Reichsverwaltung kann m. E. schon deshalb nicht verlangt werden, weil die von der Gegenmeinung zugrunde gelegte praesumptio, daß die Schwierigkeit der zu bewältigenden Aufgaben in Gemeinden, Staat und Reich durchweg dieselbe sei, jeder Grundlage entbehrt. Derartige generelle Vergleiche sind eben bei der Verschiedenheit der Aufgaben nicht durchführbar, und wenn gewisse Quotisierungsgrundsätze heute praktisch wie geltendes Recht behandelt werden, so beruht das lediglich darauf, daß die Fülle der aus dem Besoldungssperrgesetz zwischen Reichs-, Landes- und Gemeindebehörden entstandenen Streitfragen so groß war, daß gewisse Kompromisse notwendig wurden und sich durchgesetzt haben, auch wenn sie rechtlich nicht einwandfrei zu begründen sind.

dd) Daß das Besoldungssperrgesetz ein recht unglückliches Geschöpf der Nachkriegszeit ist, wird nach den vorstehenden rechtlichen Ausführungen nicht bestritten werden können. Aber es kommt noch hinzu, daß nach unseren heutigen staatsrechtlichen Verhältnissen ein derartiges unmittelbares Eingreifen der Reichsverwaltung in die kommunalen Verhältnisse ein Novum ist, das lediglich eine Verdoppelung der Staatsaufsicht zur Folge hat und nicht nur aus theoretischen, sondern schon aus verwaltungstechnischen Gründen zu beseitigen ist. Der Gang der Ereignisse hat durch eine Fülle unerfreulichster Streitigkeiten diesen Eindruck noch verstärkt.

Da man aber wohl einen gänzlichen Abbau jeglichen Zwanges den Gemeinden gegenüber zur Verhinderung allzu hoher Besoldungen ihrer

¹⁾ Die in der Praxis infolge ähnlicher Erwägungen außerordentlich bestrittene Frage der Zulässigkeit der Aufrückung von Kommunalbeamten ohne Prüfung habe ich näher behandelt im Preuß. Verw. Bl. Bd. 46, S. 70.

²⁾ Unter Quotisierung der Stellen versteht man, daß die Zahl der Stellen der einzelnen Gruppen in einem bestimmten Verhältnis zueinander stehen muß. Solche Quotisierungsgrundsätze sind: Die Stellen der Gruppen 5 und 6 einerseits (d. h. der Stellen des niederen Bureaudienstes) müssen zu denen der Gruppen 7, 8 und 9 andererseits (d. h. der Stellen des schwierigeren Bureaudienstes) im Verhältnis 1 : 1 stehen; die Zahl der Stellen der Gruppen 7, 8 und 9 sollen sich zueinander verhalten wie 3 : 2 : 1, usw.

Beamten zur Zeit nicht wird durchführen können, so ist das staatsrechtlich Natürliche, die Regelung demjenigen zu überlassen, der die alleinige Zuständigkeit hinsichtlich der Gemeindeverfassungsgesetzgebung hat, d. h. den Ländern¹⁾.

8. Mit den Fragen, der Einwirkungen von Reich und Staat auf die Besoldung der Kommunalbeamten hängt zusammen das Problem der Verleihung von Titeln und Amtsbezeichnungen durch die Gemeinden. Dieses hat insofern eine Vereinfachung erfahren, als durch Artikel 109 Abs. 4 der Reichsverfassung Titel nur insoweit zulässig sind, als sie die Amtsstellung bezeichnen. Da es also nach der Verfassung Titel im engeren Sinne nicht mehr gibt, ist damit das frühere Recht der Krone, Titel zu verleihen, fortgefallen, kann demnach auch nicht auf das Staatsministerium übergegangen sein. Es ist daher unzulässig, wenn das Staatsministerium heute noch die Amtsbezeichnung „Oberbürgermeister“ verleiht. Soweit es sich hier wirklich um eine Amtsbezeichnung handelt — und das ist hinsichtlich der kreisfreien Städte der Fall, wo regelmäßig der Magistratsdirigent diesen „Titel“ führt —, bedarf es gar keiner staatlichen Verleihung; vielmehr kann durch Besoldungsordnung oder Ortsstatut diese Amtsbezeichnung jederzeit dem jeweiligen Stelleninhaber durch die städtischen Körperschaften selbst verliehen werden²⁾.

Grundsatz ist, daß jedes Amt eine bestimmte Bezeichnung haben muß, aus welcher sich die Tätigkeit des Stelleninhabers eindeutig ergibt³⁾. Dabei kann es nicht auf die Vorbildung des Stelleninhabers ankommen. Wer die Stelle eines Landrats auf Grund gültiger Verleihung dauernd versieht, ist ein Landrat; und wer die Stelle eines Magistrats-oberbauers durch Verleihung erhält, hat nicht nur die mit dieser Stelle verbundenen Aufgaben zu erfüllen, sondern hat auch einen freilich im Rechtswege nicht verfolgbaren Anspruch auf die entsprechende Amtsbezeichnung. Soll die Amtsbezeichnung nicht leerer Titel sein, so hat sie sich nach dem Inhalt der Stelle zu richten und ist unabhängig von der Person ihres Inhabers, insbesondere auch von seiner sachlichen Geeignetheit oder Vorbildung. Gerade hierin liegt ja der Unterschied zwischen Amtsbezeichnung und Titel, welch letzterer lediglich der Person als solcher gilt. Es ist merkwürdig, daß der Praxis diese Unterscheidung solche Schwierigkeit bereitet.

Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß die Gemeinden „den von ihnen anzustellenden Beamten, auch wenn diese durch die Anstellung mittelbare Staatsbeamte werden, eine Benennung beilegen dürfen, welche die Geschäfte des Beamten und seine amtliche Stellung äußerlich erkennbar macht“⁴⁾. Wenn der Betreffende im Kommunaldienst und

1) Neuerdings wird ein konkreter Vorschlag in dieser Richtung gemacht von v. HANSEMANN i. Preuß. Verw. Bl. Bd. 46, S. 213f.

2) Es kann also heute durch Ortsstatut in kreisfreien Städten die gleiche Regelung getroffen werden, die § 32 Abs. 1 hess. StO. für einzelne hessische Städte schon kraft Gesetzes vorsieht.

3) Vgl. OVG. Bd. 78, S. 44.

4) So richtig OVG. Bd. 63, S. 2.

nicht im unmittelbaren Staatsdienst steht, so muß auch dieser Unterschied hinreichend kenntlich gemacht werden¹⁾).

Grundsätzlich dient, soweit das möglich, als Vergleichsmaßstab die Gebräuchlichkeit einer Amtsbezeichnung für einen bestimmten Stelleninhalt. Da der Staat von jeher die meisten Arten von Beamten hat, wird man die bei ihm üblichen Amtsbezeichnungen zugrunde zu legen haben.

In einem wesentlichen Punkte ist seit 1918 insofern eine Änderung eingetreten, als der Ratstitel nicht mehr¹⁾ ein eigentlicher Titel ist, sondern mit ihm der Amtsinhalt aller derjenigen Stellen charakterisiert zu werden pflegt, die nach ihrer Bedeutung in der Verwaltungsorganisation als den Besoldungsgruppen A X—XIII des Beamtendienst-einkommengesetzes entsprechend bewertet werden. Für die Praxis ergibt sich daraus die Folgerung, daß einem leitenden bautechnischen Beamten, dessen Tätigkeit nach der Besoldungsgruppe XI bezahlt wird, ohne weiteres die Amtsbezeichnung „Provinzial-, Kreis- usw. Baurat“ — nicht bloß Provinzialbaumeister, wie das Oberverwaltungsgericht noch in der mehrfach zitierten Entscheidung²⁾ aus dem Jahre 1913 annahm — führen darf, sofern seine Anstellungsgemeinde der Stelle diese Bezeichnung beilegt. In dem aufgezeigten Rahmen sind also die Gemeinden von staatlicher Einwirkung frei.

9. Daß die preußische Personalabbauverordnung vom 8. Februar 1924 (GesS. S. 73) in einschneidendster Weise in das Stellenbesetzungsrecht der Gemeinden eingegriffen hat, ist bekannt. Da es sich aber hierbei um nur eine vorübergehende Maßnahme handelt, genügt der Hinweis darauf, wie sehr der Staat sich heute für das finanzielle Wohlergehen seiner Gemeinden einsetzt, dabei deren eigenen Willen hinter den seinen zurückstellt und damit der Selbstverwaltung neue Grenzen setzt.

10. Der Grundgedanke, der der neuesten Entwicklung des Verhältnisses von Reich, Staat und Gemeinden hinsichtlich der Organisationsverhältnisse der letzteren zugrunde liegt, zeigt ein Vordringen des unitarischen Gedankens. Dabei hat man hier nicht nur an den Unitarismus zu denken, wie er als *Terminus technicus* das Verhältnis von Reich und Ländern zueinander charakterisiert, sondern es handelt sich hier um die Rückwirkung eines allgemeineren Rechtsgedankens auf das Verhältnis von Ländern und Gemeinden. Auch hier bestehen Bestrebungen, welche die lokalen Verschiedenheiten nach Möglichkeit beseitigen und an ihre Stelle eine möglichst gleichmäßige staatliche Regelung treten lassen wollen.

Die Gründe freilich, welche die Bestrebungen der „Unitarier“ in Reich, Ländern und Gemeinden leiten, sind ganz verschiedene. So beruht die Vereinheitlichung der Kommunalbeamtenbesoldung, wie sie

¹⁾ OVG. Bd. 63, S. 2.

²⁾ OVG. Bd. 63, S. 1 ff. — Vgl. hierüber die Ausführungen in zwei in der „Rundschau f. Kommunalbeamte“, 1925, S. 340 abgedruckten Gutachten von BÜHLER und mir.

im Gesetz vom 8. Juli 1920 ihren Niederschlag gefunden hat, auf dem sehr materiellen langjährigen Streben der Kommunalbeamtenschaft nach Gleichstellung mit den Staatsbeamten. Die Erfüllung dieser Forderung hat ihren Grund keineswegs darin, daß etwa der mächtige Staat den schwächeren Gemeinden eine solche Regelung aufgezwungen hat, sondern hat umgekehrt ihre Ursache in der Schwäche des Staates. Dem Ansturm der sehr stark angewachsenen Beamtenverbände vermochte der Staat mit seinen schwächlichen maßgebenden Organen, bei denen oft politische Erwägungen über sachliche Erkenntnis gehen, nicht zu widerstehen. Als weiterer Grund kamen freilich die in der Nachkriegszeit stärker in den Vordergrund gestellten sozialen Erwägungen hinzu, die eine Beseitigung der verschiedentlich ungerechtfertigt schlechten Besoldung einzelner Kommunalbeamten generell forderten.

Ob freilich die Verkoppelung der Kommunalbeamtenbesoldung mit der Gehaltsregelung der Staatsbeamten auf die Dauer für erstere von Vorteil ist, mag zweifelhaft sein. Das Besoldungssperrgesetz, dessen Durchführung durch eine gleichartige Besoldungsregelung in Reich, Staat und Gemeinden erleichtert wird, zeigt die Kehrseite der Medaille.

Literatur. ANSCHÜTZ: Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat. Bd. 1. 1912. — ANSCHÜTZ: Die Verfassung des Deutschen Reichs. 1921*). — ARNDT: Der Beamtencharakter der Direktoren und Oberlehrer an den nicht vom Staate unterhaltenen höheren Lehranstalten in Preußen. Verw.Arch. Bd. 21, S. 133. — ASSMANN: Wohlerworbene Beamtenrechte und das Besoldungsrecht der preußischen Kommunalbeamten. 2. Aufl. 1924. — BLODIG: Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff. 1894. — BÜHLER: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung. 1914. — COHN, R.: Die Reichsaufsicht über die Länder. 1921. — DEHMS: Dienstliche Rüge und disziplinare Ordnungsstrafe gegen die leitenden Magistratsbeamten in Preußen usw. Preuß.Verw.Bl. Bd. 46, S. 133 ff. — FRIEDRICHS: Ortsnamenpolizei. Staats- und Selbstverwaltung. 1924, S. 235 ff. — GIERKE: Deutsches Genossenschaftsrecht. Bd. 1. 1868. — GIERKE: Haftung des Staates und der Gemeinden für Beamte. Verhandlungen des 28. Deutschen Juristen-Tages. 1905. — GIESE: Die Verfassung des Deutschen Reichs. 6. Aufl. 1925. — GIESE: Der Beamtencharakter der Direktoren und Oberlehrer an den nicht vom Staate unterhaltenen höheren Lehranstalten in Preußen, 2. Aufl. 1912*). — GLUTH: Die Lehre von der Selbstverwaltung. 1887. — GÜNTHER: Die staatsrechtliche Stellung des Gemeindevolksschullehrers in Preußen. 1919. — v. HANSEMANN: Die zukünftige Gestaltung des Besoldungssperrgesetzes. Preuß.Verw.Bl. Bd. 46, S. 213 ff. — HATSCHKE: Deutsches und preußisches Staatsrecht. Bd. 2. 1923. — HELFRITZ: Die Vertretung der Städte und Landgemeinden nach außen in dem Gemeinderecht der östlichen Provinzen Preußens. 1916. — HELFRITZ: Grundriß des preußischen Kommunalrechts. 1922. — HELLWIG: System des Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1912. — JELLINEK, W.: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. 1913. — KASKEL: Gericht und Schlichtungsausschuß im Falle des § 87 des Betriebsrätegesetzes. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht. 1923, S. 151 ff. — KORMANN: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. 1910. — KÜHNEMANN-SÖLCH: Das Besoldungssperrgesetz. 1921. — LABAND: Beiträge zur staatsrechtlichen Stellung der Direktoren und Oberlehrer an den preußischen höheren Lehranstalten kommunalen Patronats. Preuß.Verw.Bl. Bd. 31, S. 540 ff. — v. LEYDEN: Das Gemeindewahlrecht in Preußen seit der Staatsumwälzung. 1925. — LEIDIG: Preuß. Stadtrecht. 1891. — LUTHER-MITZLAFF-STEIN: Die Zukunftsaufgaben der Deutschen Städte. 1922. — v. MANGOLT: Das Aufsichtsrecht des Staates über die Kommunalverbände. Göttinger Dissertation. 1913. — MATTHIAS: Die städtische Selbstverwaltung. 1911. — OERTEL: Die Städteordnung. 6. Aufl. 1914. — PETERS, FR.: Schulrecht i.

Stier-Somlos Handbuch des kommunalen Verfassungs- und Verwaltungsrecht. Bd. 2. Teil 1, S. 437 ff. 1916. — PETERS, H: Die Vorschriften über die disziplinarrechtlichen Verhältnisse der Kommunalbeamten in Preußen. Beamtenjahrbuch. 1925, S. 147 ff. — PREUSS: Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. 1889. — PREUSS: Städtisches Amtsrecht. 1902. — REIMER: Zur Frage der Amtshaftung für kommunale Oberlehrer. Preuß. Verw. Bl. Bd. 41, S. 373 ff. — v. RHEINBABEN: Die preußischen Disziplinargesetze. 2. Aufl. 1911. — SCHOEN: Das Recht der Kommunalverbände in Preußen. 1897. — STIFF: Die Organe der provinziellen Selbstverwaltung in Preußen. Greifswalder Dissertation. 1914. — TRIEPEL: Die Reichsaufsicht. 1917. — WENZEL: Die Beamtenstellung der Direktoren und Oberlehrer an den nicht vom Staate unterhaltenen höheren Schulen. Preuß. Verw. Bl. Bd. 31, S. 389. — ZORN: Beiträge zur staatsrechtlichen Stellung der Direktoren und Oberlehrer an den preußischen höheren Lehranstalten kommunalen Patronats. Preuß. Verw. Bl. Bd. 31, S. 538 ff.

*) Nicht mehr berücksichtigt werden konnten die beiden Gutachten von ANSCHÜTZ und GIESE: Der Beamtencharakter der Lehrer an den öffentlichen höheren Lehranstalten in Preußen. Schriftreihe des Preuß. Philologenverbandes Heft 5. 1925.

Sechstes Kapitel.

Finanzielle Abhängigkeit der Gemeinden von Staat und Reich.

Voraussetzung für die Erfüllung von Aufgaben durch die Gemeinden sind rechtlich ihre Organe. Daneben aber ist tatsächlich jede erfolgreiche Tätigkeit der Gemeinden von ihrer finanziellen Kraft abhängig. Die Grenzen, welche der Betätigung der Selbstverwaltung gesetzt werden können, sind nirgends so einschneidend wie hier. Auf keinem anderen Gebiete ist daher auch der Einfluß, den Staat und Reich¹⁾ auf die Gemeinden sich vorbehalten haben, so stark wie auf dem der Finanzwirtschaft. Es ist hier nicht der Ort, auf die Fülle von Klagen und Vorschlägen einzugehen, welche die Beschränkung der finanziellen Selbständigkeit der Gemeinden in den Nachkriegsjahren zum Gegenstand haben. Das weitaus meiste, das sich in der Literatur hierüber findet, verfolgt bestimmte Tendenzen und kann nur sehr vorsichtig in wissenschaftlichen Darstellungen verwertet werden.

Um ein einigermaßen klares Bild zu erhalten, werden zunächst die Grundsätze des geltenden Rechts zu erörtern sein.

I. Das Kernproblem aller Finanzwirtschaft liegt in der Frage: Wie sind die Ausgaben zu decken? Dabei kann man entweder die Ausgaben als konstante ansehen und die Wege zur Beschaffung von Einnahmen von ihnen abhängig machen, oder man geht von den zur Verfügung stehenden Einnahmen aus und richtet danach die Ausgaben ein.

Während eine geordnete private Finanzwirtschaft grundsätzlich den letzteren Weg beschreiten wird, ist für die Kommunen insofern eine Einschränkung zu machen, als ihnen mit ihrer Verpflichtung zur Erfüllung fest umgrenzter Aufgaben eine bestimmte Summe notwendiger Ausgaben zu decken bleibt, deren Beschränkung nicht in ihrer Macht liegt. Die tatsächliche Lage ist heute die, daß die meisten Gemeinden ihre Einnahmequellen auf das schärfste ausschöpfen müssen, um nur ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachkommen und den Aufgaben, deren Erfüllung uns heute selbstverständliche Pflicht der Gemeinden dünkt (z. B. Unterhaltung höherer Schulen), gerecht werden zu können.

1) Außerdem hat der Staat sogar in § 54 des Kommunalabgabengesetzes und in § 45 der Gewerbesteuerverordnung den Berufsvertretungen der Steuerpflichtigen ein Anhörungsrecht vor Fassung des Umlagebeschlusses zugestanden, eine m. E. recht unerfreuliche, undemokratische Maßnahme, da ja die Gemeindevertretungen die Interessen aller Steuerpflichtigen kennen und nach Möglichkeit berücksichtigen sollen. Vgl. Näheres bei KREUTER, S. 243.

Die vielfachen Hinweise in der letzten Zeit auf die angebliche Verschwendungssucht der Gemeinden treffen für die Mehrzahl der Gemeinden sicher nicht zu und beruhen auf unbegründeten Verallgemeinerungen.

Es fragt sich nun, welche Einnahmen den Gemeinden zur Verfügung stehen und wie sich Staat und Reich dazu verhalten.

1. Die wichtigsten Einnahmequellen der Gemeinden sind die Erträge der Steuern. Die Not der Nachkriegszeit, welche die stärkste Anspannung der Steuerquellen verlangt, erfordert es, daß zwischen den Steuersystemen von Reich, Ländern und Gemeinden keine Lücken bleiben, die ein Ausschöpfen auch der letzten Steuerkraft unmöglich machen würden. Man hat daher beim Reiche zentral festzustellen versucht, was überhaupt an Steuereinnahmen für die öffentlich-rechtlichen Körperschaften aller Art insgesamt zur Verfügung steht und hat danach eine Verteilung sowohl der Steuerobjekte als auch der Steuererträge vorgenommen.

Die verfassungsrechtliche Grundlage einer solchen Verteilung bilden die Artikel 8 und 11 der Reichsverfassung. Ersterer gibt dem Reiche die Gesetzgebung über die Abgaben und sonstigen Einnahmen, die es ganz oder teilweise für seine Zwecke in Anspruch nimmt, letzterer gewährt dem Reiche das Recht, auch hinsichtlich solcher Abgaben, an deren Erträgen es nicht beteiligt ist, in gewissen Fällen, insbesondere wenn wichtige Gesellschaftsinteressen in Frage stehen, Grundsätze über Zulässigkeit und Erhebungsart aufzustellen. Dabei fällt nicht etwa unter Art. 8 das gesamte deutsche Steuersystem überhaupt etwa deshalb, weil es nur einheitlich zu beurteilen wäre und das Reich, wenn es überhaupt Abgaben in Anspruch nimmt, infolge des inneren Zusammenhangs aller Steuerarten in der heutigen öffentlichen Finanzwirtschaft damit an allen Arten von Abgaben als beteiligt gelten könnte. Diese Ansicht ist so offensichtlich falsch, daß sie einer Erwähnung gar nicht bedürfte, wenn sie nicht in der Praxis gelegentlich geäußert worden wäre. Ihre Unrichtigkeit ergibt schon die Erwägung, daß sie den Artikel 11 gänzlich überflüssig machen würde. Sie widerspricht also dem Sinne der Reichsverfassung.

Fraglich kann nur sein, wann eine Steuer vom Reiche in Anspruch genommen ist, insbesondere ob dafür maßgebend ist, daß das betreffende Objekt reichsgesetzlich der Steuer unterworfen wird oder daß das Reich am Ertrage beteiligt wird. Die Frage ist im Sinne der letzten Alternative zu beantworten, und zwar ergibt sich das aus den Worten „für seine Zwecke“. Es hat daher das Reich — abgesehen von den Fällen des Artikels 11 RV. — nicht das Recht, in Steuergesetzen Abgaben zu regeln, deren Erträge ausschließlich den Ländern und Gemeinden zufließen¹⁾.

¹⁾ Handelt es sich nur um einen vorübergehenden Verzicht des Reichs auf Beteiligung an einer Steuer, so wird man damit noch nicht sagen können, daß das Reich nun die Steuer nicht mehr für seine Zwecke verwendet; es muß dann aber aus dem betreffenden Gesetze hervorgehen, daß es sich nur um eine vorläufige Maßnahme handelt.

Die Verteilung der Steuerobjekte und Steuererträge auf Reich, Länder und Gemeinden ist erfolgt durch eine Summe von Rechtsnormen, die unter dem Namen „Finanzausgleich“ zusammengefaßt wird¹⁾.

Zur Zeit ist der Finanzausgleich geregelt durch das Finanzausgleichsgesetz vom 23. Juni 1923 (RGBl. I, S. 494), das durch die 3. Steuernotverordnung und das Gesetz vom 10. August 1925 (RGBl. I, S. 254) erheblich abgeändert ist, sowie durch das Preußische Ausführungsgesetz zum Finanzausgleichsgesetz vom 30. Oktober 1923 (GesS. S. 487), das gleichfalls inzwischen mehrfach²⁾ Änderungen erfahren hat. Soweit die Gemeinden in Betracht kommen, ergibt sich folgende Rechtslage:

a) Von der Reichseinkommen- und Körperschaftssteuer erhalten die Gemeinden und Gemeindeverbände 45 vom Hundert des Landesanteils, d. h. $7,5 \cdot 4,5\% = 33,75\%$ des Gesamtsteueraufkommens, und zwar entfällt von den 45% des Landesanteils 38% auf die Ortsgemeinden unmittelbar, 2% auf die die Gemeinden von den persönlichen Volksschullasten entlastende Landesschulkasse, $2\frac{1}{2}\%$ auf die Landkreise und $2\frac{1}{2}\%$ auf die Provinzen. Dabei ist für die Berechnung das örtliche Aufkommen in den einzelnen Gemeinden nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 21 bis 28 des Finanzausgleichsgesetzes maßgebend.

Eine ganz außerordentliche Befugnis ist den Ministern des Innern und der Finanzen durch Artikel 1 Ziffer 2 der Verordnung vom 11. November 1924 verliehen worden, indem sie in ganz bestimmten Fällen die Steuerüberweisungen für gewisse Gemeinden erhöhen dürfen. Umgekehrt gewährt § 6 der Novelle zum Finanzausgleichsgesetz vom 10. August 1925 (RGBl. I, S. 254) den Landesregierungen oder den von ihnen beauftragten Behörden das Recht, verschwenderischen Gemeinden, d. h. solchen, die ihren Ausgabebedarf im Rechnungsjahr 1926 gegenüber 1914 unter Berücksichtigung der veränderten Verhältnisse über Gebühr anspannen, die ihnen an sich landesrechtlich zustehenden Steuerüberweisungen zu kürzen. Das Reich erteilt hier den Landesregierungen eine Befugnis, die der Landesgesetzgeber bei seiner kommunalfreundlicheren Einstellung vermutlich nicht gewährt haben würde. Der Fall ist als ein Musterbeispiel des Schutzes der Landesregierungen vor ihren eigenen Parlamenten auch staatsrechtlich erwähnenswert.

Die Umsatzsteuer, deren Erträge den Ländern vom 1. Oktober 1925 zu 35%, vom 1. April 1926 zu 30% zufließen, wird in der Weise unterverteilt, daß von dem Landesanteil 6 vom Hundert den Landkreisen, 54 vom Hundert den Ortsgemeinden und der Rest dem Lande zufällt. Jedoch erfolgt die Verteilung nicht nach dem Aufkommen in den ein-

1) Vgl. HENSEL: Steuerrecht. S. 32.

2) Vgl. Verordnung vom 24. November 1923 (GesS. S. 535), Verordnung vom 17. Januar 1924 (GesS. S. 45), Ges. vom 18. Februar 1924 (GesS. S. 113), 2. preuß. Steuernotverordnung vom 19. Juni 1924 (GesS. S. 555), Verordnung zur Ausführung der 3. Steuernotverordnung vom 1. April 1924 (GesS. S. 191), Verordnung vom 11. November 1924 (GesS. S. 732), Verordnung vom 28. März 1925 (GesS. S. 44). Während diese Zeilen gedruckt werden, liegt ein Entwurf zur Änderung des Preuß. Ausf. Ges. z. Fin. Ausgleichsgesetz dem Staatsrat vor; er sieht u. a. eine andere Verteilung der Umsatzsteuer vor.

zelen Gemeinden, sondern nach der sog. „veredelten Einwohnerzahl“, d. h. entsprechend dem im § 10 des preußischen Ausführungsgesetzes zum Finanzausgleichsgesetz niedergelegten Maßstab werden die größeren Orte stärker berücksichtigt als die kleinen.

Zur Sicherung der Gemeinden vor allzu großen Ausfällen hat das Reich den Ländern für die Jahre 1925 und 1926 sowohl eine bestimmte Gesamtüberweisung an Einkommen-, Körperschafts- und Umsatzsteuer als auch an letzterer besonders gewährleistet. Die Garantiebeiträge werden rechtlich dem „örtlichen Aufkommen“ gleichzusetzen sein. Finanzpolitisch stellen sie eine bemerkenswerte Neuerung dar.

Die gesamte Grunderwerbsteuer, abzüglich 4⁰/₁₀₀ für Verwaltungskosten durch das Reich, ist den Kreisen und das volle Aufkommen aus der Kraftfahrzeugsteuer, abzüglich 4⁰/₁₀₀ für Verwaltungskosten durch das Reich, den Provinzen¹⁾ überlassen. Die letztere Steuerüberweisung ist jedoch von den Provinzen an die ausschließliche Zweckbestimmung der öffentlichen Wegeunterhaltung gebunden.

Außerdem erhalten die Landkreise und Provinzen¹⁾ eine jährliche Dotation, deren Höhe 10⁰/₁₀₀ des Landesanteils an der Reichseinkommen- und Körperschaftssteuer beträgt.

Nach § 26 des Finanzausgleichsgesetzes in der Fassung vom 10. August 1925 (RGBl. I, S. 254) sind die Länder und nach deren näherer Bestimmung die Gemeinden zur Erhebung einer Hauszinssteuer verpflichtet, deren Verwendung für Zwecke des allgemeinen Finanzbedarfs und der Neubauförderung in gewissen Grenzen bereits reichsrechtlich festgelegt ist. Es kann zweifelhaft sein, ob das Reich hier nicht seine verfassungsmäßige Zuständigkeit überschritten hat. Zwar darf es nach Art. 11 RV. zur Wahrung wichtiger Gesellschaftsinteressen, wie sie hier vorliegen, Grundsätze über die Zulässigkeit und Erhebungsart von Landesabgaben aufstellen; ein Zwang zur Einführung der Hauszinssteuer, die eine echte Landesabgabe ist, an deren Erträgen das Reich nicht beteiligt ist, durfte m. E. nicht eingeführt werden. Es ist sehr wohl denkbar, daß ein Land die aus der stark bekämpften Hauszinssteuer zu erzielenden Einnahmen auf andere Weise sich verschafft. Auch hier wird man vermuten müssen, daß der Reichsgesetzgeber den Landesregierungen ihre Stellung bei Einführung der unpopulären Steuer erleichtern und, nachdem der Kampf im Reichstage zugunsten dieser Steuerart ausgetragen war, die Wiederholung dieser immerhin im Ergebnis zweifelhaften Kämpfe in soundsoviel Landesparlamenten verhindern wollte. Die Vernünftigkeit dieses Gedankenganges und das eigene Interesse der Landesregierungen dürften Einsprüche gegen dieses objektiv mit der Reichsverfassung nicht in Einklang stehende Verfahren nicht hervortreten lassen.

Von dem Gesamtaufkommen an der preußischen Hauszinssteuer entfällt zur Zeit nach der ersten preußischen Steuernotverordnung in der Fassung vom 21. Oktober 1924 (GesS. S. 619) 6/14 auf die Stadt-

¹⁾ Daß gewisse Verbände, z. B. die Landeskommunalverbände, den Provinzen in dieser Beziehung gleichgestellt sind, bedarf keiner Erörterung.

und Landkreise, wobei für letztere in gewissen Fällen eine teilweise Überweisungspflicht an größere kreisangehörige Gemeinden besteht¹⁾.

Es ergibt sich also, daß vom Reiche und Staate die Ortsgemeinden beteiligt sind an dem Aufkommen aus der Einkommen-, Körperschafts- und Umsatzsteuer, die Kreise an der Einkommen-, Körperschafts-, Umsatz-, Grunderwerb- und Hauszinssteuer sowie an den Staatsdotationen und die Provinzen an der Einkommen-, Körperschafts-, Kraftfahrzeugsteuer und gleichfalls an den Staatsdotationen.

Die Ämter und Landbürgermeistereien erhalten von Steuerüberweisungen unmittelbar nichts, sondern nur einen Anteil an den Dotationen.

b) Während auf die vorstehende Art eine Verteilung der Erträge der einzelnen Steuerarten vorgeschrieben ist, ist daneben aber reichs- wie landesrechtlich auch in gewissem Umfange eine Regelung hinsichtlich der Steuerobjekte getroffen. Alle Steuern, die schon von Reichs wegen erhoben werden, scheiden für die Gemeinden aus. Während es zu Landessteuern vielfach ein gemeindliches Zuschlagsrecht gibt, ist ein solches zu Reichssteuern zwar in § 2 Abs. 2 des Finanzausgleichsgesetzes auf Grund besonderer gesetzlicher Ermächtigung zulässig. Ein Zuschlagsrecht gewährt § 36 a. a. O. den Ländern und mit deren Genehmigung den Gemeinden zur Grunderwerbssteuer. Ob die von den Ländern und Gemeinden energisch geforderten Gemeindezuschläge zur Reichseinkommensteuer wieder zur Einführung gelangen werden, ist noch ungewiß. § 8 des Gesetzes über Änderungen des Finanzausgleichs vom 10. August 1925 (RGBl. I, S. 254) stellt den Gemeinden die Gewährung des Zuschlagsrechts zur Reichseinkommen- und Körperschaftssteuer in Aussicht, nachdem schon in Artikel 8 des 4. Abänderungsgesetzes zum Besoldungssperrengesetz vom 24. März 1925 (RGBl. I, S. 30) als Zeitpunkt des Außerkrafttretens des letzteren die Einführung des Zuschlagrechtes zur Einkommen- und Körperschaftssteuer genannt war. — Damit hat das Reich seine Einführung zum Programmsatz erhoben²⁾. Da auf die Dauer eine Abschiebung des Fehlbetrages in den kommunalen Haushaltsplänen auf die Grund- und Gewerbesteuer — und zwar besonders auf letztere allein — kaum tragbar ist, wird man wohl auf die auf breiteren Schultern ruhenden Zuschläge zur Einkommensteuer nicht verzichten können³⁾. Gewiß trifft es zu, daß eine starke Ungleichmäßigkeit der Besteuerung in den einzelnen Gemeinden die Folge sein wird. Aber tatsächlich bestehen auch jetzt schon starke steuerliche Ungleichheiten in den einzelnen Gemeinden, weil selbst der bestgewählte Verteilungsschlüssel zufällige, systemlose Schlechterstellungen einzelner Gemeinden unvermeidlich macht.

Aber auch wo das Reich ein bestimmtes Objekt nicht besteuert,

1) Wegen der genauen Verteilung der staatlichen Hauszinssteuer vgl. Min.-Erl. v. 15. April 1925 (MinBl.inn.V. S. 435).

2) KREUTER scheint schon einen Rechtsanspruch der Gemeinden anzunehmen, doch mit Unrecht („werden... erhalten“).

3) Vgl. RIEWALD: S. 29ff., MULERT: Kommunalfinanzen S. 47ff.

können es die Gemeinden nun ihrerseits nicht immer in Anspruch nehmen. Denn einmal ist nicht nur die Erhebung gleicher, sondern sogar gleichartiger Steuern, wie das Reich sie erhebt, für die Gemeinden ausgeschlossen; dann aber ist ihnen auch die Erhebung solcher Steuern verboten, die geeignet sind, die Steuereinnahmen des Reiches zu schädigen, sofern überwiegende Interessen der Reichsfinanzen entgegenstehen. Da die letztere Bedingung eine sehr weite Auslegung zuläßt, ist damit eine neue wichtige Schranke für die Gemeinden errichtet.

Zur Ermöglichung der Durchführung dieser Vorschriften sind nach § 5 des Finanzausgleichsgesetzes alle diejenigen kommunalen Steuerordnungen, die von den seitens der Landesregierung bereits etwa vorgelegten Mustersteuerordnungen in wesentlichen Punkten abweichen oder die eine neue, in dem betreffenden Lande bisher nicht geltende Steuerart einführen oder die die mit dem Reichsfinanzminister als zulässig vereinbarten Höchstsätze überschreiten, dem Reichsfinanzminister vor Erlaß vorzulegen. Nur falls dieser innerhalb zweier Wochen keinen Einspruch erhebt, dürfen sie in Kraft gesetzt werden. Nichtbeachtung dieser Vorschrift hat die Ungültigkeit der Steuerordnung zur Folge.

Wenn auch der jetzige § 5 gegenüber der früheren Fassung des Landessteuergesetzes insofern einen Fortschritt zugunsten der Gemeinden darstellt, als nicht mehr jede einzelne Steuerordnung dem Reichsfinanzminister bzw. dem Präsidenten des zuständigen Landesfinanzamts vorzulegen ist, so stellt auch der jetzige Rechtszustand noch einen schweren Eingriff in die Finanzhoheit der Gemeinden dar. Es bedeutet kaum eine Milderung, daß bei Meinungsverschiedenheiten über die Frage, ob eine Gemeindesteuer die Steuereinnahmen des Reiches zu schädigen geeignet ist und ob überwiegende Interessen der Reichsfinanzen der Erhebung der Steuer entgegenstehen, auf Antrag des Reichsfinanzministers oder der Landesregierung — also niemals der betreffenden Gemeinde — die Entscheidung des Reichsrats anrufen werden kann.

aa) An direkten Steuern, die im Rahmen vorstehender Grundsätze erhoben werden dürfen, empfiehlt das Finanzausgleichsgesetz den Ländern und Gemeinden die Erhebung der Grundvermögens- und der Gewerbesteuer. Aber es fügt im § 9 die Einschränkung hinzu, daß die Realsteuern nicht wie Einkommensteuern ausgestaltet werden dürfen und daß eine Doppelbesteuerung durch ein besonders vorgeschriebens Verfahren zu verhindern ist. Von den Realsteuern erhebt der Staat zunächst selbst eine Grundvermögenssteuer auf Grund des Gesetzes vom 14. Februar 1923 (GesS. S. 29). Neuerdings ist noch die Hauszinssteuer nach der Verordnung vom 1. April 1924 als eine von den Ländern und Gemeinden zu erhebende direkte Steuer hinzugetreten; sie wird in Preußen in Form von Zuschlägen zur Grundsteuer erhoben. Naturgemäß wird durch die gemeinsame Inanspruchnahme derselben Steuerquelle durch Länder und Gemeinden der Ertrag für die letzteren stark eingeschränkt.

Es bleibt demnach den Ortsgemeinden

a) das Recht zur Erhebung von Zuschlägen zur Grundsteuer oder auf Grund einer besonderen Steuerordnung gemäß §§ 20ff., §§ 24 bis 27 des Kommunalabgabengesetzes. Jedoch setzt bei Erlaß einer besonderen Grundsteuerordnung das Reichsbewertungsgesetz vom 10. August 1925 den Gemeinden enge Grenzen.

β) das Recht zur Erhebung einer Gewerbesteuer unter Zugrundelegung von Zuschlägen zu den Steuergrundbeträgen nach der Gewerbesteuerverordnung vom 23. November 1923 (GesS. S. 519) in Verbindung mit Artikel II § 4 der Verordnung vom 16. Februar 1924 (GesS. S. 109) und endlich

γ) soweit sie Stadtkreise oder größere kreisangehörige Gemeinden sind, das Recht zur Erhebung von Zuschlägen zur Hauszinssteuer nach § 8 der bereits mehrfach genannten Verordnung vom 1. April 1924 in Verbindung mit der 2. preußischen Steuernotverordnung vom 19. Juni 1924 (GesS. S. 555).

Wie erwähnt kann die Grundsteuer von den Gemeinden in Form von Zuschlägen zur staatlichen Grundvermögenssteuer oder in Form einer besonderen Steuerordnung erhoben werden. Eine besondere Steuerordnung, wie sie jetzt nur allein bei dieser direkten Steuer zulässig ist, bedarf nach § 23 Abs. 6, § 77 des Kommunalabgabengesetzes¹⁾ der Genehmigung des Kreis Ausschusses, für Stadtgemeinden des Bezirksausschusses und der Zustimmung der Minister des Innern und der Finanzen, deren Erteilung auf die Kommunalaufsichtsbehörden zweiter Instanz delegiert werden kann. Für die Aufhebung der Steuerordnung dagegen ist keine Genehmigung erforderlich²⁾.

Vielfach ist es üblich, die Genehmigung unter Maßgaben zu erteilen. Eine solche kann nach richtiger Ansicht³⁾ nur bedeuten, daß die Genehmigung verweigert wird, daß aber die Genehmigungsbehörde nach entsprechender Änderung der Steuerordnung durch die kommunalen Körperschaften zur Erteilung bereit ist. Da m. E. eine „Genehmigung“ im voraus begrifflich ausgeschlossen ist, muß im Gegensatz zum Standpunkt der Praxis eine nochmalige Vorlegung und alsdann die Genehmigung erfolgen⁴⁾.

¹⁾ Die Verordnung v. 13. November 1923 (GS. S. 507) ist am 1. April 1925 außer Kraft getreten. Die Genehmigung ist daher nicht mehr vom Landrat oder Regierungspräsidenten zu erteilen. Da die Beschlußbehörden Anweisungen der Staatsregierung nicht zu befolgen brauchen, hat man damit die Gemeinden von letzterer zwar unabhängiger gemacht. Trotzdem ist zu berücksichtigen, daß auch die Beschlußbehörden hier lediglich als Staatsorgane tätig werden, so daß der Einfluß des Staates als solchen und die Grenzsetzung der kommunalen Selbstverwaltung nach wie vor die gleichen sind.

²⁾ Vgl. STRUTZ: in Stier-Somlos Handbuch II, 2, S. 328.

³⁾ So teilweise STRUTZ in Stier-Somlos Handbuch II, 2, S. 329.

⁴⁾ Richtig KG. Jahrb. Bd. 33 C 82, unrichtig KG. Jahrb. Bd. 34 C 19; OVG. Bd. 55, S. 101 ff. — Soweit es sich nur um unbedeutende Änderungen der Fassung in einer Maßgabe handelt, wird man mit dem OVG. (Bd. 56, S. 144) von vornherein die Erteilung der Genehmigung anzunehmen haben. Für diesen Sonderfall gilt das im Texte Gesagte also nicht.

Im übrigen bedarf der Genehmigung nach § 18 des Grundvermögenssteuergesetzes die Erhebung von Zuschlägen zur staatlichen Grundsteuer über 100⁰/₀; eine Erhebung von Zuschlägen über 150⁰/₀ soll überhaupt nicht stattfinden. Bei Erhebung der Grundsteuer nach besonderen Steuerordnungen mit veränderlichen Steuersätzen ist gleichfalls nach § 54 des Kommunalabgabengesetzes die alljährliche Genehmigung des die Steuersätze festsetzenden Beschlusses erforderlich.

Die Gewerbesteuer kann nach geltendem Rechte von den Gemeinden nur in Form von Zuschlägen zu den Rechnungssätzen, die sich aus der Verordnung vom 23. November 1923 ergeben, erhoben werden, und zwar sind die Hundertsätze einerseits von den Steuergrundbeträgen nach dem Gewerbeertrag und andererseits von den Steuergrundbeträgen nach dem Gewerbekapital oder nach der Lohnsumme zugrunde zu legen. Da die Veranlagung der Steuer nicht durch die Gemeinde, sondern kreisweise durch den Gewerbesteuerausschuß erfolgt, sind nach § 4 der Verordnung die Gemeinden, welche die Lohnsumme an Stelle des Gewerbekapitals als Bemessungsgrundlage wählen, verpflichtet, ihren diesbezüglichen Beschluß der zuständigen Veranlagungsbehörde vor Beginn des Steuerjahres zuzustellen.

Aber abgesehen von dieser Abhängigkeit von dem staatlichen Veranlagungsergebnis bedürfen die Beschlüsse der Gemeinden in verschiedener Beziehung der Genehmigung.

a) Grundsätzlich sollen die Hundertsätze von dem Steuergrundbetrage vom Gewerbekapital und der Lohnsumme die gleichen sein, wie von dem Steuergrundbetrage nach dem Ertrage. Abweichungen über das Doppelte bedürfen nach § 41 der Gewerbesteuerverordnung der Genehmigung der Minister des Innern und der Finanzen, welche ihre Befugnisse auf die Kommunalaufsichtsbehörde zweiter Instanz delegieren können. Da die Minister in ihren Ausführungsbestimmungen — zuletzt noch am 3. April 1925 — angeordnet hatten, daß Anträge auf derartige Genehmigungen unter Einreichung der Haushaltspläne von 1914 und für dasjenige Jahr, für das der Beschluß gelten soll, nachgesucht würden, ergab sich die Notwendigkeit, eine sehr große Zahl von Haushaltsplänen selbst kleiner Gemeinden in der Zentralinstanz nachzuprüfen und die Genehmigung von Abänderungen auf der Ausgabenseite des Etats abhängig zu machen.

Ein derartiges Verfahren ist in einem Staate von der Größe Preußens in jeder Beziehung ein Unding. Eine den örtlichen Verhältnissen fernstehende bürokratische Behörde muß ein Urteil darüber abgeben, was in dem Haushaltsplan einer Ortsgemeinde an Ausgaben überflüssig ist. Das ist in vielen Fällen unmöglich und züchtet gleichzeitig die Unwahrhaftigkeit in der Berichterstattung groß. Eine wirkliche Kontrolle ist, wenn man sie überhaupt für nötig hält, nur durch diejenigen Stellen möglich, die mit den örtlichen Verhältnissen vertraut sind, d. h. durch Landräte und Regierungspräsidenten.

Aber das von den Ministern eingeschlagene Verfahren bildet keineswegs bloß ein Musterbeispiel für die modernen Bestrebungen, möglichst

viel — auch Kleinkram — an die Zentralinstanz heranzuziehen; es verletzt auch das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden¹⁾. Das Gesetz gibt den Ministern lediglich die Befugnis, die Genehmigung zu der Differenzierung der Hundertsätze zu erteilen oder zu verweigern. Wenn sie nun auf dem Umwege über die Erteilung unter Bedingungen die Haushaltsführung der Gemeinden in alle Einzelheiten hinein durchzuprüfen versuchen und den in einer Zwangslage befindlichen Gemeinden mit Vorschlägen kommen, die praktisch als Anordnungen wirken, wie sie ihre Verwaltung zu führen haben, so ist das ein typischer Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung.

β) Ferner bedürfen einer Genehmigung des Kreis Ausschusses, in Städten des Bezirks Ausschusses gemäß § 44 der Gewerbesteuerverordnung alle Zuschlagsbeschlüsse, die 200 vom Hundert der Berechnungsgrundsätze übersteigen, sowie gemäß § 41 a. a. O. Abweichungen, die nicht unter *a* fallen.

γ) In der Regel sind nach § 56 des Kommunalabgabengesetzes die veranlagten Grundvermögens- und Gewerbesteuern mit dem gleichen Prozentsatz heranzuziehen. Ausnahmen hiervon bedürfen der Genehmigung der Minister des Innern und der Finanzen, die jedoch nach Artikel 5 Ziffer 5 des Kriegsgesetzes zur Vereinfachung der Verwaltung vom 13. Mai 1918 die Zulassung solcher Ausnahmen auf die Aufsichtsbehörden höherer Instanz übertragen können.

δ) Genießen Grundbesitzer oder Gewerbetreibende von Veranstaltungen der Gemeinde besondere Vorteile oder verursachen sie der Gemeinde besondere Kosten, so ist, wenn nicht auf einem anderen Wege ein Ausgleich erfolgt, eine von der Regel abweichende Verteilung der Realsteuerzuschläge zulässig; jedoch bedarf auch diese Unterverteilung nach § 56 Abs. 5 des Kommunalabgabengesetzes der Genehmigung durch den Kreis Ausschuß, in Städten durch den Bezirks Ausschuß.

Endlich besteht aber auch noch eine Verknüpfung der Gewerbesteuer mit der Reichseinkommensteuer. Nach Artikel I § 2 Abs. 1 der 1. Ergänzungsverordnung zur Gewerbesteuerverordnung vom 16. Februar 1924 (GS. S. 109) macht der für die Vorauszahlungen auf die Gewerbesteuer nach dem Ertrage maßgebende Steuergrundbetrag 10 vom Hundert des Betrages aus, der nach §§ 5 bis 8, 12 des Artikels I der 2. Reichssteuernotverordnung und ihren Ergänzungen für das Einkommen aus dem gewerbesteuerpflichtigen Betriebe als Vorauszahlung auf die Reichseinkommen-, bzw. Körperschaftssteuer zu zahlen ist. Ermäßigungen der letzteren (vgl. z. B. Abschnitt III des Steuerüberleitungsgesetzes) wirken sich demnach auf die Einnahmen der Gemeinden aus.

Einer besonderen Steuer unterliegt der Wanderlagerbetrieb. Zu den in § 4 des Wanderlagersteuergesetzes in der Fassung vom 14. April 1925 (GS. S. 49) genannten Sätzen dürfen von den Gemeinden Zuschläge

¹⁾ STIER-SOMLO (Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer. 2. Heft, S. 175) sieht gleichfalls in den Zentralisierungsbestrebungen den Hauptfeind der Selbstverwaltung.

— bei mehr als 100⁰/₀ mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde — erhoben werden. Die ganze Steuer fließt den Gemeinden zu, in denen der Betrieb stattfindet.

Bei der Hauszinssteuer ist den Gemeinden überhaupt nur die Erhebung von Zuschlägen bis zu 100⁰/₀ der Grundvermögenssteuer gestattet (§ 8a der Verordnung vom 1. April 1924).

Für die Besteuerung des Reiches durch die Gemeinden gilt jetzt das Gesetz über die gegenseitigen Besteuerungsrechte des Reiches, der Länder und der Gemeinden vom 10. August 1925 (RGBl. I S. 252). Danach können die Gemeinden das Reich zu ihren Grund- und Gebäudesteuern für alle diejenigen Grundstücke heranziehen, die nicht zu einem öffentlichen Dienste oder Gebrauche bestimmt sind. Die Deutsche Reichsbahn darf nicht in stärkerem Umfange als am 12. Februar 1924 zur Grundsteuer herangezogen werden. Der Gewerbesteuer sind die Betriebe und Verwaltungen des Reiches nur insoweit unterworfen, als sie nach den Vorschriften des Körperschaftssteuergesetzes körperschaftssteuerpflichtig sind¹⁾. Es bestimmt also ein Reichsgesetz hier auch im einzelnen den Umfang, in dem das Reich zur kommunalen Gewerbesteuer herangezogen werden kann. Zur Leistung von Zuschüssen für die sog. Wohngemeinden sind die Reichsbetriebe nach §§ 8 ff. a. a. O. verpflichtet.

Umgekehrt können die Gemeinden vom Reiche nach den Vorschriften des Körperschafts- und Vermögenssteuergesetzes sowie zu Verkehrssteuern, soweit es sich bei den einzelnen Handlungen nicht um Ausübung öffentlicher Gewalt handelt, herangezogen werden. Im übrigen gilt, abgesehen von einzelnen theoretisch unwichtigen Sondervorschriften, der Grundsatz der Gegenseitigkeit. —

Während der Einfluß des Staates auf die Erhebung direkter Steuern durch die Ortsgemeinden, wie gezeigt, ein sehr großer ist, tritt er bei Kreisen und Provinzen etwas zurück. Freilich erheben diese nicht direkte Steuern von den Bürgern wie die Gemeinden, sondern sind in logischer Fortentwicklung des Begriffs „Gemeindeverband“ — ebenso wie nach § 27 des preußischen Ausführungsgesetzes zum Finanzausgleichsgesetz die Ämter und Landbürgermeistereien — auf Umlagen auf die in ihrem Bezirke befindlichen Gemeinden niederer Art angewiesen. In Abweichung von dem nicht mehr geltenden § 7 des Kreis- und Provinzialabgabengesetzes sind nach §§ 16 ff. des preußischen Ausführungsgesetzes zum Finanzausgleichsgesetz die Kreisumlagen zu erheben nach Hundertsätzen einerseits der an sämtliche Gemeinden des Kreises für das Rechnungsjahr fallenden Überweisungen aus der Reichseinkommen- und Körperschaftssteuer und andererseits der vom Staate veranlagten Realsteuern²⁾. Einer Genehmigung des

¹⁾ § 2 der preuß. Gewerbesteuerverordnung v. 23. November 1923 kann also jetzt auch auf Reichsbetriebe zur Anwendung kommen; §§ 3, 6 des außer Kraft getretenen Reichsbesteuerungsgesetzes vom 15. April 1911 standen dem bisher entgegen.

²⁾ Daß nach § 51 der Gewerbesteuerverordnung der Steuergrundbetrag nach der Lohnsumme nur zur Hälfte zur Anrechnung kommt, ist für die Zwecke vorliegender Arbeit ohne Bedeutung.

Bezirksausschusses bedarf es nur für Beschlüsse der Kreistage, die für die Zuschläge zu den Überweisungen und zu den Realsteuern ein höheres Verhältnis als 1:3 und die die Zuschläge zur Grundsteuer anders als die zur Gewerbesteuer festsetzen, sowie für solche Beschlüsse, die die Überweisungssteuern mit mehr als 50% Zuschlägen belasten.

Die Steuerverteilung in den Provinzen geschieht nach einem Umlagebeschluß unter Zugrundelegung entsprechender Vorschriften wie bei den Kreisen gemäß § 23 des preußischen Ausführungsgesetzes zum Finanzausgleichsgesetz; jedoch bedürfen diese Beschlüsse in keinem Falle staatlicher Genehmigung.

bb) An indirekten Steuern wird für die Ortsgemeinden durch § 13 des Finanzausgleichsgesetzes die Verpflichtung begründet, eine Vergnügungssteuer zu erheben. Auf Grund besonderer Ermächtigung hat der Reichsrat Mindestgrundsätze erlassen, die von den Gemeinden nicht unterschritten werden dürfen. Es liegt hier also ein ganz starker Eingriff in das kommunale Finanzrecht vor. Die Vorschrift des § 13 steht in Widerspruch mit der Reichsverfassung, da es sich hier weder um eine vom Reiche ganz oder teilweise in Anspruch genommene Steuer handelt noch eine der besonderen Voraussetzungen des Artikels 11 erfüllt ist.¹⁾ Außerdem besteht nach § 32 des preußischen Ausführungsgesetzes zum Finanzausgleichsgesetz für die Kreise das Recht und gemäß § 16 des Reichsfinanzausgleichsgesetzes für die in der Zeit vom 1. Januar 1919 bis 31. Dezember 1924 erworbenen Grundstücke sogar die Pflicht zur Erhebung einer Wertzuwachssteuer.

Aus den gleichen Gründen wie § 13 scheint mir § 16 des Reichsfinanzausgleichsgesetzes, soweit er eine Pflicht der Gemeinden begründen soll, verfassungswidrig.

Ferner wird den Gemeinden in § 16 des Kommunalabgabengesetzes die Einführung von Hundesteuern ausdrücklich gestattet. Getränkesteuern, jedoch jetzt nicht für Mineralwässer und künstlich bereitete Getränke, dürfen nur von denjenigen Gemeinden erhoben werden, die sie bereits vor dem 1. September 1925 eingeführt hatten (vgl. § 14a Finanzausgleichsgesetz) und auch von diesen nur noch bis zum 31. März 1927; hinsichtlich der Getränkesteuern ist der Reichsfinanzminister außerdem berechtigt, mit Zustimmung des Reichsrats nähere Grundsätze zu erlassen.

Ausdrücklich für zulässig erklärt ist ferner durch § 16a des Kommunalabgabengesetzes in der Fassung vom 26. August 1921 (Ges. S. 495) die sog. Wohnungsluxussteuer, eine Steuer, deren sozialer Charakter zwar allgemein anerkannt wird, die aber angesichts einschränkender Reichsratsbestimmungen keine angemessenen Erträge einzubringen pflegt²⁾.

¹⁾ Man kann insbesondere kaum sagen, daß wichtige Gesellschaftsinteressen hier zu wahren seien; aber selbst wenn man das annehmen wollte, enthalten jedenfalls die Richtlinien des Reichsrats weit mehr als bloße Grundsätze über die Zulässigkeit und Erhebungsart der Vergnügungssteuer.

²⁾ Vgl. ASCH: S. 49f.

Im übrigen sind die Gemeinden — nicht aber die Provinzen — zur Erhebung indirekter Steuern innerhalb der durch die Reichsgesetze gezogenen, im Vorstehenden angedeuteten Grenzen befugt. Die Rechtsgrundlagen bilden für die Ortsgemeinden und Kirchspielslandgemeinden¹⁾ § 13 des Kommunalabgabengesetzes und für die Kreise § 6 des Kreis- und Provinzialabgabengesetzes in der Fassung vom 26. August 1921. Ausdrücklich ausgeschlossen ist für die Gemeinden die Beherbergungssteuer, ferner die Neueinführung und Erhöhung der Steuern vom Verbrauch von Kartoffeln und Brennstoffen aller Art²⁾. Es steht auch nichts im Wege, daß die Gemeinden den Ertrag indirekter Steuern von vornherein für einen bestimmten Zweck erheben. Während also nach preußischem Recht die Erhebung direkter Zwecksteuern unzulässig ist, gilt gleiches nicht für indirekte Zwecksteuern.

Die weitgehende Freiheit in der Wahl der Steuerobjekte, die die Gemeinden hinsichtlich der indirekten Steuern wenigstens scheinbar³⁾ haben, enthebt sie aber doch nicht jeglicher staatlicher Einwirkung. Daß das Reich Vorlegung der Steuerordnung vor Einführung einer neuen Steuerart in dem betreffenden Lande verlangt, wurde bereits erwähnt. Außerdem aber bedarf jede Steuerordnung — und nur auf Grund einer solchen darf gemäß §§ 18, 77 des Kommunalabgabengesetzes und §§ 6, 19 Ziffer 2 des Kreis- und Provinzialabgabengesetzes eine indirekte Steuer erhoben werden — der Genehmigung durch den Bezirksausschuß, in Landgemeinden durch den Kreisausschuß.

2. Die Gemeinden dürfen nach § 2 des Kommunalabgabengesetzes und §§ 2, 22 des Kreis- und Provinzialabgabengesetzes von der Befugnis, Steuern zu erheben, nur insoweit Gebrauch machen, als die sonstigen Einnahmen nicht ausreichen⁴⁾, ein Satz, von dem es nur bezüglich der Hunde-, Getränke- und Vergnügungssteuern Ausnahmen gibt. An Abgaben, auf die sie in erster Linie angewiesen sind, kommen zunächst in Betracht die Gebühren.

Die Erhebung von Gebühren ist den Gemeinden, Kreisen und Provinzen sowie im Falle des § 6 des Kommunalabgabengesetzes auch den Ämtern und Landbürgermeistereien gestattet. Die Gemeinden sind sogar verpflichtet, Gebühren zu erheben, wenn eine Veranstaltung einzelnen Gemeindeangehörigen oder einzelnen Klassen von solchen vorzugsweise zugute kommt und nicht auf andere Weise eine Mehrbelastung

¹⁾ Ämter und Landbürgermeistereien dürfen keine indirekten Steuern erheben.

²⁾ Die Streichung der Worte „Fleisch, Getreide, Mehl, Backwerk“, die in der alten Fassung des § 14 KomAbgGes. noch standen, folgt aus § 13 des Zolltarifgesetzes vom 25. Dezember 1902 (RGBl. S. 303); vgl. MOLL-KREUTER: S. 10. — Für die kommunale Beherbergungssteuer vgl. § 44 Umsatzsteuer-Ges. In dem Verbot an die Gemeinden, diese Steuer künftig nicht mehr zu erheben, liegt keine Verfassungsverletzung, wie HAEKEL (Preuß. Verw. Bl. Bd. 46, S. 532) anzunehmen scheint.

³⁾ Tatsächlich geraten sie sehr leicht mit gleichartigen Reichssteuern in Konflikt, da das Reich bereits seinerseits die wichtigsten wirtschaftlichen Vorgänge besteuert.

⁴⁾ Vgl. zu diesem Grundsatz STRUTZ in Stier-Somlos Handbuch II, 2, S. 295.

dieser Personen erfolgt. Ihrer Rechtsnatur nach sind die Gebühren ein öffentlich-rechtliches Entgelt für Leistungen der Kommunen¹⁾.

Man hat hinsichtlich der Einflußnahme des Staates auf die Gebührenerhebung durch die Gemeinden die beiden Arten von Gebühren: Benutzungs- und Verwaltungsgebühren zu unterscheiden.

Erstere werden erhoben nach vorher fest zu bestimmenden Sätzen für die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung und sind in der Regel so bemessen, daß die Gebühren die Verwaltungs- und Unterhaltungskosten der Veranstaltung, einschließlich Verzinsung und Tilgung des investierten Kapitals, decken. Sie bedürfen insbesondere seit dem Kriegsgesetz zur Vereinfachung der Verwaltung vom 13. Mai 1918 (GesS. S. 53), das auf Grund wiederholter Verlängerung noch gilt, grundsätzlich keiner Genehmigung; jedoch bestehen hiervon für die Ortsgemeinden drei Ausnahmen. Genehmigungspflichtig ist einmal die Ermäßigung von Gebühren für die Benutzung von Veranstaltungen mit Benutzungszwang für alle Gemeindeangehörigen oder für einzelne Klassen derselben, ferner der Beschluß, durch den ein gleitender Berechnungsmaßstab eingeführt wird, und endlich die Erhebung von Schulgeld²⁾. Zuständig zur Genehmigung ist in den beiden ersten Fällen der Kreisausschuß, in Städten der Bezirksausschuß, im letzten Falle die Schulaufsichtsbehörde.

Verwaltungsgebühren sind dagegen solche Gebühren, welche für einzelne Handlungen kommunaler Organe erhoben werden. Das Recht zur Erhebung von Verwaltungsgebühren gründet sich für die Gemeinden auf § 6 Abs. 2 des Kommunalabgabengesetzes, für die Kreise und Provinzen auf §§ 4, 24 des Kreis- und Provinzialabgabengesetzes. Sachlich ist ihre Erhebung einmal beschränkt durch § 3 Abs. 1 des Verwaltungsgebührengesetzes vom 29. September 1923 (GesS. S. 455), das an sich nur für die Erhebung staatlicher Verwaltungsgebühren gilt, jedoch die Erhebung kommunaler Verwaltungsgebühren und ähnlicher Abgaben für diejenigen Fälle ausschließt, in denen staatliche Gebühren erhoben werden oder Gebührenfreiheit vorgeschrieben ist. Ferner dürfen Verwaltungsgebühren nicht für den mündlichen Verkehr und für im wesentlichen im öffentlichen Interesse liegende Amtshandlungen erhoben werden. In neuester Zeit sind die staatlichen Verwaltungsgebühren erheblich eingeschränkt worden, und es ist den Gemeinden empfohlen worden, auch ihrerseits von einer zu weitgehenden Erhebung von Verwaltungsgebühren abzusehen.

Im Gegensatz zu Benutzungsgebühren bedarf jede kommunale Verwaltungsgebührenordnung staatlicher Genehmigung³⁾.

Im übrigen ist noch zu erwähnen, daß die Gemeinden von den in

¹⁾ Vgl. MOLL in Stier-Somlos Handbuch II, 2, S. 550.

²⁾ Daß das Schulgeld für die Benutzung höherer Lehranstalten eine Gebühr ist, hat das OVG. (Bd. 77, S. 281) zutreffend entschieden.

³⁾ Für die Gemeinden, Ämter und Land-Bürgermeistereien §§ 8, 77 KomAbg.-Ges., für die Kreise §§ 4, 19 Ziff. 1, für die Provinzen §§ 24, 33 Ziff. 1 Kr.- u. Prov.-AbgGes.

Auftragsangelegenheiten auf Grund der staatlichen Verwaltungsgebührenordnung erhobenen Verwaltungsgebühren selbst 50 vom Hundert behalten dürfen. Überlassung der ganzen Gebühr steht in Aussicht.

3. Gemeinden, Kreise und Provinzen können endlich nach einem besonders geregelten Verfahren zur Deckung der Kosten für Herstellung und Unterhaltung von Veranstaltungen, welche durch das öffentliche Interesse erfordert werden, Beiträge erheben, Kreise und Provinzen mit der Einschränkung, daß diese nur Grundeigentümer und Gewerbetreibende heranziehen dürfen¹⁾. Über die gegen den Plan der Veranstaltung erhobenen Einwendungen entscheidet bei Landgemeinden der Landrat, bei Städten und Kreisen der Regierungspräsident und bei Provinzen der Minister des Innern²⁾.

4. Zu erwähnen sind endlich noch drei wichtige Eingriffsmöglichkeiten des Staates in das kommunale Abgabenrecht: die Fälle des § 59 und des § 78 des Kommunalabgabengesetzes, sowie des § 6 des Gesetzes über Änderung des Finanzausgleichs vom 10. August 1925 (RGBl. I, S. 254). Sie gehören eigentlich schon in das Gebiet der Kommunalaufsicht, müssen aber in diesem Zusammenhang erwähnt werden³⁾.

Wenn eine Gemeinde bis zum Ablauf der ersten drei Monate eines Rechnungsjahres keinen Beschluß über die Höhe der Zuschläge zu den Realsteuern gefaßt hat, so ist der Landrat als Vorsitzender des Kreisausschusses, bei Städten der Regierungspräsident, befugt, mit Zustimmung des Kreis- bzw. Bezirksausschusses zur Deckung des Steuerbedarfs das Verhältnis der Zuschläge zu den Realsteuern oder, soweit besondere Steuerordnungen bestehen, die nach diesen Steuerordnungen zu erhebenden Steuersätze festzusetzen. Eine Zwangsetatisierung im engeren Sinne ist das nicht⁴⁾, da sich eine solche nach der Fassung des § 19 des Zuständigkeitsgesetzes und der entsprechenden Vorschriften für die anderen Gemeindearten in erster Linie auf die Ausgabeseite des Etats bezieht, während hier eine die Einnahmeseite unmittelbar berührende Festsetzung erfolgt. Auch infolge des gänzlich anderen Verfahrens empfiehlt es sich hier nicht, von „Zwangsetatisierung“ zu sprechen.

¹⁾ Vgl. § 9 KomAbgGes., §§ 5, 24 Kr.- u. ProvAbgGes. — Eine besondere Heranziehung der kreisangehörigen Gemeinden bzw. der provinzzugehörigen Kreise, denen eine Einrichtung in besonderem Maße zugute kommt, ist durch Mehrbelastung einzelner Teile nach §§ 10, 27 Kr.- u. ProvAbgGes. möglich.

²⁾ Vgl. §§ 9, 77 KomAbgGes.; §§ 5, 19, 24, 33 Kr.- u. ProvAbgGes.

³⁾ Wie der MinErl. v. 24. April 1925 (MinBl.inn.Verw., S. 495) zutreffend hervorhebt, findet § 59 KAG. auch Anwendung, wenn die Gemeinde für 1924 die Bemessungsgrundlage der Gewerbekapitalsteuer gewählt hatte und sie auch im Jahre 1925 beibehält, nicht aber, wenn sie die Bemessungsgrundlage ändert, d. h. von der Lohnsummen- zur Gewerbekapitalsteuer übergeht und umgekehrt. Für diesen Fall gilt Art. II § 4 der 2. Erg.Verordn. z. Gewerbesteuerverordnung vom 28. März 1925 (GS.S. 41), wonach beim Übergang von der Lohnsummen- zur Gewerbekapitalsteuer die bisherigen Zuschläge zur ersteren bis 30. Juni 1925 forterhoben werden dürfen. Das ist aber nicht der Fall beim Übergang von der Gewerbekapital- zur Lohnsummensteuer. ⁴⁾ Das scheint HENSEL: Steuerrecht. S. 45, anzunehmen.

Nach § 78 a. a. O. kann die Aufsichtsbehörde, wenn kommunale Abgabenordnungen den Vorschriften des Kommunalabgabengesetzes zuwiderlaufen, ohne weiteres die Abänderung oder Ergänzung unter Angabe der Gründe anordnen. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Grundbesitzabgabenordnungen bei wesentlicher Veränderung der Besitzverhältnisse. Wichtig ist, daß es im ersten Fall keiner besonderen Beanstandung im Sinne der Gemeindeverfassungsgesetze und des Zuständigkeitsgesetzes bedarf und daß im Gegensatz zu dieser hier sogleich eine positive Anordnung getroffen werden kann, wobei freilich das Gesetz die Einführung neuer und die Erhöhung bestehender indirekter Steuern verbietet und ein besonderes Rechtsmittelverfahren zuläßt.

Nach § 6 der Novelle zum Finanzausgleichsgesetz können die Landesbehörden denjenigen Gemeinden, die im Vergleich zum Jahre 1914 ihren Ausgabebedarf „über Gebühr“ anspannen, die Überweisungen aus der Einkommen- und Körperschaftssteuer kürzen.

5. Besonders wichtig sind heute die gewerblichen Unternehmungen¹⁾ der Gemeinden, welche eine Fülle bisher kaum erörterter Rechtsfragen in sich bergen. Die Überschüsse aus ihnen sollen in erster Linie die Ausgaben der Gemeinden decken; dabei ist notwendige Voraussetzung, daß durch die Einnahmen des Betriebes zunächst die gesamten Unkosten gedeckt werden, ein Grundsatz, von dem in der Inflationszeit häufig abgewichen werden mußte.

Unter den kommunalen werbenden Betrieben, die Einnahmen für die Gemeinden abzuwerfen pflegen, stehen unter besonderer staatlicher Aufsicht die Sparkassen²⁾, Kommunalbanken und Forsten.

a) Die kommunalen Sparkassen besitzen regelmäßig keine eigene Rechtspersönlichkeit, sondern sind kommunale Einrichtungen³⁾.

Nach § 52 des Zuständigkeitsgesetzes bedarf die Errichtung von Sparkassen durch Stadt-, Landgemeinden, Kreise und andere nicht über den Umfang eines Kreises hinausgehende kommunale Verbände der staatlichen Genehmigung durch den Oberpräsidenten, der jedoch die Genehmigung nur unter Zustimmung des Provinzialrats versagen darf. Außerdem bedarf es einer Genehmigung der Statuten der Sparkassen und deren Änderungen. Auch eine Auflösung der Sparkassen durch den Staat ist vorgesehen. In ihrer laufenden Geschäftsführung werden die Sparkassen durch die Kommunalaufsichtsbehörden überwacht, denen die Genehmigung von bestimmten Verwaltungshandlungen zusteht⁴⁾.

¹⁾ Vgl. hierzu BUCK i. Stier-Somlos Handbuch II 2, S. 125 ff.

²⁾ Daß die Sparkassen zu den Betriebsverwaltungen (im Sinne des § 8 des Kommunalbeamtengesetzes) gehören, hat auch das OVG. (Bd. 39, S. 47 ff.) festgestellt.

³⁾ Vgl. v. KNEBEL-DÖBERITZ: S. 47; dort auch näheres Material über alle älteren Sparkassenfragen. Der gleichen Ansicht OVG Bd. 50, S. 94; Bd. 74, S. 53, wo das Für und Wider erörtert ist; ferner RGZ. Bd. 34, S. 3; JKG. Bd. 2, S. 78. — Über die Bedeutung der Garantiepflicht der Gemeinden vgl. OVG. i. Preuß. Verw.Bl. Bd. 19, S. 280.

⁴⁾ So müssen z. B. nach Ziffer 7 des Sparkassenreglements die Sparkassenüberschüsse zur Bildung des Reservefonds und dürfen erst nach dessen Ansammlung

Die Geschäftsführung der Sparkassen ist im einzelnen durch das wiederholt abgeänderte Sparkassenreglement vom 12. Dezember 1838 (Ges.S. 1839 S. 5) geregelt; die neuesten Grundsätze für die Aufsichtsführung sind in dem Ministerialerlaß vom 25. Mai 1924 (MinBl.inn.Verw. S. 579) ausführlich festgestellt.

b) Die Geldentwertung der Nachkriegszeit mit ihrem Aufblühen des Bankgeschäfts hatte zur Folge, daß auch die seit der Kriegswirtschaft in starkem Maße kaufmännisch orientierten Gemeinden und Gemeindeverbände sich von den Fesseln der in ihrem Geschäftskreise stark eingengten Sparkassen lösten und eigene kommunale Banken gründeten¹⁾. Rechtsform und Organisation der Kommunalbanken sind verschieden; sie kommen als reine kommunale Veranstaltungen oder als Gesellschaften des Handelsrechts, z. B. Aktiengesellschaften, vor. Im letzteren Falle ist ihre Zulassung leichter zu erreichen.

Da die Sparkassen, welche bereits am 16. Januar 1920 bestanden, nach richtiger Ansicht sich auch nachher gemäß § 10 des inzwischen aufgehobenen Kapitalfluchtgesetzes in der Fassung vom 26. Januar 1923 (RGI. I, S. 91) auf den geschäftsmäßigen Betrieb von Depot- und Depositengeschäften ausdehnen durften, stand insofern einer Umwandlung der Sparkassen in Kommunalbanken nichts im Wege. Künftig bedarf es in allen Fällen für die Neubildung von Kommunalbanken oder Umwandlung von Sparkassen in solche regelmäßig der ministeriellen Genehmigung auf Grund des § 4 Abs. 2 Ziffer 5 des Gesetzes über Depot- und Depositengeschäfte vom 26. Juni 1925 (RGI. I, S. 89). Die Grundsätze, nach denen die auf Grund freien Ermessens versagbaren Genehmigungen erfolgen, ergeben sich aus dem in Anmerkung 1 zitierten Erlaß; sie beruhen hauptsächlich auf Zweckmäßigkeitserwägungen.

Da mit der Gründung von Kommunalbanken regelmäßig langjährige Belastungen der Gemeinden ohne gesetzliche Verpflichtungen verbunden sind, ist nach den Gemeindeverfassungsgesetzen für die grundlegenden Beschlüsse außerdem in allen Fällen eine staatliche Genehmigung erforderlich²⁾.

Diese Tatsache ist um dessentwillen von Bedeutung, weil die staatliche Einwirkung auf die Gründung von Landesbanken unter Garantie des Provinzialverbandes lediglich darauf beruht, daß nach §§ 119, 120 der Provinzialordnungen³⁾ sowohl die Beschlüsse der Provinziallandtage, welche eine neue Belastung des Provinzialverbandes für länger und nur mit besonderer Genehmigung der Aufsichtsbehörde (vgl. Ziff. 19) zu anderen öffentlichen Zwecken verwendet werden (vgl. auch besonders das Ges. v. 23. Dezember 1912 — GesS. 1913, S. 3—). Auch den Kommunen dürfen Darlehen aus den Sparkassenfonds nur mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde zur Erfüllung neuer Bedürfnisse gewährt werden (vgl. OVG. Bd. 71, S. 100, Bd. 74, S. 49). — Neben der Genehmigung des Regierungspräsidenten zur Entnahme des Sparkassenüberschusses bedarf es noch der besonderen Genehmigung des Bezirksausschusses usw. zur Aufnahme einer Anleihe überhaupt (so richtig OVG. Bd. 74, S. 49).

¹⁾ Vgl. zum Folgenden den sehr beachtenswerten Erlaß des Ministers des Innern vom 13. April 1923 (MinBl.inn.Verw. S. 421).

²⁾ Z. B. § 176 Ziff. 6 der östl. KrO.

³⁾ §§ 92f. hess. ProvO.

als 5 Jahre begründen, als auch die Reglements über die Provinzialdarlehnskassen ministerieller Genehmigung bedürfen.

c) Eingehende Sonderregelungen beschränken vielfach die Gemeinden von Staats wegen in der Verfügungsberechtigung über ihre Forsten¹⁾. Man unterscheidet bezüglich des Grades der staatlichen Einwirkung auf die kommunale Forstwirtschaft drei Systeme.

Am unfreiesten stehen die Gemeinden bei dem sog. System der Beförsterung, das in Hessen-Nassau, Hohenzollern und Teilen von Hannover üblich ist. Hier erfolgt der gesamte forsttechnische Betrieb durch staatliche Forstbeamte. Selbst die Tätigkeit kommunaler Waldschutzbeamten wird staatlicherseits überwacht. Den Gemeinden bleibt lediglich die Verwertung der Nutzungen und die Geldverwaltung überlassen.

Das System der staatlichen Betriebsaufsicht gilt in den östlichen Provinzen, Rheinland und Westfalen. Die Bewirtschaftung der Forsten geschieht hier nach Betriebsplänen, die vom Regierungspräsidenten vorher zu genehmigen sind. Auch bei der Prüfung der Anstellung kommunaler Forstbeamten behält sich der Staat ein Mitwirkungsrecht vor.

Bei dem System der staatlichen Vermögensaufsicht bei Selbstverwaltung der Forsten durch die Gemeinden, wie es in Schleswig-Holstein, Teilen von Hannover und in der Stadt Frankfurt am Main vorkommt, fehlt es an Sonderbestimmungen für die Forstverwaltung. Hier können die Staatsbehörden lediglich auf Grund der ihnen nach den Gemeindeverfassungsgesetzen²⁾ zustehenden Aufsichtsrechte für die Erhaltung der Waldsubstanz sorgen.

d) Im übrigen gilt der Grundsatz, daß die Gemeinden hinsichtlich der Verwaltung ihrer werbenden Betriebe der staatlichen Einwirkung in nicht stärkerem Maße unterliegen als hinsichtlich ihrer gesamten Hoheitsverwaltung. Ja, die Gemeinden haben durch Einkleidung ihrer wirtschaftlichen Betriebe in ein privatrechtliches³⁾ Gewand die Möglichkeit, darüber hinaus noch den staatlichen Einfluß weiter einzudämmen.

6. Neben diesen ihren ordentlichen Einnahmen spielt aber für die Gemeindeverbände die Aufnahme von Krediten eine besondere Rolle. Nach geltendem Recht ist zu unterscheiden zwischen langfristigen Krediten oder Anleihen und kurzfristigen Krediten und bei ersteren wieder zwischen solchen Anleihen, die im Inlande aufgenommen werden, und solchen, bei denen das Geld aus dem Auslande kommt.

Für Anleihen beider Arten bedarf es zunächst der Genehmigung der in den Gemeindeverfassungsgesetzen vorgesehenen Aufsichtsbehörden,

¹⁾ Einzelheiten und zum folgenden vgl. BITTER: Bd. 1, S. 712ff., sowie die von mir in Brauchitsch: Bd. 2, 20. Aufl., S. 360ff. angeführten gesetzlichen Vorschriften.

²⁾ Auch die neuen Entwürfe (§ 101 StO., § 112 LGO) sehen ein Einspruchsrecht der Aufsichtsbehörden gegen Veräußerung von Gemeindewäldern vor.

³⁾ Die Gründe, weshalb eine Form des Privatrechts gewählt wird, liegen zwar meist auf anderen Gebieten.

und zwar für Landgemeinden des Kreisausschusses¹⁾, für Städte und Kreise des Bezirksausschusses²⁾ und für Provinzen des Ministers des Innern³⁾.

Soll eine Anleihe als Inhaberanleihe im Inlande aufgelegt werden, so bedarf es nach § 795 Abs. 1 BGB. und nach dem Gesetz über die Ausgabe wertbeständiger Schuldverschreibungen vom 23. Juni 1923 (RGBl. I, S. 407) staatlicher Genehmigung, die für die Gemeindeverbände von den Ministern des Innern und der Finanzen zu erteilen ist.

Die Grundsätze für die Erteilung der Genehmigung sind in den Ministerialerlassen vom 9. Januar 1924 (MinBl.inn.Verw. S. 46) und vom 27. Januar 1925 (MinBl.inn.Verw. S. 136) niedergelegt. Sie verfolgen den Zweck, einmal die Sicherheit kommunaler Anleihen außer Zweifel zu stellen und dann eine ungesunde Konkurrenz und Höherentreiben der Anleihebedingungen für alle derzeitigen und künftigen öffentlichen Anleiheschuldner, insbesondere für den Staat zu verhindern.

Sowohl zur unmittelbaren wie mittelbaren (z. B. durch die Giroverbände) Aufnahme von ausländischen Krediten oder Begebung von Anleihen im Auslande sowie zur Übernahme von Bürgschaften oder Stellung von Sicherheiten für solche Kredite oder Anleihen bedürfen Gemeinden und Gemeindeverbände nach dem Gesetz vom 21. März 1925 (RGBl. I, S. 27)⁴⁾ dann der Genehmigung des Reichsfinanzministers, wenn nach den Vorschriften der Landesgesetzgebung die Aufnahme solcher Kredite, Bürgschaften usw. nicht einer Genehmigung durch die Aufsichtsbehörden unterliegt. In Preußen bestand, wie ausgeführt, für Anleihen bereits seit langem eine Genehmigungspflicht, so daß damit die Befugnisse des Reichsfinanzministers nicht in Frage kommen. Da aber die Genehmigung in den meisten Fällen durch Beschlußbehörden zu erteilen war, diese aber an die Weisungen des Ministers nicht gebunden sind, wurden zur Erzielung einer gleichmäßigen Handhabung der Genehmigung der Auslandsanleihen durch § 3 des preußischen Gesetzes vom 9. Juli 1925 (GS. S. 89) die zwischen der Reichsregierung und den Ländern vereinbarten „Richtlinien über die Aufnahme von Auslandskrediten durch Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände“ für die Dauer dieses Abkommens auch für die Beschlußbehörden für verbindlich erklärt⁵⁾.

¹⁾ § 114 östl. LGO., § 53 westf. LGO., § 97 rhein. LGO., § 42 hann. LGO., § 78 hess. LGO. — Über die Begriffe „vorübergehender Kredit“ und „kurzfristiger Kredit“ vgl. Erl. d. Min. d. Inn. u. Fin. v. 1. August 1925 (MinBl.inn.Verw. S. 857).

²⁾ § 50 östl. StO., § 49 westf. StO., § 46 rhein. StO., § 119 hann. StO., § 71 schlesw. StO., § 56 hess. StO. — § 176 östl. KrO., § 91 westf. KrO., § 91 rhein. KrO., § 103 hann. KrO., § 139 schlesw. KrO., § 104 hess. KrO. ³⁾ § 119 ProvO.

⁴⁾ Dieses Gesetz ist an die Stelle der Verordnung des Reichspräsidenten vom 29. Januar 1925 getreten. Diese Verordnung war m. E. ungültig, weil sie in Art. 48 RV., auf den sie sich berief, keine ausreichende Stütze fand. Die „öffentliche Sicherheit“ war selbst bei systemloser Aufnahme von Kommunalkrediten in keiner Weise gefährdet (vgl. BRECHT i. Brauchitsch. 20. Aufl. 2. Bd. S. 46. 1925, sowie die dort S. 45 zit. Literatur).

⁵⁾ Vgl. Erl. v. 27. Januar 1925 (MinBl.inn.Verw. S. 137).

Um nun auch die unmittelbare Einwirkung des Reichsfinanzministers auf die Aufnahme kurzfristiger Auslandskredite durch die Gemeinden auszuschalten, wurde landesrechtlich durch §§ 1, 2 des Gesetzes vom 9. Juli 1925 die Genehmigung der Aufsichtsbehörde¹⁾ vorgeschrieben. Dadurch ist zwar die Sicherstellung der Reichsinteressen durch die mit den Ländern getroffene Vereinbarung erzielt, andererseits aber ist eine unmittelbare Aufsicht des Reichsfinanzministers über die Gemeinden beseitigt.

Endlich hat das Reich in den §§ 40ff. des Gesetzes über Ablösung öffentlicher Anleihen vom 16. Juli 1925 (RGBl. I, S. 137) durch Aufwertungsbestimmungen einschneidend mit zwingenden Vorschriften in die Anleihewirtschaft der Gemeinden eingegriffen.

II. Schon der vorstehende summarische Überblick über das geltende Recht zeigt, daß Reich und Staat das Finanzwesen der Gemeinden aufs stärkste beeinflussen. Insbesondere ist bemerkenswert, daß das Reich sogar außerhalb des Weges der ordentlichen Gesetzgebung auf das Finanzwesen der Gemeinden einwirkt. Das zeigt sich nicht nur in dem Erfordernis der Genehmigung für die Einführung neuer indirekter Steuern, sondern noch mehr in dem in § 69 des Finanzausgleichsgesetzes in der Fassung vom 10. August 1925 festgelegten Aufsichtsrecht über die Gemeinden, das, wenn der Reichsrat nicht für die Selbständigkeit der Gemeinden eintritt, sehr ausbaufähig ist und der freien Betätigung der Gemeinden enge Grenzen setzen kann. Freilich ist immerhin bemerkenswert, daß der Abs. 2 die äußerst weitgehende, ein unmittelbares Aufsichtsrecht begründende Fassung des Steuer-ausschusses nicht erhalten hat.

Die verwaltungsmäßige Einflußnahme auf das Finanzwesen der Gemeinden ruht trotzdem heute noch in der Hauptsache bei den Landesbehörden. Alle finanziell bedeutsamen Handlungen der Gemeinden bedürfen in irgendeiner Form staatlicher Genehmigung. Dabei sind gewisse Maßnahmen, insbesondere auf steuerlichem Gebiete den Gemeinden überhaupt untersagt.

Grundsätzlich wird man hiergegen nichts einzuwenden haben. Denn einmal erfordert die Mehrheit der Steuergläubiger eine grundsätzliche Regelung des gesamten Abgabewesens durch eine Stelle, dann aber muß das Publikum vor allzu rigorosen und ungerechten Eingriffen der Gemeinden in seine Vermögensrechte, wie sie bei den vielfach einseitig politisch orientierten und nicht selten ihren Aufgaben nicht gewachsenen kommunalen Körperschaften leicht vorkommen können, nach Möglichkeit gesichert werden, und endlich müssen Fehler in der Finanzwirtschaft verhindert werden, die sich oft noch über Jahrzehnte hin über die Interessen der einzelnen Gemeinde und ihrer derzeitigen Organe hinaus auswirken.

Daß die Finanzreform der Nachkriegszeit die Kommunalfinanzen

¹⁾ Also nicht der Beschlußbehörde. Die Unterscheidung von lang- und kurzfristigem Kredit hat also für das geltende Recht ihre Bedeutung. Das Reichsgesetz v. 21. März 1925 hat für Preußen nunmehr kein praktisches Interesse meh

schwer erschüttert hat, ist eine Tatsache, die in Theorie und Praxis ebenso allgemein¹⁾ anerkannt ist, wie daß den Gemeinden eine größere finanzielle Selbständigkeit wiedergegeben werden muß, da nur dann auch eine selbständige Aufgabenpolitik möglich ist.

Alle Fragen, die mit diesem Problem zusammenhängen, gehören zum Finanzausgleich, dessen Regelung das Kernstück des gesamten öffentlichen Finanzwesens ist und daher einer kurzen Kritik unterworfen werden soll.

In seinen Einzelheiten ist der heutige Finanzausgleich zwischen Reich, Ländern und Gemeinden noch ziemlich systemlos und das Ergebnis eines gegenseitigen Abhandelns, eines Kompromisses. Wendet man das von HENSEL²⁾ aufgestellte Schema an, das zwar weder systematisch noch praktisch für uns besondere Vorteile bietet, so kann man sagen, daß im Verhältnis von Reich und Ländern einerseits und Gemeinden andererseits eine konkurrierende Finanzhoheit mit einer Mischung des bestimmten Finanzertragssystems (hinsichtlich Einkommen-, Umsatzsteuer usw.) mit dem Einzelobjektssystem besteht, ersteres verbunden mit dem Überweisungssystem, wozu noch zur Zeit die Garantie bestimmter Mindestsummen bei einzelnen Steuern hinzutritt. Im Verhältnis der Gemeindeverbände verschiedener Art zueinander haben wir bei den direkten Steuern (außer Hauszinssteuer) das ungebundene Matrikularsystem, bei den indirekten Steuern sowohl das System der Einzelobjektshoheit (B a α I des HENSELSchen Schemas) als auch des bestimmten Finanzertrages (B a β I des HENSELSchen Schemas). Wie hoch aber die Beteiligung der Gemeinden an den einzelnen Steuern ist, dafür fehlen feste Grundsätze.

Vorschläge derverschiedensten Art sind in den letzten Jahren gemacht worden, wie man den bisherigen Mißständen abhelfen solle. Die Gesetzgebung hat mehrfach Neuverteilungen vorgenommen. Auch die freiwilligen Vereinigungen von Städten, Kreisen usw. haben sich mit den Möglichkeiten einer Neuverteilung eingehend beschäftigt³⁾. Bei allen diesen Arbeiten ist zu berücksichtigen, daß es sich regelmäßig um Vorschläge von Interessenten handelt, die naturgemäß subjektiv gefärbt sind.

Beachtenswert sind die von MULERT⁴⁾ aufgestellten folgenden Forderungen für eine Reform:

1. Vereinfachung der Steuern,
2. Abkehr des Reiches von den Aufgaben, die den Ländern zugewiesen sind,
3. reinliche Scheidung der Steuerquellen,
4. möglichste Wiederherstellung der Selbständigkeit der einzelnen Steuergläubiger bezüglich der ihnen zugewiesenen Steuern unter dem Gesichtspunkt der Selbstverantwortung.

¹⁾ Vgl. HELFRITZ: S. 118f.; DERSELBE: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer. 2. Heft. 1925. S. 237ff.; MITZLAFF: Zukunftsaufgaben, S. 13. * ²⁾ Finanzausgleich. S. 22ff.

³⁾ Die Forderungen des Reichsstädtebunds vgl. in „Kommunale Rundschau“. 1924. S. 297. ⁴⁾ A. a. O., S. 28ff.

Der erste Punkt ist im wesentlichen ein steuertechnischer. Die Zahl der Steuern, aus denen die Gemeinden eine Besserung ihrer Finanzen zu ziehen hofften, ist sehr groß. HENSEL¹⁾ zählt als zur Zeit in Berlin geltende Steuern folgende auf: Schankerlaubnissteuer, Motorbootsteuer, Pferdsteuer, Hundsteuer, Mietkraftwagensteuer, Kraftdroschensteuer, Vergnügungssteuer, Beherbergungssteuer (inzwischen fortgefallen), Bier- und Branntweinsteuer, Wertzuwachssteuer. Andere Städte haben ihrer noch mehr und andere einzuführen versucht, aber meistens schon ihren Plan vor der Durchführung aufgegeben. Man denke nur beispielsweise an die Klavier-, Dienstbotensteuer u. a. Man kann den Gemeinden dringend raten, hier weitgehend abzubauen und sich auf einige wenige Steuern zu beschränken, diese aber dann lieber nach höheren Sätzen zu erheben. Da die meisten Steuern auch von dem, den sie treffen sollen, abgewälzt werden können, ist es unbedenklich, das Ziel, bestimmte Personen und Vorgänge zu treffen, aufzugeben, da es doch nicht erreicht wird²⁾.

Das zweite Problem kann nur im Rahmen einer staatsrechtlichen Behandlung näher untersucht werden. Es läuft auf den Kampf zwischen Unitarismus und föderalistischen Bestrebungen hinaus; es wird vielfach übersehen, daß der Finanzausgleich im inneren Zusammenhang steht oder doch stehen sollte mit der Aufgabenverteilung zwischen Reich, Ländern und Gemeinden. In Überspannung unitarischer Tendenzen hat das Reich in der Nachkriegszeit bald hier, bald dort einen Vorstoß unternommen; das Ergebnis ist eine im ganzen ziemlich systemlose Aufgabenverteilung, die ein ebenso systemloses Finanzsystem zur Folge hat. In welcher Richtung anscheinend noch weitere Pläne des Reiches gehen, hat MULERT in seiner zitierten Schrift³⁾ angedeutet. Jedoch beginnt, wie das Beispiel der 3. Steuernotverordnung vom 14. Februar 1924 beweist, die Dämmerung, daß es mit solchen Einzeleroberungen des Reiches im Aufgabenkreis der Länder nicht weiter geht. Da die gänzliche Unitarisierung heute als gescheitert anzusehen ist, wird das Reich den angetretenen Rückzug fortsetzen müssen, wenn das Finanzsystem zusammen mit einer systematischen Aufgabenverteilung saniert werden soll⁴⁾.

Die gerade für die Gemeinden wichtigste ist die dritte Forderung MULERTS. Eine reinliche Scheidung der Steuerquellen ist die Voraussetzung für den Aufbau eines übersichtlichen Systems. Heute parti-

1) Steuerrecht. Tabelle V.

2) Abschließende Untersuchungen darüber, wer in Wirklichkeit die einzelnen Steuern trägt, fehlen so gut wie ganz. Es kann aber nicht zweifelhaft sein, daß ein großer Teil der Steuern von dem vom Gesetz gewollten Steuerträger abgewälzt wird. ³⁾ Vgl. S. 30f.

4) Insofern mag auch SRIER-SOMLOS (Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer. 2. Heft. 1925. S. 135) Behauptung zutreffen, daß seit 1920 bereits ein Wandel zugunsten der Gemeinden eingetreten sei. Tatsächlich bestehen aber die wesentlichsten Beschränkungen der Kommunen auf finanziellen Gebiete noch fort und sind, abgesehen von dem Versprechen der Einführung des Zuschlagsrechts zur Reichseinkommensteuer durch die Novelle zum Finanzausgleichsgesetz vom 10. August 1925, eher vermehrt als vermindert.

zipieren an einer einzigen Steuer wie der Einkommensteuer fünf „Gläubiger“: Reich, Staat, Provinzen, Kreise und Gemeinden.

Ob allen berechtigten Wünschen Genüge geleistet wird, wenn dem Reiche die Zölle, Verbrauchs- und Vermögenssteuern, dem Lande die Einkommensteuer und ein Anteil an der Umsatzsteuer und endlich den Gemeinden die Realsteuern und die Hauszinssteuerbeteiligung zugbilligt würden, ist weniger eine Frage des Systems als ein Rechenexempel. Wesentlich aber ist, daß damit eine scharfe Scheidung nach dem Objekt durchgeführt wäre, was einen wichtigen Vorteil bedeuten würde.

Aber nicht nur eine Verteilung der Steuerquellen, sondern auch eine Einheitlichkeit in der formellen Steuergesetzgebung, besonders in den Veranlagungs- und Bewertungsgrundsätzen usw. für Reich, Länder und Gemeinden ist erstrebenswert. Gewiß könnte man die gesamte formelle Steuergesetzgebung dem Reiche überlassen; jedoch besteht dagegen das Bedenken, daß es leicht zu einem Mangel an Eifer und Sorgfalt führt, wenn eine andere Stelle über die Erhebungsart und Höhe der Steuern beschließt als die, der diese zugute kommen. Das Reichsbewertungsgesetz vom 10. August 1925 (RGBl. I, S. 142) bildet hier einen wichtigen Fortschritt, der die Grenze des im Augenblick praktisch Erreichbaren wohl schon berührt.

Grundsätzlich würde zwar mit der Erfüllung der Vereinheitlichungsforderungen der Spielraum der Gemeinden noch mehr eingeengt werden, aber dieser Nachteil könnte durch Gewährung eines freien Zuschlagsrechts (Anteilsbestimmungsrechts) zu einzelnen Steuerarten¹⁾ oder, wenn eine Scheidung nach Steuerobjekten erfolgt, durch Freiheit der Beschlußfassung über die Steuerhöhe wieder beseitigt werden. Man wird keinesfalls die Steuerhoheit der Gemeinden soweit einschränken dürfen, daß letzteren keine Verantwortung mehr hinsichtlich der Beschlußfassung über die Höhe der Steuern bleibt; nur diese treibt zu sparsamer Wirtschaftsweise.

Damit ist bereits der vierten Forderung MULERTS das Wort geredet: die Verteilung der einzelnen Steuerquellen an die verschiedenen Steuergläubiger muß zur selbständigen Ausschöpfung erfolgen, „so daß an die Stelle der Überweisung die eigene Beschlußfassung der verantwortlichen Körperschaften treten muß“. Kommunalpolitisch liegt hier ein Punkt, dessen Erfüllung die Voraussetzung jeglicher Selbstverwaltung bildet. Wenn oben als ein Wesensmerkmal der Selbstverwaltung das Handeln „unter eigener Verantwortung“ anerkannt wurde, so beschränkt zwar die Überweisung fester Steuerbeträge an sich nicht die Selbstverwaltung als solche, engt aber ihr Betätigungsfeld erheblich ein, und zwar um so stärker, je geringer der Spielraum zur selbständigen Schaffung eigener Steuereinnahmen der Gemeinden ist und je mehr das Reich von Gesetzes wegen den Gemeinden bestimmte

¹⁾ Die für die Einführung der Zuschläge sprechenden Gründe vgl. bei MULERT: a. a. O., S. 50 ff.

Einnahmen der Art oder gar der Höhe nach garantiert¹⁾). Insofern steckt das heutige Finanzrecht der kommunalen Selbstverwaltung sehr enge Grenzen.

Literatur²⁾. ADICKES-NOELL: Kommunalabgabengesetz. 1911. — ASCH: Gemeindefinanzen und Gemeindesteuern in Preußen. 1924 — v. BITTER: Handwörterbuch der preußischen Verwaltung. 2. Aufl. Bd. 2. 1911. — v. BRAUCHITSCH: Verwaltungsgesetze. 2. Bd. 1925. — BUCK: Etat-, Kassen- und Zahlungs-, Rechnungs- und Revisionswesen, Vermögens-, Schulden- und Anleihewesen. Stier-Somlos Handbuch des kommunalen Verfassungs- und Verwaltungsrechts. Bd. 2, Teil 2, S. 1ff. 1917. — FRIEDRICH: Preuß. Kommunalabgabengesetz. 1922. — HÄEKEL: Die Steuerreform und der neue Finanzausgleich. Kommunale Rundschau 1925, S. 49ff. — HÄEKEL: Die Bedeutung des neuen Finanzausgleichs und der neuen Reichssteuergesetze für die Finanzwirtschaft der Länder und Gemeinden. Preuß.Verw.Bl. Bd. 46, S. 527ff. — HELFRITZ: Grundzüge des Kommunalrechts. 1922. — HENSEL: Der Finanzausgleich im Bundesstaat. 1922. — HENSEL: Steuerrecht. 1924. — HOG-ARENS: Die preußische Gewerbesteuer. 1924. — v. KNEBEL-DOEBERITZ: Das Sparkassenwesen in Preußen. 1907. — KREUTER: Beeinflussung der Gemeindehaushalte durch die Berufsvertretungen. Mitteilungen der Steuerstelle des Reichsverbandes der deutschen Industrie. Bd. 8. S. 243ff. 1925. — v. LAER: Finanzelend und Steuerhoheit. 1924. — LEIDIG: Preußisches Stadtrecht. 1891. — LUTHER-MITZLAFF-STEIN: Die Zukunftsaufgaben der deutschen Städte. 1922. — MARKULL: Kommentar zum Gesetz über den Finanzausgleich. 1923. — MOLL: Das Recht der Gebühren. Stier-Somlos Handbuch des kommunalen Verfassungs- und Verwaltungsrechts. Bd. 2, Teil 2, S. 549ff. 1917. — MOLL: Das Recht der Beiträge. Ebendort, S. 577ff. — MOLL-KREUTER: Die preußischen Kommunalabgabengesetze. 2. Aufl. 1925. — MULERT: Kommunal финанzen und Reichssteuerreform. 1925. — NÖLL-FREUND: Kommunalabgabengesetz. 8. Aufl. 1919. — OEHLER: Die besondere Gewerbesteuer in den Gemeinden des rheinisch-westfälischen Industriegebiets. 1922. — RIEWALD: Die Erhebung von Zuschlägen zur Reichseinkommensteuer durch Länder und Gemeinden. Sondernummer „Goldetats und Steuern 1924“ der Wirtschaftlichen Nachrichten aus dem Ruhrbezirk. — ROHDE: Die Neuregelung der preußischen Gewerbesteuer. 1924. — RÖTINGER: Das Gesetz über den Finanzausgleich. 1923, nebst Nachtrag 1924. — SCHEURMANN: Das kommunale Steuerwesen in Deutschland, England und Frankreich. Rundschau für Kommunalbeamte. 1925, S. 7. — SCHOEN: Das Recht der Kommunalverbände in Preußen. 1897. — SCHWARZ: Die indirekten Steuern. Stier-Somlos Handbuch des kommunalen Verfassungs- und Verwaltungsrechts. Bd. 2, Teil 2, S. 523ff. 1917. — STRUTZ: Das Recht der Gemeindeabgaben im allgemeinen. Ebendort, S. 285ff. — STRUTZ: Das Kreis- und Provinzialabgaberecht. Ebendort, S. 340ff. — SUCKOW: Die Erhebung einer vorläufigen Steuer vom Grundvermögen. 1923. — SURÉN: Die Hauszinssteuer in Preußen, nebst Nachträgen. 1924.

¹⁾ Steuereinnahmegarantien sind m. E. aus kommunalpolitischen Gründen grundsätzlich zu verwerfen. Auf der einen Seite werden dadurch dem Garanten unabhängig von seinen Einnahmen u. U. drückende Verpflichtungen auferlegt, andererseits untergraben sie das Verantwortungsgefühl des Empfängers noch mehr als das System unbestimmter Überweisungen. Der Empfänger wird der kommunalpolitisch sehr heilsamen Sorge um die Aufbringung der zur Deckung seiner Ausgaben notwendigen Geldmittel entzogen und wird damit leicht der Sparsamkeit in der Wirtschaftsführung entwöhnt.

²⁾ So interessant die Literatur über diese Fragen im allgemeinen ist, so handelt es sich doch fast ausschließlich um Arbeiten, die rein politische oder finanzwirtschaftliche Zwecke verfolgen, rechtswissenschaftlich aber nur sehr wenig bieten, oder es sind Gesetzeskommentierungen, deren Verwertung für die vorliegende Arbeit nur in geringem Umfange in Betracht kommt. Die rein politische Literatur ist in obiger Übersicht nicht berücksichtigt. Vielfach ist das Material auch schon veraltet.

Siebentes Kapitel.

Der Einfluß von Staat und Reich auf den sachlichen Wirkungskreis der Gemeinden.

In den beiden vorhergehenden Kapiteln war von den Mitteln die Rede, welche die Voraussetzung für jede Tätigkeit der Gemeinden bilden. Es sind nun die sachlichen Aufgaben, die die Gemeinden mit den erwähnten Mitteln zu erfüllen haben, zu erörtern.

I. 1. Bereits seit der Städteordnung von 1808¹⁾ wird ein Unterschied gemacht zwischen dem eigenen und dem übertragenen Wirkungskreis der Gemeinden. Die herrschende Meinung in der Literatur hat diese Scheidung bis auf den heutigen Tag aufrechterhalten. Ihre Wiedergabe erscheint wenigstens in ihren Hauptvertretern zum Verständnis notwendig.

HAENEL²⁾ nimmt den übertragenen Wirkungskreis dort an, wo die Funktionen des Selbstverwaltungskörpers die eigenen Rechte des Staates sind und bleiben. Die Selbstverwaltung liegt hier ausschließlich in der gesetzlich begründeten Berechtigung der Selbstverwaltungskörper, die Verwaltungsbefugnisse des Staates in seinem Namen auszuüben. Freilich hat auch in diesem Falle der Selbstverwaltungskörper kraft Gesetzes ein Recht auf die Vertretung des Staats. Dagegen bezeichnet der eigene Wirkungskreis den Inbegriff derjenigen Verwaltungsbefugnisse, bei denen der Unterschied zwischen Zuständigkeit und Ausübung nicht hervortritt, sondern als deren rechtliches Subjekt der Selbstverwaltungskörper selbst in seiner verfassungsmäßigen Organisation nach positivem Rechte anerkannt ist.

Für ROSIN³⁾ ergibt sich die Grenze zwischen dem eigenen und dem sog. — nur zur Ausübung — übertragenen Wirkungskreise aus dem gegenseitigen Zweckverhältnis von Staat und Gemeinden. Danach umfaßt der eigene Wirkungskreis der Gemeinde die ganze Sphäre, in welcher dieselbe ihre Lebenszwecke durch die ihr eigenen Mittel realisiert, der sog. übertragene dagegen den gesamten Kreis ihrer Tätigkeit im Interesse des Staates durch Verwendung seiner Machtmittel in seinem Namen und Auftrage. Das einzige Kriterium des übertragenen Wirkungs-

1) Vgl. SCHOEN: Kommunalverbände. S. 200; MEIER, ERNST: S. 309.

2) Staatsrecht. S. 137f. — Dem Sinne nach der gleichen Ansicht ist wohl das Oberverwaltungsgericht, wenn es Bd. 78, S. 72 Auftragsangelegenheiten für diejenigen kommunalen Angelegenheiten erklärt, „die durch die Gemeinden kraft des ihnen vom Staate übertragenen Rechtes im Auftrage des Staates erledigt werden.“

3) Annalen 1883, S. 292ff.

kreises ist das, daß die Gemeinde im Namen und Interesse des Staates staatliche Rechte ausübt. Es findet also eine Rückbeziehung des Gegensatzes im Wirkungskreise der Gemeinde auf den Gegensatz des Staats- und Gemeindeinteresses statt.

BLODIG¹⁾ unterscheidet die eigenen und übertragenen Angelegenheiten gleichfalls danach, ob die Selbstverwaltungskörper sie im eigenen Namen oder im Namen und Auftrage des Staates besorgen. Wer in der Selbstverwaltung eine Verwaltung selbständiger Körperschaften des öffentlichen Rechts sieht, für den ergibt sich der Gegensatz von selbst. Wer aber die Selbstverwaltung als eine Form der Staatsverwaltung auffaßt, muß den Gegensatz nicht in der Verschiedenheit von Korporations- und Staatsangelegenheiten finden, sondern darin, daß die Gemeinden auf einige dieser Geschäfte einen nicht willkürlich entziehbaren Rechtsanspruch haben, andere ihnen nur vorübergehend im Auftrage des Staates überlassen sind.

Die Selbstverwaltung im übertragenen Wirkungskreise, bei der die Gemeindebeamten vom Standpunkte des Staates stets als staatliche Ehrenbeamte fungieren, ist freilich eigentlich nicht echte Selbstverwaltung, sondern Teilnahme an der Staatsverwaltung mit dem Vorzug für die Gemeinden, daß bei allen Ermessensfragen die ausführenden Beamten die kommunalen Interessen ihrer Gemeinde berücksichtigen können und dürfen. Im übrigen sind die übertragenen Angelegenheiten stets obligatorische, die Selbstverwaltungsangelegenheiten obligatorische oder fakultative Aufgaben²⁾.

Noch etwas weiter als die vorgenannten Schriftsteller geht v. BLUME³⁾. Nach ihm liegt der Unterschied zwischen übertragenen und eigenen Aufgaben der Gemeinden nicht nur darin, in wessen Namen sie besorgt werden, sondern gerade darin, daß letztere den Gemeinden „zweck-eigen“ sind, erstere nicht.

In entgegengesetztem Sinne wie v. BLUME äußert HATSCHEK⁴⁾, daß die Scheidung von eigenem und übertragenem Wirkungskreis zwar de lege lata bestehe, daß sie aber zu Unzuträglichkeiten führe und de lege ferenda überflüssig sei; sie habe nur einen Sinn gehabt, als man ein Grundrecht der Gemeinden auf Tätigkeit im eigenen Wirkungskreise anerkannte. Heute aber, wo der Umfang des eigenen wie übertragenen Wirkungskreises nur aus dem Gesetz zu bestimmen ist, führe sie zu einem circulus vitiosus.

HELFRITZ⁵⁾ billigt die Unterscheidung in den eigenen und übertra-

¹⁾ Selbstverwaltung. S. 34 ff.

²⁾ Das betont auch besonders NEUWIEM: Zweckverbände, S. 8 f. — Im übrigen wird die Unterscheidung nach eigenen und übertragenen Aufgaben auch gemacht von JELLINEK (System, S. 293 f.), SCHULZE (Staatsrecht, Bd. I, S. 409), BRAUSE (S. 25). v. KÖNIG (S. 49) stellt fest, daß es gleichgültig ist, ob die Aufgaben vom Staate oder vom Reiche übertragen seien; er verteidigt die Unterscheidung hauptsächlich aus Zweckmäßigkeitgründen.

³⁾ Selbstverwaltung. S. 12, 28, Anm. 6. ⁴⁾ Selbstverwaltung. S. 103.

⁵⁾ Vertretung, S. 54 ff., 62 ff. — Grundzüge (S. 7 f.): Die Aufzählung der Angelegenheiten des übertragenen Wirkungskreises läßt die Annahme gerechtfertigt

genen Wirkungskreis, weil er sie aus rechtssystematischen wie praktischen Gründen für zweckmäßig hält. Sowohl hinsichtlich der Zuständigkeit der einzelnen kommunalen Organe als auch bezüglich der Aufgaben und der Art ihrer Erfüllung sei sie bedeutsam. Besonderen Wert legt HELFRITZ darauf, daß der eigene Wirkungskreis durch die zahlreichen wirtschaftlichen Aufgaben der Gemeinden ausgefüllt werde. Wenn es auch außerordentlich zu begrüßen ist, daß endlich einmal die große Bedeutung der Kommunen auf wirtschaftlichem Gebiete die verdiente Würdigung erfährt, so hat es doch den Anschein, als ob sich für HELFRITZ damit die Tätigkeit der Gemeinden im eigenen Wirkungskreise erschöpft. Dann aber wäre eine Gleichsetzung von eigenem Wirkungskreis und Selbstverwaltungsangelegenheiten, wie sie HELFRITZ an anderer Stelle¹⁾ vornimmt, unhaltbar, da es Selbstverwaltungsangelegenheiten — z. B. Jugendwohlfahrtspflege — auch außerhalb des wirtschaftlichen Tätigkeitsfeldes der Gemeinden gibt.

Am schärfsten spricht wohl KORMANN²⁾ den schon von BLODIG angedeuteten Gedanken aus, daß der Staat innerhalb des eigenen Wirkungskreises die Gemeinden als selbständige, von ihm, dem Staate, getrennte Personen anerkennt, im Gegensatz zu dem übertragenen Wirkungskreis, wo die Gemeinde lediglich als Organ, d. h. als unselbständiger Teil des Staates fungiere. Das Wort von dem eigenen Wirkungskreise bezieht sich also nicht auf die Frage der Rechtsquelle, sondern der rechtlichen Natur, ähnlich wie das Patentrecht trotz staatlicher Verleihung ein „eigenes“ Privatrecht ist.

Wenn LUTHER³⁾ die Unterscheidung von eigenen und übertragenen Angelegenheiten zwar für praktisch schwierig, aber für juristisch klar hält, so steht dem die Ansicht derjenigen Autoren entgegen, die die Existenz dieses Unterschieds überhaupt bestreiten.

PREUSS⁴⁾ verneint die Existenz des Gegensatzes von übertragenen und eigenen Angelegenheiten, weil dieser nur aus dem begrifflichen Unterschiede von Staat und Gemeinde zu gewinnen sei. Da aber ein solcher Unterschied für ihn nicht vorhanden ist, muß damit auch die Unterscheidung selbst fallen. Das von PREUSS später doch anerkannte Unterscheidungsmerkmal zwischen Staat und Gemeinde, die Gebietshoheit, liefert freilich für die Abgrenzung von eigenem und übertragenem Wirkungskreis auch kein Merkmal.

erscheinen, daß HELFRITZ alles andere zum eigenen Wirkungskreis rechnet; die Fassung (S. 8) gibt zu Mißverständnissen Anlaß. Die Trennung in wirtschaftliche und obrigkeitliche Angelegenheiten und eigenen und übertragenen Wirkungskreis entsprechen sich nicht, wie ausdrücklich zu betonen ist. Beispielsweise liegt die Ausübung des Rechts auf Steuerhoheit im eigenen Wirkungskreis, stellt sich aber als obrigkeitliche Maßnahme dar. Die Frage hat besondere praktische Bedeutung, weil nach § 132 LVG. der Gemeindevorsteher nur in Ausübung obrigkeitlicher Gewalt Zwangsmaßnahmen anwenden darf.

¹⁾ Arch. f. öff. Recht Bd. 5, S. 116.

²⁾ Annalen 1911, S. 859.

³⁾ Zukunftsaufgaben, S. 46f.

⁴⁾ Gemeinde, Staat, S. 228ff.

Dagegen erklärt SCHOEN¹⁾ die Unterscheidung nach eigenem und übertragenem Wirkungskreis für bedeutungslos, weil alle Aufgaben den Gemeinden vom Staate übertragen seien. Der Ansicht von SCHOEN hat sich im wesentlichen v. MANGOLT²⁾ angeschlossen.

Die Übersicht über das Problem wird noch dadurch erschwert, daß zu dem übertragenen Wirkungskreis sowohl diejenigen Aufgaben gerechnet zu werden pflegen³⁾, bei welchen die Verfassung des Selbstverwaltungskörpers selbst darüber entscheidet, durch wen und wie die übertragenen Rechte ausgeübt werden sollen, als auch solche Angelegenheiten, bei denen das ausführende Organ ein von Staats wegen von vornherein bestimmter Kommunalbeamter ist. Die Bedeutung dieses Unterschiedes wird in der Literatur verschieden beurteilt.

LEIDIG⁴⁾ sieht ihn für sehr wichtig an, weil kommunalen Einzelbeamten auch Aufgaben übertragen werden können, welche nicht notwendig zum Wirkungskreis der Gemeinde gehören und welche ihnen nur deshalb übertragen würden, weil sie am bequemsten zur Hand seien. Diese Ansicht ist nur verständlich, wenn man der hier im 1. Kapitel abgelehnten Auffassung folgt, als ob es von Natur aus — also vorgeseztliche (immanente) — eigene Aufgaben der Gemeinden gebe.

NEUWIEM⁵⁾ dagegen hält die Unterscheidung danach, ob gewisse Aufgaben den Gemeinden oder einzelnen ihrer Beamten übertragen sind, nicht für grundlegend, da auch die Besorgung dieser letzteren Geschäfte zum übertragenen Wirkungskreis der Gemeinde insofern gehöre, als diese dem Staate in ihren Organen geeignete Träger für die Erfüllung der Staatsaufgaben zur Verfügung stellen und meistens auch die Kosten tragen muß.

2. Die Unterscheidung in eigenen und übertragenen Wirkungskreis ist in der Form, in der sie sich in der älteren Literatur findet und von der neuen trotz richtiger Ansätze im alten Sinne immer wieder aufgenommen wird, heute praktisch bedeutungslos. Sie beruht auf der rein theoretischen Frage, ob es von Natur aus „eigene“ Aufgaben der Gemeinden überhaupt gibt. Meine Stellungnahme hierzu folgt aus den Ausführungen des ersten Kapitels; aus ihnen ergibt sich insbesondere, daß heute alle Rechte und Aufgaben der Gemeinden, gleichviel ob es sich um eigene oder im Namen des Staates zu besorgende Angelegenheiten handelt, auf staatlicher Verleihung beruhen. Insofern besteht ein Gegensatz zwischen eigenem und übertragenem Wirkungskreis nicht. Das hat HATSCHEK im Kernpunkt richtig erkannt, obwohl er alsdann annimmt, daß von der lex lata dieser Unterschied noch gemacht werde. Ein Unterschied existiert freilich, aber, wie gezeigt werden soll, nicht dieser. Auch in der Ansicht von BLODIG steckt ein richtiger Gedanke, wenn er feststellt, daß die Aufgaben des sog. übertragenen Wirkungskreises nicht zur Selbstverwaltung gehören.

¹⁾ Kommunalverbände, S. 14. ²⁾ Aufsichtsrecht, S. 20ff., 70, Anm. 1.

³⁾ Vgl. BLODIG: Selbstverwaltung, S. 36. ⁴⁾ Stadtrecht, S. 444.

⁵⁾ Zweckverbände, S. 9.

Es ist zutreffend, daß die heutige Gesetzgebung einen Unterschied in den Aufgaben der Gemeinden kennt. Die neuen Entwürfe der Gemeindeverfassungsgesetze, die ja in der Hauptsache bloß das geltende Recht formulieren, sprechen von Selbstverwaltungs- und Auftragsangelegenheiten. Selbstverwaltungsangelegenheiten sind nach § 68 des Regierungsentwurfs der Städteordnung diejenigen Aufgaben der Gemeinden, welche sie unter eigener Verantwortung führen, Auftragsangelegenheiten dagegen nach § 89 a. a. O. solche, bei denen diese eigene Verantwortung fehlt, wo insbesondere ein staatliches Ausweisungsrecht besteht. Schon aus den Darlegungen des 1. Kapitels¹⁾ ergibt sich, daß die Ausführung von Auftragsangelegenheiten nicht Selbstverwaltung sein kann, weil die Gemeinde hier lediglich als Organ des Staates in Betracht kommt. Aus diesem Grunde ist es sinnlos, von einer „Selbstverwaltung im übertragenen Wirkungskreise“ zu reden, sofern man unter übertragenem Wirkungskreis entsprechend moderner Auffassung die Summe der Auftragsangelegenheiten der Gemeinden bezeichnet.

Es bedeutet m. E. eine Verkennung der Entwicklung, die sich mit der Unterscheidung nach dem eigenen und übertragenen Wirkungskreis vollzogen hat und der die Literatur vielfach unbewußt gefolgt ist, wenn HELFRITZ die alte und neue Unterscheidung identifiziert.

Stand früher in Frage, ob gewisse Angelegenheiten eigene der Gemeinden oder ob sie lediglich auf Grund staatlicher Übertragung von den Gemeinden und ihren Organen zu erledigen seien, so kommt es heute darauf an, ob sie auf Verantwortung und mit Anweisungsmöglichkeit des Staates von den Gemeinden und ihren Beamten als staatlichen Organen besorgt werden oder ob sie von den Gemeinden allein unter eigener Verantwortung zu führen sind. Wenn man also überhaupt noch einen gesetzlich zum Ausdruck kommenden Unterschied zwischen eigenem und übertragenem Wirkungskreis erkennen will, so muß man die Wandlung in der Bedeutung dieser Gegenüberstellung beachten. Hat man aber das einmal erkannt, so ist nun die Beibehaltung der alten Ausdrucksweise irreführend. Es ist daher ein Fortschritt, wenn im Anschluß an die zuerst im Art. 72 der preußischen Verfassung verwendete Ausdrucksweise die Entwürfe der Gemeindeverfassungsgesetze eine neue Terminologie bringen, die in der Praxis bereits seit Jahren üblich ist²⁾.

Zweifelhaft kann nur sein, ob man zu den Auftragsangelegenheiten nur diejenigen Aufgaben rechnen soll, die den Gemeinden als solchen übertragen sind, wobei das kommunale Organ, dem die Ausführung obliegt, sich nach den Gemeindeverfassungsgesetzen bestimmt — wie z. B. heute nach § 1 des Wohnungsmangelgesetzes in der Fassung vom 26. Juli 1923 (RGBl. I, S. 754) —, oder ob die Übertragung von Staatsaufgaben unmittelbar auf kommunale Beamte — wie z. B. die Verwaltung der Polizei durch den Bürgermeister nach § 62 der östlichen

¹⁾ Vgl. oben S. 35, 41.

²⁾ Vgl. die im Anschluß an DREWS gemachten Ausführungen von KIRZ i. Preuß. Verw. Bl. Bd. 45, S. 250.

Städteordnung — gleichfalls eine Auftragsangelegenheit entstehen läßt. M. E. wird man beide Arten von Übertragungen für die Auftragsangelegenheiten in Anspruch nehmen können, zumal da auch im letzteren Falle die Gemeinde regelmäßig die entstehenden Kosten zu tragen hat. Daß der Staat im letzten Falle das ausführende kommunale Organ selbst bestimmt, bedeutet nur, daß der Gesetzgeber eine Ausnahme von der sich aus den Gemeindeverfassungsgesetzen¹⁾ ergebenden Zuständigkeitsverteilung der kommunalen Organisation aus irgendeinem Grunde für zweckmäßig hält und daß er auf diese Weise seinen Einfluß zu verstärken sucht. In der Praxis wird auch der Fall der Übertragung von Verwaltungsgeschäften auf einzelne kommunale Beamte zu den Auftragsangelegenheiten gezählt. Man wird dieser Übung, nachdem sie sich einmal eingebürgert hat, folgen können. Daß sie nicht logisch unmöglich ist, wie PREUSS annimmt, wurde bereits oben²⁾ dargetan. Man muß sich lediglich vergegenwärtigen, daß die unmittelbare Beauftragung des kommunalen Organs vom Standpunkte der Organlehre eine Anomalie darstellt, für deren künftige Beibehaltung m. E. zwingende Gründe nicht vorzubringen sind. Es ist aber ausdrücklich hervorzuheben, — worüber in der Praxis vielfach keine völlige Klarheit besteht —, daß eine Übertragung von Angelegenheiten auf die Gemeinde als solche keineswegs notwendig die Überlassung als Selbstverwaltungsangelegenheit zur Folge hat, daß vielmehr bei Beibehaltung des unbeschränkten staatlichen Anweisungsrechts die betreffende Aufgabe nach wie vor Auftragsangelegenheit bleibt.

II. 1. Eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung ist nun, welche Angelegenheiten speziell Auftrags- und welche Selbstverwaltungsangelegenheiten sind. Das Ideal wäre eine allgemeine Formel, aus der sich in jedem Falle ersehen ließe, in welche Gruppe eine Aufgabe der Gemeinde gehört³⁾.

a) Ebenso wie es nach den Ausführungen im 2. Kapitel unmöglich ist, die einzelnen Arten von Gemeinden nach ihrem Aufgabenkreis zu bestimmen, ebensowenig kann hier etwa *de lege lata* oder auch nur *de lege ferenda* der Satz Geltung beanspruchen, daß diejenigen Aufgaben Selbstverwaltungsangelegenheiten seien, denen nur ein lokales Interesse zukommt. Damit wäre schon für die Ortsgemeinden lediglich eine Unbekannte durch eine andere ersetzt. Denn welche Dinge haben lokales Interesse? Wir erleben es oft genug, daß eine Angelegenheit,

¹⁾ Würde beispielsweise § 62 östl. StO. die Ortspolizeiverwaltung nicht ausdrücklich dem Bürgermeister, sondern allgemein der Gemeinde übertragen, so würde sie vom Magistrat zu führen sein. Das staatliche Anweisungsrecht wäre in beiden Fällen das gleiche. ²⁾ Vgl. oben S. 122f.

³⁾ Von vornherein auszuschließen ist jede Unterscheidung, welche davon ausgeht, daß manchen Arten von Kommunalverbänden keine Auftragsangelegenheiten obliegen. Das mag bis 1920 hinsichtlich der Provinzen gegolten haben (vgl. KIRZ: i. Preuß. Verw. Bl. Bd. 45, S. 250), heute (seit Art. 72 Preuß. Verf.) ist eine solche Scheidung sicher undurchführbar; insbesondere handelt es sich hierbei überhaupt nicht um etwas begrifflich Notwendiges, sondern um eine mehr oder weniger zufällige Regelung.

die vielleicht anfangs nur örtliches Interesse hat, allmählich Allgemeinbedeutung gewinnt und schließlich wieder in Lokalinteressen untergeht! Soll sich dementsprechend ein Wechsel von Selbstverwaltungszur Auftrags- und wieder zurück zur Selbstverwaltungsangelegenheit vollziehen? Rein örtliche Angelegenheiten gibt es nur wenige; ein Minimum Allgemeininteresse liegt fast überall vor. Seine Größe aber ist im Einzelfalle sehr unbestimmt. So ist z. B. die Anlage einer Siedlung sicherlich zunächst rein örtliche Angelegenheit. Trotzdem hat in Zeiten allgemeiner Wohnungsnot die im Staate zusammengefaßte Allgemeinheit ein großes Interesse daran, daß nicht wahllos, unbekümmert um eine etwaige Vergeudung produktiver Kräfte und Sachwerte, gebaut und niedergerissen wird. Es fragt sich also, ob das lokale oder allgemeine Interesse überwiegt. Die Antwort hierauf richtet sich so sehr nach Lage des einzelnen Falles, daß das gleiche Gebiet im einen Falle als Auftrags-, im anderen als Selbstverwaltungsangelegenheit erscheinen müßte.

Aber selbst wenn vielleicht eine Unterscheidung zwischen örtlichen und Allgemeinheitsangelegenheiten noch manchmal möglich wäre, so kann man sicher bei den Aufgaben der höheren Gemeindeverbände, insbesondere für Kreise und Provinzen, eine solche Unterscheidung nach der örtlichen Begrenztheit der Aufgaben nicht mehr durchführen. Ein Versuch, hier Grundsätze aufzustellen, ist nicht einmal theoretisch möglich.

Um den vielen Fällen gerecht zu werden, in denen zweifelhaft ist, ob die betreffende Angelegenheit lokales oder allgemeines Interesse hat, ist man auf den Gedanken gekommen, eine Dreiteilung¹⁾ vorzunehmen und die Aufgaben öffentlicher Gebietskörperschaften nach rein örtlichen, solchen der Gesamtheit und solchen örtlichen einzuteilen, an deren gleich-

¹⁾ Man geht dabei von der an sich richtigen Erkenntnis aus, daß es Aufgaben gibt, welche die Gemeinden freiwillig übernehmen können, aber nicht mehr ohne weiteres aufgeben dürfen, ferner solche, bei denen Übernahme und Einstellung der Tätigkeit von vornherein den Gemeinden freisteht, und endlich solche, die zu übernehmen sie gesetzlich gezwungen sind und die sie demnach auch weiterführen müssen.

Diejenigen Aufgaben nun, welche die Gemeinden fortführen müssen, sollen eine dritte besondere Gruppe zwischen Auftrags- und Selbstverwaltungsangelegenheiten bilden. Ihr besonderes Kennzeichen ist, wie im Texte ausgeführt, daß der Staat an ihnen ein zu großes Interesse hat, als daß er sie den Gemeinden zur freiwilligen Erledigung überließe.

Hierzu ist zunächst zu bemerken, daß diese neue dritte Gruppe unzweifelhaft zu denjenigen Angelegenheiten gehört, welche die Gemeinden unter eigener Verantwortung, also als Selbstverwaltungsangelegenheiten führen. Es handelt sich also bei dieser dritten Gruppe um Selbstverwaltungsangelegenheiten, bei deren Durchführung die Gemeinden entweder hinsichtlich des Ob oder des Wie beschränkt sind.

Infolge des zunehmenden Zentralisierens und infolge der stärkeren Betätigung des Reichs, welches regelmäßig an die Gemeinden nur im Wege der Gesetzgebung herankommen und von ihnen nur durch Gesetz Leistungen verlangen kann, hat diese Gruppe von Selbstverwaltungsangelegenheiten in der Nachkriegszeit eine starke Vermehrung erfahren. Generell erfaßbar wird sie aber dadurch weder de lege lata noch de lege feranda.

mäßiger Regelung im ganzen Staatsgebiet die Allgemeinheit ein Interesse hat. Zu diesen letzteren würden z. B. die oben erwähnten Siedlungsangelegenheiten gehören. MULERT scheint in der Auffindung grundlegender Merkmale für jede dieser Gruppen einen der Kernpunkte der Verwaltungsreform zu sehen. Freilich liegt hier eine Grundfrage insofern, als man sich vor Beginn einer Verwaltungsreform darüber klar werden muß, in welche der drei Gruppen eine Angelegenheit, um deren Regelung es sich handelt, gehört; aber nach einem zutreffenden allgemeinen Unterscheidungsmerkmal wird man vergeblich suchen, weil in den gezogenen Folgerungen ein Fehler steckt. Er liegt darin, daß man annimmt, den einzelnen Aufgaben sei die Zugehörigkeit zu einem lokal bestimmbareren Interessenkreis immanent, und beruht auf einer praktisch wie theoretisch gleich unrichtigen Deduktion, wie sie oben¹⁾ hinsichtlich der Grundrechte der Gemeinde widerlegt worden ist.

Man muß davon ausgehen, daß es lediglich im freien Ermessen des Gesetzgebers liegt²⁾, ob eine Sache Selbstverwaltungs- oder Auftragsangelegenheit ist. Die ganze Unterscheidung beruht bloß auf einer juristischen Konstruktion, die im preußischen Rechte üblich geworden, aber nicht logisch notwendig ist. An fast jeder Aufgabe hängt ein mehr oder weniger großer Teil örtlichen und Allgemeininteresses. Möglich wäre an sich, daß der Gesetzgeber alle Angelegenheiten den Gemeinden und Gemeindeverbänden als Selbstverwaltungsangelegenheit übertrüge. Wollte sich aber der Staat dann nicht ausschalten — und eine solche Ausschaltung würde seinem Selbsterhaltungstrieb widersprechen —, so müßte er, um nicht durch den Verzicht auf sein Anweisungsrecht seinen Einfluß zu sehr zu verlieren, das Allgemeininteresse durch Erlaß möglichst zahlreicher und ausführlicher gesetzlicher Vorschriften sichern. Das Ergebnis wäre dann gerade das im 1. Kapitel bekämpfte: eine Fülle von gesetzlichen Einzelregelungen als notwendige Folge einer zu weitgehenden Selbstverwaltung. Man wird heute einen, wenn auch kleinen Teil der allzu vielen gesetzlichen Vorschriften sicherlich auf eine Stärkung der Gemeindeverbände gegenüber dem geschwächten Staate zurückführen müssen, der seinen Einfluß durch Verwendung seines schwersten Geschützes, des Gesetzes, geltend zu machen sucht. Gerade beim Reiche, dem ja regelmäßig ein Anweisungsrecht gegenüber Ländern und Gemeinden fehlt, zeigt sich die Folge dieses Mangels der Anweisungsbefugnis in dem zunehmenden Bestreben einer bis ins einzelne gehenden gesetzlichen Regelung der verschiedenen seiner Gesetzgebung unterliegenden Gebiete (Jugendwohlfahrt, Arbeitsnachweis usw.).

Umgekehrt könnten theoretisch auch alle Angelegenheiten den Gemeinden als Auftragsangelegenheiten übertragen werden; dann bestände, da ja die Allgemeininteressen durch die staatliche Anweisungsbefugnis genügend gewahrt werden könnten, für eine weitgehende gesetzliche

¹⁾ Vgl. oben im 1. Kapitel, S. 23ff.

²⁾ Das hat zutreffend und klar HELFRITZ wiederholt (z. B. Vertretung, S. 51) festgestellt; ebenso MAYER, O. (Verwaltungsrecht, Bd. 2, S. 363, Anm. 21).

Regelung kein Bedürfnis. Die Tatsache, daß beispielsweise das Polizeiwesen in Preußen trotz seiner großen Bedeutung für die gesamte Staatsverwaltung in verhältnismäßig wenigen Gesetzen eine materielle Regelung erfahren hat, beruht zum größten Teile darauf, daß es Auftragsangelegenheit ist.

Es kommt daher für eine Verwaltungsreform darauf an, die zweckmäßigste Grenze zwischen denjenigen Angelegenheiten festzulegen, die sich zu Selbstverwaltungsangelegenheiten eignen, und denen, die Auftragsangelegenheiten bleiben müssen.

Sie könnte einmal gezogen werden durch Enumeration für jede Art von Angelegenheiten. Eine solche Lösung würde zur Folge haben, daß jeweils bei Hervortreten neuer Bedürfnisse und Aufgaben eine neue Regelung erforderlich wäre, würde aber praktisch daran scheitern, daß die Zuteilung gewisser Angelegenheiten zu einer der beiden Gruppen leicht übersehen und dadurch ein Vakuum entstehen würde. Ein zweiter Weg wäre, die Selbstverwaltungsangelegenheiten aufzuzählen und alle übrigen Angelegenheiten zu Auftragsangelegenheiten zu machen. Aber die Beschreitung dieses Weges würde allen in der preußischen Praxis seit 1808 befolgten Grundsätzen zuwiderlaufen und überdies den Staat mehr belasten, als es zur Wahrung seiner Interessen erforderlich wäre.

Es bleibt also nur als dritte Möglichkeit die Auftragsangelegenheiten festzustellen, alle übrigen Aufgaben aber den Gemeinden zur Selbstverwaltung zu überlassen. Dies kann um so eher geschehen, als ja der Staat im Wege der Gesetzgebung jederzeit eine Umwandlung einer Selbstverwaltungsangelegenheit in eine Auftragsangelegenheit vornehmen kann¹⁾. Diesen Weg hat die preußische Gesetzgebung von jeher beschritten.

b) Es ergibt sich aber nun die weitere Frage, welche Aufgaben im einzelnen zu Auftragsangelegenheiten gemacht werden sollen. Dafür kommen nach dem Vorstehenden nur Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte in Betracht.

Nicht ausschlaggebend ist an sich die Tatsache, daß Angelegenheiten, an deren Regelung nach bestimmten gleichmäßigen Gesichtspunkten im ganzen Lande der Staat oder das Reich ein Interesse haben, notwendig Auftragsangelegenheiten werden müßten, und zwar schon deshalb nicht, weil ja die Möglichkeit einer gesetzlichen Aufstellung der erforderlichen Grundsätze besteht und auch meist genügen wird. Eine gesetzliche Regelung ist nur dann unzweckmäßig, wenn gewisse allgemeine Grundsätze nicht ausreichen, weil der Staat auf eine eingehendere gleichmäßige Regelung oder auf eine Eingriffsmöglichkeit im einzelnen Falle aus irgendwelchen Gründen Wert legen muß.

Alle diejenigen Materien können unbedenklich Selbstverwaltungsangelegenheiten bleiben, auf denen das Reich entweder von vornherein oder infolge Gebrauchmachung von seiner Kompetenzkompe-

¹⁾ Daß die entgegengesetzte Auffassung von Kirz (Preuß. Verw. Bl. Bd. 45 S. 251 f.) unrichtig ist, wurde bereits oben (S. 42 Anm. 2) erörtert.

tenz das alleinige Gesetzgebungsrecht hat. Es handelt sich hier regelmäßig um Angelegenheiten, an deren Ausführung die Länder nur insoweit ein Interesse haben, als die Innehaltung der gesetzlichen Schranken in Betracht kommt. Da die Einführung von Reichsauftragsangelegenheiten, d. h. einer Regelung, auf Grund deren die Gemeinden unmittelbar auf Anweisung des Reichs zu handeln haben, grundsätzlich zu vermeiden ist, weil die Gemeinden Einrichtungen des Landes sind und bleiben müssen, so hat es bei der Desinteressiertheit des Landes keinen Zweck, die Aufgaben zu Landesauftragsangelegenheiten zu machen. Das Reich wird hier die Durchsetzung seines Willens allein im Wege der Gesetzgebung erstreben müssen¹⁾.

Ferner verspricht auf den rein wirtschaftlichen Gebieten nur die Erhaltung der Aufgaben als Selbstverwaltungsangelegenheiten Erfolg. Das Interesse des Staates ist hier schon deshalb nur sekundär berührt, weil in der Mehrzahl der Fälle die Ausübung von Hoheitsrechten nicht in Frage kommt. Reicht das Interesse an der Gründung oder Erhaltung öffentlicher wirtschaftlicher Betriebe über den örtlichen Bezirk hinaus, so hat die Kompetenzkompetenz des nächst höheren Kommunalverbandes Platz zu greifen. Ist auch die Provinz nicht genügend tragfähig, so muß zwar das Land selbst einspringen, aber dann die alleinige Durchführung der Angelegenheit durch besondere eigene Organe übernehmen. Bei wirtschaftlichen Betrieben ist eine Beschränkung des verantwortlichen Unternehmers auf vereinzelte Eingriffe, wie bei Auftragsangelegenheiten, undurchführbar.

2. Abgesehen von diesen generellen Punkten lassen sich kaum allgemeine Regeln aufstellen. In der Gesetzgebung der Nachkriegszeit pflegt bei denjenigen Aufgaben, die Auftragsangelegenheiten sein sollen, dies ausdrücklich gesagt zu werden²⁾, oder es wird wenigstens das staatliche Anweisungsrecht besonders erwähnt³⁾. Wo das nicht der Fall ist, hat man es gemäß dem oben festgestellten Grundsatz, daß nur die ausdrücklich als Auftragsangelegenheiten im Gesetze bezeichneten Aufgaben als solche in Betracht kommen, trotz einer etwaigen eingehenderen gesetzlichen Regelung der Materie⁴⁾ mit Selbstverwaltungsangelegenheiten zu tun.

In der Literatur werden bei Erörterung der Frage der Auftrags- und Selbstverwaltungsangelegenheiten gewöhnlich das Polizei- und Schulwesen genannt. Über die rechtliche Natur beider gilt es daher Klarheit zu gewinnen.

¹⁾ Diesen Gedanken verkennt offenbar AUGUSTIN: S. 125.

²⁾ Vergl. z. B. § 1 des Preußischen Ausführungsgesetzes z. Jugendwohlfahrtsgesetz vom 29. März 1924 (GesS. S. 180). Zur Klarstellung wird auch manchmal (z. B. in § 2 der Preuß. Ausf. Verord. z. Fürsorgepflichtverordnung vom 17. April 1924 — GesS. S. 210 —) besonders gesagt, daß es sich um Selbstverwaltungsangelegenheiten handelt; ähnlich Artikel 6 § 1 Abs. 1 des Wohnungsgesetzes vom 28. März 1918; vgl. OVG. Bd. 76, S. 471.

³⁾ Vgl. z. B. § 1 Wohnungsmangel-Ges. vom 28. Juli 1923 (RGBl. I, S. 754); vgl. OVG. Bd. 78, S. 71 ff.

⁴⁾ Vgl. Arbeitsnachweisgesetz vom 22. Juli 1922 (RGBl. I, S. 657).

a) Daß die Polizei in Preußen nach geltendem Recht Auftragsangelegenheit ist, ist unbestritten. Es handelt sich daher nur darum, ob und inwieweit sie künftig Selbstverwaltungsangelegenheit werden soll. Entsprechend den vorstehenden Ausführungen ist zunächst hervorzuheben, daß es einen logischen Zwang, sich für die eine oder andere Möglichkeit zu entscheiden, nicht gibt. Der Gesetzgeber hat freie Hand, welche Regelung er treffen will. Es besteht zwar auch kein begriffsnotwendiger Grund, von dem bisherigen Zustand der Übertragung der Handhabung der Polizei auf einzelne Kommunalbeamte abzugehen, doch erscheint es zweckmäßig, das geltende Recht auch in diesem Punkte mit der die übrigen Erscheinungen unseres staatlichen und kommunalen Verfassungsrechts am einfachsten erklärenden Organtheorie in Einklang zu bringen und deshalb die Polizei der Gemeinde als solcher zu übertragen, wobei die Frage, ob als Auftrags- oder Selbstverwaltungsangelegenheit zunächst dahingestellt bleibt.

Die gesamte Polizei als Selbstverwaltungsangelegenheit auf die Gemeinden zu übertragen, ist eine Forderung, die bisher bewußt noch nirgends aufgestellt worden ist. Selbst die eifrigsten Vorkämpfer der Selbstverwaltung beschränken ihre Wünsche auf die Ortspolizei.

GIERKE¹⁾ geht davon aus, daß das Recht und die Pflicht, für das materielle und geistige Wohl der Gemeindeglieder zu sorgen, seinen allgemeinen Ausdruck in der Polizei finde. Wie daher dem Staate eine Staatspolizei, so müsse der Ortsgemeinde eine Ortspolizei entsprechen, wenn anders ihr die Bedeutung eines Gemeinwesens zukommen soll. Daher sei es logisch, daß § 183 Ziffer b der Reichsverfassung von 1849 und die Gemeindegesetze einiger deutscher Länder (Württemberg, Sachsen-Weimar) die Ortspolizei den Ortsvorständen zur Ausübung im Namen der Gemeinde überlassen hätten. Die Frage sei aber, was zur Orts- und was zur Staatspolizei gehöre. Die Ansichten darüber, was im einzelnen im Kreise der Gemeinde durchführbar ist und was einer weiteren und höheren Leitung bedarf, könnten stark auseinandergehen.

Wenn man aber die Übertragung der Ortspolizei auf die Ortsgemeinden mit der Begründung verlangt, daß man bei Ablehnung dieser Forderung die Selbstverwaltung der Gemeinden in einem wichtigen Punkt beseitige, ja auf dem Wege über die staatliche Polizei in vielen Fällen gänzlich ausschalten könne, so ist nicht einzusehen, warum nicht eine gleiche Entstaatlichung der Polizei auch in der Kreis- und Provinzialinstanz gefordert wird.

Aber auch nur verhältnismäßig selten wird die Forderung einer Entstaatlichung der gesamten Ortspolizei vertreten²⁾.

¹⁾ Genossenschaftsrecht Bd. 1, S. 753f.

²⁾ Gewöhnlich wollen diejenigen, die einen den Gemeinden von Natur aus immanenten Wirkungskreis annehmen, auch die Ortspolizei hierunter rechnen. Daß es keine „natürlichen“ Aufgaben der Gemeinden gibt, ist bereits im 1. Kapitel dargelegt worden. Aber selbst wenn man das Bestehen solcher Aufgaben anerkennen würde, ist noch immer zu betonen, daß die Ortspolizei auch begrifflich von den übrigen Gemeindeangelegenheiten sich unterscheidet und daher keineswegs notwendig zu den Selbstverwaltungsangelegenheiten gehören muß.

Neuerdings will HERZ¹⁾ die gesamte örtliche Polizei in die Hände der Gemeinden gelegt wissen, ohne Unterschied, ob es sich um Sicherheitspolizei handelt oder nicht. Die letzten absurden Konsequenzen, die sich aus einer derartigen Forderung ergeben würden, sucht HERZ dadurch zu vermeiden, daß er den größten Teil der Sicherheitspolizei in das Gebiet der Landespolizei schiebt, die er als Schutzpolizei und Wehrmacht als staatliche Einrichtung erhalten will.

In der heutigen Praxis steht aber lediglich zur Erörterung die Übertragung der „Wohlfahrtspolizei“ als Selbstverwaltungsangelegenheit auf die Gemeinden, wie sie beispielsweise die am 1. April 1924 in Kraft getretene neue sächsische Gemeindeordnung durchgeführt hat.

aa) Zur Klärung der ganzen Frage ist davon auszugehen, daß der Begriff Polizei im preußischen Recht ganz bestimmt definiert ist als diejenige Gewalt, der es obliegt, die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwehr der dem Publikum oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahren zu treffen. Heute auf Grund der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts gleichzeitig als Ermächtigungsvorschrift für die Polizei zum Erlaß von Verfügungen und Verordnungen angesehen, bedeutete § 10 II 17 des Allgem. Landrechts seinerzeit nichts anderes als die Begriffsbestimmung der Polizei. Als solche hat sie auch heute noch grundlegende Bedeutung. Geht man von dieser Begriffsbestimmung aus, so ergibt sich daraus — wie Literatur²⁾ und

Schon v. GERBER (S. 59f. Anm. 6) erkennt an, daß die natürliche Entwicklung der Staatsgewalt die Polizei zur Sache des Staats gemacht habe. Trotzdem rechnet er die Durchführung der lokalwirtschaftlichen Gemeindeordnungen, insbesondere hinsichtlich der polizeilichen Anordnungen über die Benutzung der Gemeindeinstitute zu den ureigenen Gemeindeaufgaben. Seiner Auffassung kommen die Entwürfe der kommunalen Verfassungsgesetze (vgl. § 74 Entw.St.O.) nahe, wenn sie den Anschlußzwang an kommunale Einrichtungen durch Ortsstatut — nicht mehr wie bisher nur durch Polizeiverordnung — einzuführen gestatten.

Den Kernpunkt, daß nämlich rein abstrakte Erwägungen nicht weiterhelfen, hat O. MAYER (Verwaltungsrecht Bd. 2, S. 362, Anm. 20) erkannt, wenn er feststellt: „Die Einheitlichkeit und Gleichmäßigkeit der Durchführung ist hier — bei der Polizei —, wie bei der Justiz, dem Staate viel zu wichtig, als daß er sie aus der Hand geben sollte“.

Bei älteren Autoren hat man zu beachten, daß sie vielfach die gesamte innere Verwaltung mit der Polizei identifizieren. Das zeigt sich in der im Texte wiedergegebenen Auffassung von GIERKE, findet sich aber auch z. B. bei ERNST MEIER (S. 309), wenn er sagt: „Die Abschaffung der kommunalen Polizei erstreckte sich selbstverständlich nur auf die Sicherheits- und Ordnungs-, nicht auch auf die Wohlfahrtspolizei“.

¹⁾ „Die Gemeinde“ 1924, S. 6ff., 79ff., 178ff. Zusammenstellung seiner Forderungen, S. 183f. — Die von dem Schraderschen Polizeibeamtenverband aufgestellten Forderungen, ausgearbeitet von ULE, können wissenschaftlich nicht ernst genommen werden; sie sind allenfalls politisch zu werten.

²⁾ Vgl. ROSIN: Begriff und Umfang der Polizeigewalt. Verw.Arch. Bd. 3, S. 312 („Alle diese Interessen... unterliegen... einer Fürsorge nur in negativer Richtung. ‚Erhaltung‘ und ‚Abwendung von Gefahren‘, welche eine Verschlimmerung des gegenwärtigen Zustandes herbeiführen können, bilden den Zweck der polizeiamtlichen Zwangsfunktionen“); HATSCHEK: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3./4. Aufl., S. 118 („Unsere heutige Polizei darf nur Gefahrenabwehr — Sicher-

Praxis¹⁾ ganz mit Recht folgern —, daß die Aufgaben der Polizei begrifflich lediglich abwehrender, also negativer Art sind und daß eine positive Wohlfahrtspflege nicht zum Begriff der Polizei gehört. Diejenige Tätigkeit, welche auf eine Verbesserung des gegenwärtigen Zustandes und damit nicht mehr auf Schutz, sondern auf Förderung gerichtet ist, würde daher nicht unter den Begriff der Polizei fallen.

Die auf diesem Gebiete bestehende Begriffsverwirrung ist hauptsächlich entstanden durch die Verwechslung materieller und formeller Begriffe. Materiell gehört zum Begriff der Polizei, wie oben angeführt, nur das negative Moment der Gefahrenabwehr, nicht aber das einer positiven Wohlfahrtspflege. Lediglich dadurch, daß den Polizeibehörden zufällig gewisse Aufgaben der Wohlfahrtspflege auf Grund besonderer gesetzlicher Vorschriften übertragen worden sind — sie hätten ebensogut anderen Behörden übertragen werden können; es waren lediglich Zweckmäßigkeitserwägungen maßgebend —, hat sich der Tätigkeitskreis der Polizeibehörden in einer Weise ausgedehnt, daß ihnen heute vielfach andere Aufgaben als die der Gefahrenabwehr obliegen. Spricht man von Polizei auch im Sinne dieser Aufgaben, so kann damit nur ein formeller Begriff der Polizei gemeint sein, der naturgemäß durch die Allmacht des Gesetzgebers täglich beliebig erweitert werden kann, ohne daß sich dadurch an dem eigentlichen materiellen Begriff der Polizei das Geringste ändert.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich also, daß der materielle Begriff „Polizei“ die Wohlfahrtspflege aus dem Tätigkeitsgebiet der Polizei ausschließt und daß daher die Forderung der Übertragung der Wohlfahrtspolizei auf die Gemeinden zum mindesten eine begriffliche Unklarheit enthält. Sie kann bedeuten, daß den Gemeinden alle diejenigen Aufgaben übertragen werden sollen, die nicht zur Tätigkeit der Polizei im materiellen Sinne gehören und die nur aus praktischen Gründen den Polizeibehörden zur Ausführung übertragen worden sind, ohne damit, wie gesagt, eigentlich polizeiliche Aufgaben zu sein. Der typische Fall, in welchem den Polizeibehörden wohlfahrtspflegerische Aufgaben überwiesen worden sind, ist das Verunstaltungswesen. Auch die sogenannte Schulpolizei ist eigentlich Wohlfahrtspflege. Eine Reihe weniger generell bedeutender Fälle ist von JEBENS²⁾ zusammengestellt. Diese Gegenstände gehören also gar nicht zu den Aufgaben der Polizei und könnten, sofern man nicht aus auf anderen Gebieten liegenden praktischen Erwägungen davon absehen will, den Gemeinden als Selbstverwaltungsangelegenheiten übertragen werden. Dabei handelt es sich

heitspolizei im alten Sinne —, nicht aber Wohlfahrtspolizei sein, wie sie es im Polizeistaat war“); ANSCHÜTZ: Die Polizei. 1910, S. 14ff.; FLEINER: Institutionen, 4. Aufl., S. 365, welcher der Polizei Wohlfahrtspflege nur kraft besonderen Auftrags gestattet; MAYER, O.: Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 209 (Polizei ist „die öffentliche Gewalt, die auf dem Gebiete der Verwaltung wirksam wird zur Abwehr von Störungen der guten Ordnung des Gemeinwesens“); MEYER-ANSCHÜTZ: Lehrbuch, S. 649; GERLAND i. Arch. f. öff. Recht, Bd. 5, S. 7; v. BRAUCHITSCH, I. 1925, S. 265.

¹⁾ Vgl. OVG. Bd. 9, S. 353; Bd. 22, S. 309; Bd. 76, S. 472 usw.

²⁾ Preuß. Verw. Bl. Bd. 23, S. 626.

jedoch, wie ausdrücklich zu betonen ist, nicht um Übertragung von Polizei. Dieser Gedanke liegt auch den Ausführungen von DREWS¹⁾ zugrunde, wenn er die Zurückführung der Polizei in ihre durch § 10 II 17 ALR. gesetzten Grenzen fordert.

Tatsächlich wird aber unter der Forderung der Übertragung polizeilicher Aufgaben als Selbstverwaltungsangelegenheit an die Gemeinden wohl nicht nur die Übertragung der erwähnten unbedeutenden Tätigkeitsgebiete gemeint, sondern man will mehr. Der vielfach gebrauchte Ausdruck Wohlfahrtspolizei paßt hierfür freilich nicht. Um seine Bedeutung kennen zu lernen, empfiehlt es sich, auf das — soviel ich sehe, einzige — Gesetz zurückzugehen, daß diesen Begriff verwendete, nämlich das alte, nicht mehr in Kraft befindliche Polizeikostengesetz vom Jahre 1892, in dessen § 6 es nach dem Entwurf²⁾ heißt: „In denjenigen Städtegemeinden, in welchen einzelne Zweige der Ortspolizeiverwaltung den Gemeinden . . . bei der auf Antrag der Gemeinden einzuleitenden Neuregelung der Verwaltung der Wohlfahrtspolizei zur eigenen Verwaltung zukünftig überwiesen werden, tritt eine . . . Ermäßigung des . . . Beitragssatzes ein“. Schon bei den Beratungen des Gesetzes erklärte der Minister des Innern³⁾ den Ausdruck „Wohlfahrtspolizei“ für nicht ganz zutreffend und sprach statt dessen von „Verwaltungspolizei“. Damit kommt man auf den in der heutigen Literatur für gewisse Zweige der polizeilichen Tätigkeit allgemein üblichen Begriff der Verwaltungspolizei. Man wird daher mit OTTO MAYER⁴⁾ feststellen können, daß die einst so wichtige Unterscheidung von Sicherheits- und Wohlfahrtspolizei heute der amtlichen Sprache nur noch ihren leeren Namen liefert, um willkürlich abgegrenzte Zuständigkeitskomplexe danach zu benennen. Die große Mehrzahl derjenigen, die von einer Übertragung der Wohlfahrtspolizei an die Gemeinden sprechen, verstehen tatsächlich darunter das, was der Minister des Innern damals und die Literatur allgemein heute Verwaltungspolizei nennt. Der Begriff Wohlfahrtspolizei muß, sofern man darunter nicht einen rein formalen Begriff versteht, als in sich widerspruchsvoll abgelehnt werden.

Man kann demnach aus dem Vorstehenden folgendes ableiten: Es gibt solche Vertreter, die — wie z. B. DREWS — die Übertragung derjenigen zur Zeit den Polizeibehörden überwiesenen Aufgaben auf die Gemeinden als Selbstverwaltungsangelegenheit fordern, welche ihrer Natur nach Wohlfahrtspflege sind und daher eigentlich die Polizei nichts angehen, und andere — wie z. B. PREUSS —, welche die Übertragung der gesamten Verwaltungspolizei als Selbstverwaltungsangelegenheit auf die Gemeinden verlangen.

Es muß nun untersucht werden, was diese letzteren unter „Verwal-

1) Grundzüge einer Verwaltungsreform. S. 44.

2) Verw. Arch. Bd. 1, S. 126; Drucks. d. Abgeordnetenhaus. 1892, Nr. 8 und Nr. 46.

3) Stenogr. Bericht. 1892, S. 334.

4) Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 212.

tungspolizei“ verstehen. Zur Klärung dieses Begriffs stehen zwei Wege offen; erstens man sagt: Sicherheitspolizei ist alles, was nicht Verwaltungspolizei ist, und definiert dann den Begriff der Verwaltungspolizei; zweitens man definiert umgekehrt den Begriff der Sicherheitspolizei und bezeichnet alles übrige als Verwaltungspolizei.

Der Begriff der Verwaltungspolizei wird sich kaum bestimmt definieren lassen. Es handelt sich hierbei um die polizeiliche Tätigkeit auf allen denjenigen Gebieten, deren Verwaltung im übrigen bestimmten anderen nichtpolizeilichen Behörden, in erster Linie also den Gemeindebehörden obliegt. Gerade PREUSS¹⁾ begründet die von ihm verlangte Übertragung der Administrativpolizei auf die Gemeinden als Selbstverwaltungsangelegenheit u. a. damit, daß hier eine praktisch gar nicht durchführbare Zerreißung der einzelnen Verwaltungszweige erfolge. Auch sonst werden die zum Begriff der Verwaltungspolizei gehörenden Zweige nur einzeln aufgezählt. So rechnet JEBENS²⁾ zur Verwaltungspolizei die Armenpolizei, Baupolizei, Gesindepolizei (jetzt wohl ganz in der Gewerbepolizei aufgegangen), Gesundheitspolizei und Wasserpolizei. Es dürfte jedoch einleuchten, daß mit einer derartigen Enumerationsmethode für den Begriff der Verwaltungspolizei nichts gewonnen ist und daß das Wesen der Sicherheitspolizei ebenso ungeklärt ist, wenn man nun weiter sagt, daß alles, was nicht Verwaltungspolizei ist, Sicherheitspolizei sei.

Es bleibt also nur die Möglichkeit, umgekehrt von dem Begriff der Sicherheitspolizei als etwas Feststehendem auszugehen. Dies erscheint um so eher möglich, als dieser Begriff in unserer heutigen Gesetzgebung im § 143 des Landesverwaltungsgesetzes erwähnt ist.

Aber auch hier besteht Unklarheit. v. ARNSTEDT³⁾ versteht unter Sicherheitspolizei die Tätigkeit der Polizei, soweit sie den Zweck hat, Gefahren von dem Gemeinwesen oder einzelnen abzuhalten, bzw. die Sicherheit von Personen und Eigentum zu schützen, im Gegensatz zu der Tätigkeit, deren Aufgabe es ist, den Betrieb der verschiedenen gewerblichen und sonstigen Tätigkeiten im Interesse der öffentlichen Ordnung zu regeln. Anderen Schriftstellern erscheint dieser Begriff der Sicherheitspolizei als zu weit gefaßt. So nennt GEORG MEYER⁴⁾ Sicherheitspolizei den Inbegriff der polizeilichen Maßregeln, welche den Schutz des Gemeinwesens und des einzelnen entweder gegenüber gefährlichen Personen und gefahrbringenden menschlichen Tätigkeiten oder gegenüber Unglücksfällen bezwecken. Aus dieser Begriffsbestimmung will SEYDEL⁵⁾ die Maßregeln gegenüber Unglücksfällen als nicht dazu gehörig gestrichen wissen. Als heute herrschende Ansicht kann wohl die auch für Preußen geltende Auffassung von THOMA⁶⁾ bezeichnet werden,

1) Städtisches Amtsrecht. S. 234.

2) Preuß. Verw. Bl. Bd. 23, S. 629.

3) Pol.-Recht, Bd. 1, S. 388.

4) Vgl. MEYER-DOCHOW: S. 145, Anm. 1.

5) Die Sicherheitspolizei. Handbuch der politischen Ökonomie. Bd. 3 II, S. 289.

6) Der Polizeibefehl, Bd. 1, S. 30.

wonach Sicherheitspolizei in dem jetzt allgemein üblichen Sinne die Polizeiabwehr verbrecherischer Angriffe auf die Rechtsordnung dargestellt. Oder wie HATSCHEK¹⁾ sagt: Rechtssicherheitspolizei oder Sicherheitspolizei im engeren Sinne — im weiteren älteren Sinne ist alle unter § 10 II 17 ALR. fallende Polizei Sicherheitspolizei — ist die Abwehr von Gefahren, welche der Rechtsordnung durch den bösen Willen der Menschen drohen. Das ist auch die Bedeutung des Begriffs der Sicherheitspolizei im § 143 des Landesverwaltungsgesetzes.

Um überhaupt eine feste Grundlage zu gewinnen, wird es daher erforderlich sein, sich dieser Definition anzuschließen und nun Verwaltungspolizei als alles das zu definieren, was nicht unter Sicherheitspolizei im engeren Sinne fällt und was trotzdem lediglich der Abwehr von Gefahren dient, die dem Publikum oder seinen Mitgliedern drohen. Danach würde unter die Sicherheitspolizei in der Hauptsache fallen die Fremdenpolizei, Preßpolizei, Überwachung von Bettlern, bestraften Personen usw., Bekämpfung von Aufruhr und Aufständen und das Vereins- und Versammlungswesen. Bei der Sitten- und Verkehrspolizei ist es nicht ganz unzweifelhaft, wo die Grenze von Sicherheits- und Verwaltungspolizei liegt. In allen diesen Fällen kommt eine Übertragung auf die Gemeinden als Selbstverwaltungsangelegenheit schon deswegen nicht in Betracht, weil das zu schützende Objekt der Staat selbst ist, und es nicht angeht, seinen Schutz den Gemeinden als Selbstverwaltungsangelegenheit zu übertragen. Das Paßwesen und die Überwachung von Fremden haben eine weit über den Umfang einzelner Gemeinden hinausragende Bedeutung und werden wohl ernstlich nicht für die Gemeinden in Anspruch genommen werden.

bb) Schon diese Zusammenstellung, die im wesentlichen der Aufzählung von JEBENS²⁾ entspricht und mit einigen nicht allzu wesentlichen Abweichungen in den landläufigen Handbüchern der preußischen Praxis, insbesondere von v. ARNSTEDT und GRAF HUE DE GRAIS übernommen worden ist, beweist, daß eine Übertragung des gesamten Gebiets der Polizei auf die Gemeinden kaum in Betracht kommen kann.

Auch die Kriminalpolizei, die als Sonderzweig nicht zur Polizei im Sinne von § 10 II 17 ALR. gehört, soweit sie nicht künftige Gefahren bekämpft, sondern bereits begangene Delikte verfolgt, ist aus den gleichen Gründen wie die Sicherheitspolizei zur Übertragung als Selbstverwaltungsangelegenheit auf die Gemeinden ungeeignet.

Aber auch wenn man die Sicherheitspolizei ausschaltet, kommt die Verwaltungspolizei sicher nicht in ihrer Gesamtheit für eine Übertragung als Selbstverwaltungsangelegenheit in Frage. Das wird eine Betrachtung der Hauptgebiete, auf denen die Verwaltungspolizei tätig wird, lehren. Eine solche ist um so mehr erforderlich, als die Forderung, die gesamte Polizei oder auch nur die Verwaltungspolizei zur Selbstverwaltungsangelegenheit zu machen, in doktrinärer Weise aufgestellt wird, ohne daß man sich über den wirklichen Inhalt dieser Forderung und ihre Konsequenzen im klaren ist.

¹⁾ Lehrbuch, S. 171.

²⁾ Preuß.Verw.Bl. Bd. 23, S. 629.

Auf dem Gebiet der sog. Armenpolizei hat die Polizei nur eine vermittelnde vorläufige Tätigkeit, indem sie Obdachlose unterzubringen und die Unterstützung Hilfsbedürftiger in dringenden Fällen herbeizuführen hat¹⁾. Grundlage hierfür bildet § 15 II 19 ALR. Daneben hat sich die Wirksamkeit der Armenpolizei auf die der Verarmung vorbeugende Bekämpfung der Bettelei und Landstreicherei zu beschränken.

Es handelt sich hier tatsächlich nur um die Abwehr von Gefahren, die dem Leben des einzelnen drohen. An sich würde nichts im Wege stehen, auch die den Polizeibehörden obliegenden Teile des Armenwesens den gleichen Behörden zu übertragen, welchen regelmäßig die Armenpflege obliegt. Das sind die Bezirksfürsorgeverbände (gewöhnlich Kreise) und Landesfürsorgeverbände (Provinzen). Fraglich ist nur, ob gerade in den Fällen, in denen eine Interessenkollision vorliegt, sowie in denen, wo besondere Eile geboten ist, eine solche Regelung zweckmäßig ist. Wenn auch gerade auf dem Gebiete der Armenpflege manchmal unangenehm empfunden wird die Trennung dieses Verwaltungszweiges in zwei Teile, welche von verschiedenen Behörden bearbeitet werden, so sind die eben²⁾ geäußerten Bedenken wohl zu groß, um den Gemeinden die Armenpolizei zu übertragen.

Bei der Feuerpolizei ist zu unterscheiden:

1. die Verhütung des Ausbruchs von Feuer, welche, soweit Gebäude in Frage kommen, Sache der Baupolizei ist,

2. die polizeiliche Aufsicht über das Feuerversicherungswesen, welche in dem noch zum Teile geltenden Gesetze vom 8. Mai 1837 (GS. S. 102) geregelt ist und den Versicherer und Versicherten im Interesse der Durchführung einer leistungsfähigen Feuerversicherung schützen soll. Die wichtigsten polizeilichen Aufsichtsbefugnisse über die Feuerversicherungsgesellschaften sind freilich durch Gesetz vom 13. Dezember 1923 (GS. S. 551) aufgehoben; doch gelten noch die §§ 1 bis 5, 17 bis 24, 26 bis 28.

Da bei der Feuerversicherungspolizei lediglich das Motiv Gefahrabwehr ist, während tatsächlich Wohlfahrtspflege getrieben wird, könnte dieser Zweig der Feuerpolizei m. E. als eigentlich nicht zu den polizeilichen Aufgaben gehörend den Gemeinden als Selbstverwaltungsangelegenheit übertragen werden. Das einzige hiergegen bestehende Bedenken liegt darin, daß das Feuerversicherungswesen über den Bereich der einzelnen Gemeinden hinausgreift. Jedoch ist dieser Umstand auch bei der bisherigen Regelung unbeachtet geblieben.

3. Am wichtigsten ist der Teil der Feuerpolizei, der sich mit dem Feuerlöschwesen beschäftigt. Hier kann schon heute die Verpflichtung zum Eintritt in die Feuerwehren, zur Gestellung der nötigen Gespanne und

¹⁾ Vgl. HUE DE GRAIS: 22. Aufl., S. 466.

²⁾ Eine Übertragung der Armenpolizei auf die Ortsgemeinden würde, außer bei Stadtkreisen, gerade den gerügten Mangel der Zerreißung des Verwaltungsgebiets nicht beseitigen, da durchweg die Landkreise Träger der Armenlast sind. Ob diese Lösung den Gemeinden sehr sympathisch wäre, ist mir zweifelhaft.

zur Hilfeleistung in der Umgegend nach dem Gesetz vom 21. Dezember 1904 (GS. S. 291) durch Ortsstatut geregelt werden. Einer Übertragung auf die Gemeinden als Selbstverwaltungsangelegenheit stände hier praktisch nichts im Wege.

Die Baupolizei hat dafür zu sorgen, daß durch Mängel in der Bau- und Feuersicherheit keine Gefahren für das Publikum und seine Mitglieder entstehen; sie wirkt im Interesse des Verkehrs und der öffentlichen Gesundheit¹⁾ und ist typisch Verwaltungs- und nicht Sicherheitspolizei, da sie nicht gegen den bösen Willen der Menschen kämpft, sondern nur gefahrbringende Zustände beseitigen will. Ihre Tätigkeit besteht in erster Linie in dem Erlaß von Bauordnungen als Polizeiverordnungen und in der Genehmigung von Neu- und Umbauten. Auf diesem Gebiete wird man m. E. auf eine möglichst gleichmäßige Handhabung im ganzen Staate sehen müssen und deshalb eine Übertragung auf die Gemeinden als Selbstverwaltungsangelegenheit kaum in Erwägung ziehen können. Anders als auf dem Gebiete der Feuerpolizei, wo die Gemeinden selbst an einem guten Feuerlöschwesen das größte Interesse haben, treten Gefahren, die aus einer allzu laxen Handhabung der Baupolizei entstehen können, nicht so stark und so frühzeitig in die Erscheinung, so daß Fehler von weittragender Bedeutung nicht mit der gleichen Leichtigkeit vermieden werden können. Hinzu kommt noch, daß es hier, wo es neben der Feuersicherheit in erster Linie auf Rücksichten der Gesundheit der Bevölkerung, des Verkehrs und der Festigkeit des Baues ankommt, derartig viele Fehlerquellen gibt, daß den kleineren Gemeinden eine sachgemäße Durchführung der Baupolizei ohne Anweisung vielfach unmöglich sein wird.

Wohlfahrtsinteressen werden, wenigstens soweit das eigentliche Gebiet der Baupolizei reicht, nicht gefördert, sondern lediglich Gefahren von der öffentlichen Sicherheit und Ordnung abgewehrt. Nur dort, wo die Baupolizei sich mit dem Wohnungswesen beschäftigt, treibt sie meist Wohlfahrtspflege.

Zur Baupolizei im weiteren Sinne gehört auch die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen. Gesetzlich ist dieses Gebiet durch das Fluchtliniengesetz vom 2. Juli 1875 (GesS. S. 561) in der durch das Wohnungsgesetz vom 28. März 1918 geänderten Fassung geregelt. Die Festsetzung der Fluchtlinien und die sonstigen entscheidenden Handlungen liegen schon jetzt in der Hand der Gemeinde. Soweit eine Mitwirkung der Ortspolizeibehörde vorgesehen ist, erstreckt sie sich einmal darauf, überhaupt ein Tätigwerden der Gemeinde zu veranlassen und dann durch Versagung ihrer erforderlichen Zustimmung die Angelegenheit vor das höhere Forum der Beschlußbehörde zu bringen. Mir scheint eine solche doppelte Prüfung der für die Zukunft einer Gemeinde wichtigen Fluchtlinienfestsetzung zweckmäßig; jedoch ist zuzugeben, daß vom Standpunkte der Allgemeinheit die Mitwirkung der Polizei allenfalls unterbleiben könnte.

¹⁾ Vgl. KERSTEN in v. Brauchitsch, 20. Aufl. Bd. 2, S. 526.

In das Gebiet der Baupolizei gehört ferner die Erteilung der Genehmigung zur Errichtung eines Wohnhauses außerhalb geschlossener Ortschaften. Nach § 13 des Gesetzes vom 10. August 1904 (GesS. S. 227) ist hier jedoch nur in Stadtkreisen die Ortspolizeibehörde, im übrigen der Kreisausschuß zuständig. Man könnte an sich die gleichen Grundsätze anwenden, wie für die Errichtung von Wohnhäusern in geschlossenen Ortschaften; doch bleibt zu bedenken, daß das staatliche Interesse an einer Neubesiedelung des bisher un bebauten Landes ein größeres ist als innerhalb der bebauten Ortschaften, wo die Gemeinden ihre eigenen Belange eher wahren werden.

Die Erteilung von Genehmigungen zur Errichtung von Feuerstellen in der Umgebung größerer Waldungen gehört in das Gebiet der Feld- und Forstpolizei, aus dem es nicht herausgerissen werden kann. Die Feld- und Forstpolizei ist aber zur Übertragung auf die Gemeinden ungeeignet. Es handelt sich hier zwar dem Motiv nach um den Flurenschutz, praktisch spielen aber kriminelle Gesichtspunkte eine Hauptrolle. Ebenso wenig wie die Kriminalpolizei für die Übertragung auf die Gemeinden in Betracht kommt, ebenso wenig kann das hinsichtlich der Feld- und Forstpolizei der Fall sein. Hinzu kommt noch, daß gerade auf diesem Gebiete kommunale Interessen in der Regel nicht auf dem Spiele stehen und daß die Zerreißung eines Verwaltungszweiges hier nicht zu befürchten steht.

Die Jagd- und Fischereipolizei, bei der schon eher eine positive Förderung von Jagd und Fischerei, also Wohlfahrtspflege in Frage kommt, die aber, wie sie heute praktisch aufgezogen ist, in weitaus größtem Umfange der Abwehr von Gefahren dient, kann m. E. im Interesse einer einheitlichen Wirtschaftspflege für Jagd und Fischerei im ganzen Staate sowie wegen der über die Gemeindegrenzen hinausragenden einheitlichen Wirtschaftsgebiete für eine Übertragung an die Gemeinden nicht in Betracht gezogen werden. Aus dem letzteren Gesichtspunkte heraus ist ja auch Jagdpolizeibehörde in Landkreisen der Landrat und nur in Stadtkreisen die Ortspolizeibehörde. Tritt der übergemeindliche Umfang des Wirtschaftsgebiets bei der Fischerei vielleicht nicht so sehr in den Vordergrund, so ist doch eine möglichste Einheitlichkeit der Bewirtschaftung bei der Fischerei von umso größerer Bedeutung.

Aufgaben und Befugnisse der Wasserpolizei sind ausführlich im Wassergesetz vom 7. April 1913 (GesS. S. 53) geregelt. Nach § 342 sind die Ortspolizeibehörden die Wasserpolizeibehörden für Wasserläufe 3. Ordnung und in Stadtkreisen auch für Wasserläufe 2. Ordnung. Auch nach dem Wassergesetz stehen der Wasserpolizeibehörde in erster Linie überwachende Befugnisse zu, während für die Verleihung von Rechten, die Aufsicht über die Genossenschaften usw. besondere Behörden bestimmt sind. So hat in der Hauptsache die Wasserpolizeibehörde die Benutzung der Wasserläufe zu regeln, zu beschränken, gegebenenfalls zu untersagen, Ausnahmen von gewissen Verboten zuzulassen (z. B. Einführung von Erde, Steinen, Holz usw. in die Wasser-

läufe), den Gemeingebrauch zu regeln, die ordnungsmäßige Unterhaltung der Wasserläufe zu überwachen und gegebenenfalls zwangsweise durchzusetzen, sowie in Stadtkreisen polizeiliche Beschränkungen im Hochwasserabflußgebiete aufzuerlegen. Die Wasserpolizei dient in weitem Umfange der Abwehr von Gefahren, die der Sicherheit der Bevölkerung drohen. Gegen eine Übertragung auf die Gemeinden als Selbstverwaltungsangelegenheit spricht hauptsächlich, daß ein und derselbe Wasserlauf, selbst wenn er 2. oder 3. Ordnung ist, in der Regel eine ganze Anzahl von Gemeinden durchfließt und daß daher eine Einheitlichkeit der Anordnungen gewährleistet bleiben muß, wie es nur bei Bestehen einer Anweisungsmöglichkeit durch eine höhere Stelle der Fall sein kann.

Die Viehseuchenpolizei wird ausgeübt auf Grund des Reichsviehseuchengesetzes vom 26. Juni 1909 und des preuß. Ausführungsgesetzes vom 25. Juli 1911 und hat zur Aufgabe die Bekämpfung übertragbarer Viehseuchen. Im § 2 des Reichsgesetzes ist ausdrücklich die Anordnung und Durchführung der Bekämpfungsmaßregeln den Landesregierungen und ihren Organen übertragen. Danach kommt schon aus diesem Grunde eine Weiterübertragung auf die Gemeinden als Selbstverwaltungsangelegenheit nicht in Betracht. Aber darüber hinaus ist eine erfolgreiche Bekämpfung der Viehseuchen nur unter zentraler Leitung möglich. Selbst die ausführlichen Ausführungsvorschriften zum Viehseuchengesetz genügen oft nicht und machen noch besondere Anordnungen erforderlich, ganz abgesehen davon, daß wichtige Teile der Ausführungserlasse für die Gemeinden nicht verbindlich wären, wenn die Viehseuchenpolizei ihnen als Selbstverwaltungsangelegenheit übertragen wäre.

Ähnliches gilt hinsichtlich der Schlachtvieh- und Fleischbeschau, deren Durchführung heute Sache der Polizeibehörden ist. Wenn auch in denjenigen Gemeinden, in denen Schlachthauszwang besteht, nach § 2 des Schlachthausgesetzes in Verbindung mit § 4 des preuß. Ausführungsgesetzes zum Fleischbeschaugesetz vom 28. Juni 1902 (Ges.S., S. 229) in gewissem Umfange die Möglichkeit besteht, daß diese Gemeinden selbst Regulative für die Untersuchung von Fleisch erlassen, so dürfen sich diese doch nur auf ein ganz beschränktes Gebiet der Fleischbeschau beziehen, nämlich auf die Untersuchung des Fleisches, welches bereits einmal durch einen approbierten Tierarzt amtlich untersucht ist, sowie auf das Fleisch, das einer tierärztlichen Untersuchung auf Grund der gesetzlichen Vorschriften an sich überhaupt nicht bedarf. Man kann daher auch in diesen Fällen nicht etwa sagen, daß die Gemeinden schon heute einen Teil der Fleischbeschau als Selbstverwaltungsangelegenheit ausüben.

Freilich ist nicht zu leugnen, daß das gesamte Gebiet der Nahrungsmittelpolizei, zu dem man die Fleischbeschau hinzurechnen kann, zu denjenigen gehört, die am ehesten eine Übertragung auf die Gemeinden als Selbstverwaltungsangelegenheit übertragen. Die Tätigkeit der Polizei beruht hier nach dem Nahrungs-

mittelgesetz¹⁾ vom 14. Mai 1879 (RGBl. S. 145) in der Hauptsache auf einer polizeilichen Kontrolle, die an sich ebensogut von den Gemeinden ausgeübt werden könnte. Das Hauptbedenken gegen eine Übertragung auf die Gemeinden beruht darauf, daß die kleineren Gemeinden bei Fehlen jeglichen Zwangs oft die Ausgaben scheuen werden, welche allein eine wirksame Kontrolle ermöglichen.

In engem Zusammenhange mit der Nahrungsmittelpolizei stehen die Wucherpolizei und die Gesundheitspolizei. Erstere beruht in der Hauptsache auf der Preistreibereiverordnung vom 13. Juli 1923 (RGBl. I, S. 700) und ist ein Teil der Kriminalpolizei; sie scheidet schon deswegen für die Selbstverwaltung aus.

Den Gegenstand der Gesundheitspolizei bildet in erster Linie die Verhütung ansteckender Krankheiten. Grundlegend ist hier das Reichsseuchengesetz vom 30. Juni 1900 (RGBl. S. 306), wonach den Polizeibehörden von dem Auftreten bestimmter Seuchen sofort Mitteilung zu machen ist und letztere ihrerseits die erforderlichen Anordnungen zu treffen haben (vgl. hierzu die preuß. Ausf.-Ges. vom 28. Aug. 1905 — G.S. S. 373 —). Da auch von den Gemeinden in großem Umfange Gesundheitspflege im Rahmen der allgemeinen Wohlfahrtspflege betrieben wird und ihnen auch in der Regel sachverständige Personen zur Verfügung stehen, würde sich die Übertragung dieses Zweiges der Gesundheitspolizei auf die Gemeinden als Selbstverwaltungsangelegenheit allenfalls rechtfertigen lassen. Abgesehen von der Notwendigkeit einer einheitlichen Seuchenbekämpfung, die aber bereits durch Erlaß der vorerwähnten Gesetze gewährleistet ist, bestehen m. E. hiergegen keine Bedenken. — Das gleiche gilt hinsichtlich des übrigen Tätigkeitsgebietes der Gesundheitspolizei, welches sich auf die Überwachung des Verkehrs mit gesundheitsgefährlichen Waren (z. B. Gifte, blei- und zinkhaltige Gebrauchsgegenstände)²⁾, beschränkt.

Von besonderer Bedeutung ist die Gewerbebehörde. Ihre wichtigsten Funktionen liegen auf Grund der Gewerbeordnung regelmäßig nicht den Ortspolizeibehörden ob. Die Gewerbeordnung setzt selbst die Zuständigkeiten schon in gewissem Rahmen fest. Der Ortspolizei bleibt nur eine untergeordnete, in der Hauptsache überwachende Tätigkeit (z. B. §§ 15, 105 b, 108, 120 d. GewO.). Es würde sachlich kein Bedenken bestehen, diese geringen Befugnisse den Gemeinden zu übertragen, obwohl bemerkenswert ist, daß die tatsächliche Entwicklung der letzten Jahre in entgegengesetztem Sinne verlaufen ist. Während gewisse Ausnahmen von der Sonntagsruhe im Handelsgewerbe nach § 105 b Abs. 2 GewO. früher durch Ortsstatut angeordnet werden konnten, hat die Verordnung vom 5. Februar 1919 (RGBl. S. 176) an seine Stelle die ortspolizeiliche Regelung gesetzt.

Bei der Gewerbebehörde tritt insofern eine Schwierigkeit besonders

¹⁾ Vgl. auch Margarinegesetz vom 15. Juni 1897 nebst Ergänzungen; Weingesetz vom 7. April 1909 u. a.

²⁾ Vgl. Gesetz vom 5. Juli 1887 — RGBl. S. 277 —, Gesetz vom 25. Juni 1887 — RGBl. S. 273 — u. a.

hervor, als die Befugnisse in der Gewerbeordnung vielfach der „unteren Verwaltungsbehörde“ übertragen sind, worunter in einer Anzahl von Fällen in Städten über 10000 Einwohner die Ortspolizeibehörde, im übrigen der Landrat zu verstehen ist. Es dürfte kaum durchführbar sein, daß die gleiche Angelegenheit, die in kleineren Städten der Landrat als staatliche Angelegenheit führt, in größeren dem Magistrat als Selbstverwaltungsangelegenheit übertragen wird. Man müßte dann schon einen Schritt weiter gehen und auch dem Kreise polizeiliche Angelegenheiten als Selbstverwaltungsangelegenheiten überlassen, wobei jedoch ganz neue, im Vorliegenden nicht zu erörternde Gesichtspunkte in Betracht zu ziehen wären.

Eine ganz besondere Rolle spielt die Verkehrspolizei, deren Aufgabe es ist, für die Aufrechterhaltung und Leichtigkeit des Verkehrs auf öffentlichen Wegen, Straßen usw. zu sorgen. Zusammen mit ihr ist zu erörtern die Wegepolizei, welche für den verkehrsmäßigen Zustand der Wege Sorge zu tragen hat. Die Verkehrspolizei selbst den Gemeinden als Selbstverwaltungsangelegenheit zu übertragen, dürfte kaum angängig sein, da gerade hier alle Zweige der polizeilichen Tätigkeit, insbesondere auch solche, die dem Staate unter allen Umständen vorbehalten bleiben müssen, stark beteiligt sind. Ebenso wenig aber dürfte es angängig sein, einzelne Teile der Verkehrspolizei abzusondern.

Bei der Wegebaupolizei werden vielfach Interessenkollisionen zwischen den finanziellen Sonderinteressen einer Gemeinde und den allgemeinen Verkehrsnotwendigkeiten hervortreten. Wo aber häufig Interessenkollisionen vorkommen können, ist es nicht ratsam, die Entscheidung der als Partei interessierten Stelle zu überlassen.

Die Sittenpolizei bekämpft, soweit eine ortspolizeiliche Regelung in Frage kommt, in der Hauptsache Mißbrauch und Übermaß des Wirtschaftsbetriebes und der Lustbarkeiten sowie die öffentliche Unsittlichkeit. Im Vordergrund steht hier weniger das Moment der Sicherheit als vielmehr in erster Linie die öffentliche Ordnung und mit ihr sekundär eine gewisse Wohlfahrtsförderung. Ob man die Sittenpolizei den Gemeinden als Selbstverwaltungsangelegenheit übertragen will, dafür ist maßgebend, ob man den verschiedenen Auffassungen, wie sie in den einzelnen Städten je nach politischer und konfessioneller Zugehörigkeit der städtischen Organe bestehen, mehr oder weniger Rechnung tragen will. Theoretisch besteht gegen eine Übertragung auf die Gemeinden kein Bedenken. —

Die vorstehenden Ausführungen erschienen notwendig, weil es einem Bedürfnis entspricht, die Übertragung der Ortspolizei auf die Gemeinden als Selbstverwaltungsangelegenheit nicht bloß abstrakt, sondern ganz konkret zu erörtern. Die Darlegungen ergeben, daß, selbst wenn man einen Teil der heute den Polizeibehörden obliegenden Aufgaben wirklich auf die Gemeinden übertragen will, immerhin noch die Wahl zwischen mehreren Möglichkeiten (2a, b, c) besteht.

Man hat theoretisch nach dem Gesagten folgende Stufen zu unterscheiden:

1. Keinesfalls übertragen werden kann

a) grundsätzlich, weil mit den staatlichen Interessen unvereinbar, insbesondere die Kriminal-, Vereins-, Versammlungs-, Preß-, Fremden-, Aufruhr- und Wucherpolizei,

b) weil nicht zum Übertragen geeignet infolge des Überwiegens staatlicher Interessen oder infolge des Erfordernisses der Wahrung einer Einheitlichkeit innerhalb größerer Bezirke: Armen-, Feld-, Forst-, Jagd-, Fischerei-, Wasser-, Viehseuchen-, Verkehrs- und Baupolizei (ohne Siedlungs- und Fluchtlinienpolizei).

2. Auf die Gemeinden kann übertragen werden

a) weil lediglich Wohlfahrtspflege und daher schon an sich nicht materiell zur Polizei gehörig: Verunstaltungs-, Wohnungs- (Förderung des Wohnungsbaues), Schulpolizei und Aufsicht über Innungen usw.

b) einzelne Zweige der Verwaltungspolizei, in denen wohlfahrtspflegerische Aufgaben überwiegen oder doch oft eine ausschlaggebende Rolle spielen: Feuerversicherungspolizei, Sittenpolizei, Fluchtlinien- und Siedlungspolizei,

c) diejenigen Teile der Verwaltungspolizei, bei denen staatliche oder über das Gemeindegebiet hinausragende Interessen nicht überwiegen und eine einheitliche Durchführung im ganzen Lande nicht erforderlich erscheint oder sich aus der Natur der Sache ergibt: Feuerpolizei (ohne Feuerversicherungspolizei), evtl. Nahrungsmittel-, Gesundheits-, und Gewerbepolizei, soweit letztere überhaupt Sache der Ortspolizeibehörden ist, jedoch ohne die Innungsaufsicht.

cc) Entscheidet man sich für einen der genannten Wege, so darf man nicht übersehen, daß dann auch bezüglich der heutigen Verteilung der polizeilichen Angelegenheiten auf die einzelnen Gemeinden im Vergleich zum augenblicklichen Zustand gewisse Änderungen erforderlich würden. Würde man ohne solche Änderungen eine der vorstehenden Verteilungen vornehmen, so würde sich ergeben, daß in Städten mit staatlicher Polizeiverwaltung der eine Teil der polizeilichen Tätigkeit den Gemeinden als Selbstverwaltungsangelegenheit, ein anderer ihnen als Auftragsangelegenheit und ein dritter überhaupt staatlichen Behörden als eigene staatliche Aufgabe obläge.

Aber es ergeben sich noch weitere Schwierigkeiten bei einer Übertragung der Verwaltungspolizei bzw. einzelner Teile auf die Gemeinden. Zunächst fragt es sich, ob eine Zerreißung der verschiedenen Gebiete, wie sie nach Vorstehendem unbedingt erforderlich sein würde, praktisch tragbar ist. Gerade PREUSS wendet sich gegen die Trennung der Polizei als der negativen Tätigkeit von den übrigen Tätigkeiten innerhalb des gleichen Verwaltungszweiges. Jetzt würde aber noch eine Trennung innerhalb der einzelnen Polizeigebiete selbst erforderlich werden. Am klarsten tritt das hinsichtlich der Baupolizei zutage. M. E. ist es ausgeschlossen, eine solche Zerreißung einzelner Gebiete zu vermeiden, und zwar schon deshalb, weil die einzelnen Arten polizeilicher Tätigkeit immer wieder ineinander übergreifen. So enthält beispielsweise die Baupolizei gesundheits-, feuer-, sitten- usw. polizeiliche Momente.

Wird nur ein Zweig, z. B. die Gesundheitspolizei, der Gemeinde übertragen, so ist nicht abzusehen, welche Auswirkungen das für die verschiedensten anderen Verwaltungszweige hat. Eine Unzahl von Grenzstreitigkeiten würden bei noch so vorsichtiger Formulierung die Folge sein müssen. Im heutigen Recht kommen solche Grenzstreitigkeiten auch schon vor. So ist es beispielsweise für die Anwendung der §§ 55 ff. des Zuständigkeitsgesetzes von Wichtigkeit zu entscheiden, ob eine Verfügung eine verkehrspolizeiliche oder eine wegebaupolizeiliche im Sinne des § 56 a. a. O. ist. Auch bei der heutigen Abgrenzung der polizeilichen Aufgaben in Städten mit staatlicher Polizeiverwaltung sind die verschiedensten Streitigkeiten zwischen der staatlichen und kommunalen Polizeibehörde möglich. So wurde, um nur ein Beispiel zu nennen, seinerzeit in Potsdam streitig, ob die Benennung von Straßen Sache der Verkehrs-, der Wege- oder der Baupolizei sei. Erstere wird von einer staatlichen Behörde verwaltet, die ihre Zuständigkeit behauptete. Bei einer Übertragung einzelner Gebiete der Verwaltungspolizei auf die Gemeinden werden derartige Streitigkeiten noch erheblich zunehmen.

Es ist auch zu bedenken, daß durch das jetzige System vielfach Interessenkollisionen vermieden werden, die auf allen den Gebieten eintreten können, wo die Stadtgemeinde ein eigenes finanzielles Interesse hat, das mit demjenigen der polizeilichen Anforderungen in Widerspruch steht. Beispiele für solche Interessenkollisionen sind etwa: Forderung einer ausreichenden von der Stadt zu finanzierenden Straßenbeleuchtung durch die Polizei, Erweiterung und Ausbau des Wegenetzes usw.

dd) Ein Umstand, der m. E. die größte Beachtung verdient, wird aber gewöhnlich von den Vertretern der Forderung der Übertragung der Polizei auf die Gemeinden übersehen. Sie pflegen darauf hinzuweisen, daß in anderen deutschen Staaten die Polizei bereits längst Selbstverwaltungsangelegenheit sei. Das stimmt formell, ist aber materiell außerordentlich zweifelhaft, da es sich hier vielfach nur um Selbstverwaltung dem Namen nach handelt, während sich tatsächlich die Tätigkeit der Gemeinden von der Ausübung einer Auftragsangelegenheit im Sinne des preußischen Rechts nur wenig unterscheidet. Als Musterbeispiel möge die gewöhnlich ins Feld geführte Regelung in Württemberg dienen, wo die Ortspolizei in der Gemeinde- und Bezirksordnung vom 28. Juli 1906 ausdrücklich zur Selbstverwaltungsangelegenheit erklärt ist. Während Artikel 186 die Kommunalaufsicht regelmäßig darauf beschränkt, daß

1. die gesetzlich den Gemeinden zustehenden Befugnisse nicht überschritten werden,
 2. die gesetzlich den Gemeinden obliegenden öffentlichen Verbindlichkeiten erfüllt werden und
 3. die gesetzlichen Vorschriften über die Geschäftsführung bei der Verwaltung der Gemeindeangelegenheiten, insbesondere des Gemeinde- und Stiftungsvermögens, beobachtet werden,
- besteht auf dem Gebiete der Aufsicht über die polizeiliche Tätigkeit

der Gemeinden trotz des angeblichen Selbstverwaltungsrechts eine weitgehende Anordnungsbefugnis. So lautet der dafür grundlegende Artikel 194 wie folgt:

„Die gesamte Polizeiverwaltung in den Gemeinden, soweit sie von den Organen derselben gehandhabt wird, unterliegt der Aufsicht des Oberamts... und der Oberaufsicht der Kreisregierungen und des Ministeriums des Innern.

Innerhalb ihres polizeilichen Wirkungskreises können die Gemeindebehörden zur Ausführung der gesetzlich bestehenden Vorschriften und zur Erlassung der zur Abwendung von Gefahren für das öffentliche Wohl notwendigen polizeilichen Verfügungen von der Aufsichtsbehörde aufgefordert und angehalten werden. Die für einzelne Fälle ergehenden polizeilichen Anordnungen oder Verfügungen der Gemeindebehörden, welche gegen ein Gesetz oder die gesetzmäßige Anordnung einer höheren Behörde verstoßen, oder welche das öffentliche Wohl oder berechnigte Interessen einzelner verletzen oder gefährden, können von der Aufsichtsbehörde nach Anhörung der Gemeindebehörde außer Wirkung gesetzt werden.“

Weniger weitgehend als in Preußen ist lediglich die Vorschrift, daß „Verfügungen, welche lediglich eine Benachteiligung einzelner enthalten“, nur dann von der staatlichen Aufsichtsbehörde außer Kraft gesetzt werden können, wenn der Betroffene rechtzeitig dagegen Beschwerde erhebt. Ferner heißt es:

„Auf dem Gebiete der Sicherheits- und Gesundheitspolizei können die Aufsichtsbehörden, wenn die Gemeindebehörden einer Aufforderung zur Ergreifung der erforderlichen Maßregeln nicht nachkommen, oder in Fällen, in welchen die Aufforderung eine nachteilige Verzögerung zur Folge haben würde, auch ohne eine solche Aufforderung die zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und des allgemeinen Wohls gebotenen Maßregeln an Stelle der Gemeindebehörden treffen.“

Daraus ergibt sich, daß die staatlichen Befugnisse den Gemeinden gegenüber auf dem Gebiete der Polizei auch in Württemberg nicht viel geringer sind als in Preußen, obwohl die Polizei hier Auftrags-, dort Selbstverwaltungsangelegenheit ist. Der Hauptunterschied besteht lediglich darin, daß die Gemeindebehörde auch auf polizeilichem Gebiete der Gemeindevertretung gegenüber die Verantwortung zu tragen hat. Ob man in diesem Mehr, das die Gemeindebehörde trifft, einen Vorteil sehen kann, kann dahingestellt bleiben. Vom Standpunkt des Staates aus betrachtet besteht bei einer derartig weitgehenden Aufsicht in polizeilichen Angelegenheiten kaum ein Unterschied zwischen der Durchführung der Polizei als Auftrags- oder Selbstverwaltungsangelegenheit. Im übrigen ist nunmehr auch die Polizei in Württemberg in der Verstaatlichung begriffen, woraus zu schließen ist, daß die mit dem früheren Rechte gemachten Erfahrungen doch nicht so ideale waren, wie manche gern glauben machen möchten.

Andererseits folgt aber aus dem Vorstehenden auch, daß DREWS¹⁾ recht hat, wenn er aus der Differenzierung der gewöhnlichen Kommunalaufsicht und der Polizeiaufsicht in Staaten, die die Polizei den Gemeinden als Selbstverwaltungsangelegenheit übertragen haben, auf die eben nicht zu verbergende begriffliche Verschiedenheit des polizeilichen Gebiets von der übrigen Verwaltungstätigkeit hinweist.

ee) Auch die politischen Gründe für eine Übertragung der Orts-

¹⁾ Verwaltungsreform, S. 43.

polizei als Selbstverwaltungsangelegenheit auf die Gemeinden sind nicht stichhaltig¹⁾. Man wies früher — und auch in dem erwähnten Aufsatz von HERZ²⁾ spielt das eine Rolle — wiederholt daraufhin, daß mit Hilfe der Polizei die herrschenden Klassen des Staates sich unberechtigte Eingriffe in die Sphäre des einzelnen, besonders in politischen Fragen zuschulden kommen ließen. Wäre die Polizei als Selbstverwaltungsangelegenheit in der Hand der Gemeinden gewesen, so wäre der Bürgermeister der Gemeindevertretung dafür verantwortlich gewesen und hätte sich wahrscheinlich gescheut, gewisse Amtshandlungen vorzunehmen, die er nun mit einem Hinweis auf die Unzuständigkeit der Stadtverordnetenversammlung in polizeilichen Angelegenheiten abtun oder bestenfalls mit einer Anweisung vorgesetzter staatlicher Dienststellen begründen und entschuldigen konnte. Es ist aber ein verhängnisvoller Fehler von Theorien und politischen Forderungen auch dann nicht abzugehen, wenn ihre Voraussetzungen längst beseitigt sind. Die Forderung der Übertragung der Polizei auf die Gemeinden als Selbstverwaltungsangelegenheit ist mit derartigen Begründungen heute nicht mehr zu rechtfertigen, weil in unserer jetzigen parlamentarisch regierten Republik die Minister vom Landtage jederzeit ebenso leicht zur Verantwortung gezogen werden können und werden, wie die Bürgermeister von den Gemeindevertretungen, ja daß sogar unter Umständen die Stellung eines Ministers leichter zu erschüttern ist als die eines Bürgermeisters, so daß die Polizei in der Hand des Staates heute einen wirksameren Schutz der persönlichen Freiheit und politischen Rechte bietet als in der Hand der Gemeinden, deren Verwaltung überdies vielfach derartig politisiert ist, daß durchweg eine objektivere Handhabung der Polizei durch staatlicher Anweisung unterworfenen Behörden zu erwarten ist.

Andererseits würde man den Staat, dessen Machtmittel zu stärken heute eine der wichtigsten Aufgaben sein sollte, einer bedeutenden Handhabe, seinen Einfluß zu erhalten und möglichst wieder zu erweitern, berauben, wenn man ihm die auf die verschiedensten Gebiete übergreifende Verwaltungspolizei nähme. Daß überdies in fast allen Zweigen der Verwaltungspolizei ein mehr oder weniger stark hervortretendes sicherheitspolizeiliches Moment enthalten ist und daß man daher mit der Verwaltungspolizei auch einen nicht unbeträchtlichen Teil materieller Sicherheitspolizei auf die Gemeinden übertragen müßte, sowie ferner, daß eine allen Teilen gerecht werdende Abgrenzung keineswegs leicht zu finden wäre, ist bereits oben angedeutet worden.

Schließlich verdient aber hervorgehoben zu werden, daß gerade auf dem Gebiete der Polizei eine größtmögliche Einheitlichkeit erstrebt werden muß, die nur bei Erhaltung des staatlichen Anweisungsrechts erreichbar ist. Man muß insbesondere auch bedenken, daß es sich bei unserem Problem nicht bloß um Großstädte handelt, sondern daß auch

¹⁾ Vgl. zum folgenden meine Ausführungen in Nr. 392 der „Schlesischen Volkszeitung“ vom 27. August 1924.

²⁾ Vgl. Die Gemeinde, 1924 S. 6ff.

kleine und kleinste Städte die Polizei als Selbstverwaltungsangelegenheit ausüben wollen. Letzteren werden auf vielen Gebieten die erforderlichen vorgebildeten Hilfskräfte fehlen, um übersehen zu können, ob eine Angelegenheit im einzelnen Gefahren für das Publikum, die abzuwehren ja Aufgabe der Polizei ist, mit sich bringt. Das gilt beispielsweise von der Baupolizei, wo unbedingt die Möglichkeit bleiben muß, durch gewisse, über die Gesetze hinausgehende Richtlinien denjenigen Gemeinden, die nach Ansicht des Staates selbst zur richtigen Beurteilung der Lage der Einzelfälle nicht imstande sind, bestimmte Anweisungen zu erteilen. Was würde das Publikum sagen, wenn etwa zu einer Aufstockung in der einen Stadt die Erlaubnis erteilt, in der benachbarten bei einem ganz gleichliegenden Falle versagt und eine Beschwerde damit abgewiesen würde, es handele sich hier um eine Selbstverwaltungsangelegenheit der Gemeinde und, solange kein Gesetz verletzt sei, könne die Aufsichtsbehörde nichts veranlassen!

Was dem einen recht ist, ist dem andern billig! Wenn man die Verwaltung der Ortspolizei begriffsnotwendig als Selbstverwaltungsangelegenheit der Städte erklärt, dann muß man den Landgemeinden gegenüber die gleichen Grundsätze gelten lassen. Welche Folgerungen sich dann weiter ergeben würden, braucht nicht ausgeführt zu werden.

ff) Aus dem Vorstehenden lassen sich folgende Folgerungen ziehen:

1. Begrifflich möglich und zweckmäßig erscheint es, die gesamte Tätigkeit der Polizeibehörden, die lediglich wohlfahrtspflegerischer Art ist, auf die Gemeinden als Selbstverwaltungsangelegenheit zu übertragen, wobei jedoch diese Übertragung nicht unter dem Namen „Polizei“ zu erfolgen haben wird, da es sich tatsächlich nicht um materiell polizeiliche Tätigkeit handelt. Eine weitergehende Übertragung eigentlich polizeilicher Angelegenheiten scheint mir zu unüberwindlichen praktischen und theoretischen Schwierigkeiten zu führen. Will man daher den gegenwärtigen Rechtszustand abändern, so wird man sich für diesen Weg zu entscheiden haben.

2. Sollten aber doch gewisse Zweige der Verwaltungspolizei den Gemeinden als Selbstverwaltungsangelegenheit übertragen werden, so wird eine bis weit in die Einzelheiten gehende Abgrenzung der verschiedenen Gebiete erforderlich sein und ferner zur Vermeidung einer allzu großen Verwirrung in Orten mit staatlicher Polizeiverwaltung den Gemeinden diejenigen polizeilichen Aufgaben genommen und auf die staatlichen Behörden übertragen werden müssen, welche nicht zu dem ihnen als Selbstverwaltungsangelegenheit übertragenen Gebiete gehören.

3. Will man die gesamte Verwaltungspolizei als Selbstverwaltungsangelegenheit auf die Gemeinden übertragen, so bleibt nichts anderes übrig, als in den Gemeindeverfassungsgesetzen, ähnlich der oben erwähnten Regelung in Württemberg, mehrere Paragraphen einzufügen, worin die dann notwendige Kommunalaufsicht auf polizeilichem Gebiete gegenüber dem jetzigen Zustande der Kommunalaufsicht ganz erheblich erweitert wird. Auf eine derartige Polizeiaufsicht würde unter keinen Umständen verzichtet werden können.

4. Eine Übertragung der Sicherheitspolizei auf die Gemeinden als Selbstverwaltungsangelegenheit ist indiskutabel.

b) Während auf dem Gebiete der Polizei heute eigentlich nur eine rechtspolitische Streitfrage über die künftige Gestaltung der polizeilichen Organisation im Staate existiert, herrscht über die Rechtsnatur des öffentlichen Schulwesens die größte Verwirrung schon *de lege lata*, die in der Praxis noch vergrößert wird durch die Trennung der Verwaltung des höheren und Volksschulwesens.

Es ist hier nicht der Ort, neben die trefflichen Ausführungen von ANSCHÜTZ¹⁾ neue zu stellen, die sachlich und rechtlich das meiste von ANSCHÜTZ' Darlegungen wiederholen müßten. Auch in seiner Polemik gegen andere Autoren ist ANSCHÜTZ in allen wichtigen Fragen zuzustimmen. Nur in einem wesentlichen Punkte wird man m. E. eine abweichende Stellung einzunehmen haben.

ANSCHÜTZ und mit ihm die herrschende Lehre¹⁾ teilen das Schulwesen in das äußere und innere. Ersteres sei Sache, d. h. Selbstverwaltungsangelegenheit der Gemeinde, letzteres Aufgabe des Staates. Diese Trennung in beide Arten von Schulangelegenheiten ist m. E. überflüssig. Betrachtet man das Schulwesen in seiner Gesamtheit als eine den Gemeinden als solchen übertragene Auftragsangelegenheit, so erklärt sich alles Weitere zwanglos.

Daß das Schulwesen als Ganzes Auftragsangelegenheit ist, folgt aus § 1 II 12 des Allgemeinen Landrechts und aus § 18 der Regierungsinstruktion vom 23. Oktober 1817 (GesS. S. 248).

Es liegt nun gerade im Wesen einer Auftragsangelegenheit, daß der sachliche Gang der Geschäfte — hier der innere Schulbetrieb — unter unmittelbarer Anweisung des Staates erfolgt, daß also in dieser Beziehung eine staatliche Aufgabe erfüllt wird, die von dem betreffenden Verbandsorgan als Organ des Staates durchzuführen ist. Dabei ergibt sich als Reflex, daß, sofern nicht abweichende Vorschriften bestehen, die Gemeinde die äußeren Einrichtungen auf ihre Kosten selbst zu beschaffen hat. Lediglich für die Anstellung und Besoldung der Volksschullehrer ist aus rein praktischen Gründen²⁾ in § 51 des Volksschullehrerdienst-einkommengesetzes vom 17. Dezember 1920 eine äußerlich eigenartig erscheinende Regelung getroffen, indem das Stellenbesetzungsrecht bei Schulen bis zu 7 Schulstellen für sämtliche Lehrer, bei Schulen von mehr als 7 Schulstellen für ein Drittel aller Lehrer dem Staate allein zusteht. Sieht man davon ab, daß die Leitung der Ortspolizei einem bestimmten Beamten übertragen ist, so herrscht im übrigen das gleiche Prinzip bei Polizei- und Schulwesen. Dort wie hier hat die Gemeinde „das Haus“ und die sonstigen Mittel zu einer glatten Durchführung der Polizei bzw. der Schule zur Verfügung zu stellen, und doch fällt es niemandem ein, deswegen zu sagen, die innere Polizei sei staatliche, die äußere Selbstverwaltungsangelegenheit der Gemeinde. Daß die recht-

¹⁾ Verfassungsurkunde, Bd. 1, S. 409ff., vgl. die dort angezogene Literatur; von neueren Autoren vgl. PETERS i. Stier-Somlos Handbuch, Bd. 2, Teil 1, S. 453 ff. GÜNTHER: S. 31 ff. ²⁾ Vgl. JAECKEL: Anm. 1 zu § 51.

liche Stellung der Volksschullehrer eine andere ist als die der Polizeibeamten, beruht auf einer das Prinzip als solches nicht verletzenden positivrechtlichen Regelung. Im übrigen stehen die im Volksschulunterhaltungsgesetz vom 28. Juli 1906 (GesS. S. 335) und im Schulanforderungsgesetz vom 26. Mai 1887 (GesS. S. 175) erlassenen Vorschriften nicht etwa in Widerspruch mit dem bei Auftragsangelegenheiten üblichen Grundsatz, sondern dienen nur seinem weiteren Ausbau für die speziellen Bedürfnisse des Volksschulwesens. Die beiden genannten Gesetze entsprechen also in ihrer rechtlichen Bedeutung insbesondere den §§ 3, 4 des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. März 1850, das freilich eine sehr viel einfachere Regelung trifft.

Faßt man das gesamte öffentliche Schulwesen als Auftragsangelegenheit auf, so erklären sich auch zahlreiche Erlasse, an deren Rechtsgültigkeit dadurch Zweifel entstanden waren, daß man das äußere Schulwesen für eine vom inneren verschiedene Aufgabe, für eine besondere Selbstverwaltungsangelegenheit hielt. Die Unmöglichkeit einer solchen Scheidung zeigt sich aber immer wieder.

Ob man das Schulwesen de lege ferenda zur Selbstverwaltungsangelegenheit machen soll, wie von den Gemeinden vielfach gefordert wird, ist eine Frage, deren Beantwortung von kulturpolitischen Erwägungen abhängt. Als Staatsangelegenheit wird im Schulwesen am ehesten ein Ausgleich zwischen den verschiedenen Weltanschauungen zu erreichen sein. Bei einer Übertragung als Selbstverwaltungsangelegenheit wird leicht in der einen Gemeinde die Schule für eine bestimmte Weltanschauung gewonnen, geht dafür aber ebenso schnell allen anderen verloren. Es ist ein Fehler, daß die Gemeinden bei ihren Forderungen auf dem Schulgebiete allzusehr ihre finanziellen Wünsche in den Vordergrund schieben.

III. Als Ergebnis der vorstehenden Untersuchungen ist festzustellen: Der Wirkungskreis der Gemeinden umfaßt — vom Standpunkte des Staates aus betrachtet — Selbstverwaltungs- und Auftragsangelegenheiten, je nachdem ob die Gemeinden unter alleiniger eigener Verantwortung oder als Organe des Staates tätig werden; dabei ist es in dieser Hinsicht von nur untergeordneter Bedeutung, ob die Ausführung der Gemeinde oder unmittelbar einem bestimmten Kommunalbeamten übertragen wird.

Ob eine Aufgabe als Selbstverwaltungs- oder Auftragsangelegenheit zu übertragen ist, dafür bestehen keine begrifflich zwingenden Gründe. Die Verteilung der den Gemeinden obliegenden Angelegenheiten auf beide Gruppen ist vielmehr eine reine Zweckmäßighkeitsfrage. Das gilt insbesondere für das Polizeiwesen und das Schulgebiet. Es empfiehlt sich, ersteres als Auftragsangelegenheit beizubehalten, es aber der Gemeinde als solcher zu übertragen.

Begrifflich möglich sind Auftragsangelegenheiten des Staates wie des Reichs¹⁾. Nach unserer Verwaltungsorganisation treten aber Reich und

¹⁾ Z. B. Hilfeleistung der Gemeindevorsteher in Steuersachen; vgl. auch § 22 RAbgO.

Gemeinden in der Regel nicht in unmittelbare Beziehungen. Das hat zur Folge, daß das Reich grundsätzlich nicht die Gemeinden und ihre Beamten als seine Organe tätig werden läßt, sondern seine Einwirkung auf die Gemeinden dadurch auszuüben sucht, daß es durch Gesetz möglichst eingehende Regelungen trifft. Umgekehrt zieht es der Staat vor, den Umfang der gesetzlichen Vorschriften möglichst zu beschränken, dafür aber durch Übertragung als Auftragsangelegenheit seinen Einfluß auf gewissen Gebieten zu sichern. Diese Folgerung, die aus dem grundsätzlichen Verhältnis von Reich, Staat und Gemeinden sich ergibt, wird vielfach verkannt; prinzipiell wird man gegen die bisher geübte Praxis nichts einwenden können, da eine eingehende reichsgesetzliche Regelung auf Gebieten, die zur Zuständigkeit des Reichs gehören, einer Zuteilung von Reichsauftragsangelegenheiten an die Gemeinden vorzuziehen ist.

Literatur. Wie zum 1. und 2. Kapitel.

Außerdem: ANSCHÜTZ: Die Polizei. 1910. — ANSCHÜTZ: Die Verfassungs-
urkunde für den preußischen Staat. Bd. 1. 1912. — v. ARNSTEDT: Das preußische
Polizeirecht. 1905. — v. BRAUCHITSCH: Preußische Verwaltungsgesetze. 20. Aufl.
Bd. 2. — DREWS: Grundzüge einer Verwaltungsreform. 1917. — GERLAND: Über
den Begriff der Polizei und insbesondere der Sicherheitspolizei nach preußischem
Rechte. Arch. f. öff. Recht. Bd. 5, S. 1 ff. 1890. — GÜNTHER: Die staatsrechtliche
Stellung des Gemeindevolksschullehrers in Preußen. 1919. — HELFRITZ: Zum gegen-
wärtigen Stand der preußischen Verwaltungsreform. Arch. f. öff. Recht. Bd. 5.
1923, S. 113 ff. (Neue Folge.). — HERZ: Selbstverwaltung und Polizei. Die Gemeinde.
1924, S. 6 ff., 79 ff., 178 ff. — JAECKEL: Das Volksschullehrerdieneinsteinkommens-
gesetz. 1925. — JEBENS: Zur neueren Sicherheits- und Wohlfahrtspolizei. Preuß.
Verw.Bl. Bd. 23, S. 625 ff. — KITZ: Ist die Umwandlung einer „Selbstverwaltungs-
angelegenheit“ in eine staatliche „Auftragsangelegenheit“ durch preußisches Gesetz
mit der Verfassung vereinbar? Preuß. Verw.Bl. Bd. 45, S. 250 ff. — KÜLZ: Referat
auf der Versammlung des 6. Deutschen Städtetags. Deutsche Gemeindezeitung.
1924, S. 314. — MEYER-DOCHOW: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts.
3. Aufl. 1910. — PETERS: Schulrecht. Stier-Somlos Handbuch des kommunalen
Verfassungs- und Verwaltungsrechts. Bd. 2. Teil 1, S. 437 ff. 1916. — ROSIN:
Begriff und Umfang der Polizeigewalt. Verw. Arch. Bd. 3, S. 112. — SEYDEL:
Die Sicherheitspolizei i. Schönbergs Handbuch der politischen Ökonomie. 4. Aufl.
Bd. 3. Teil 2. 1898. — THOMA: Der Polizeibefehl im badischen Recht. Bd. 1.
1906. — Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer.
2. Heft. 1925. — VOGELS: Die preußische Verfassung. 1921. —

Achtes Kapitel.

Die Kommunalaufsicht.

I. Die Kommunalaufsicht — vom Standpunkte des Staates aus betrachtet auch „Staatsaufsicht“ genannt — bildet eins der wichtigsten Gebiete, auf dem sich das Verhältnis von Staat und Gemeinden widerspiegelt. Vielfach glaubte man in ihr das ganze Problem der gegenseitigen Beziehungen beider erschöpft und erblickte in ihr die einzige Grenze der Selbstverwaltung. Zu betonen ist aber, daß die Kommunalaufsicht nur dort und nur insoweit Platz greifen kann, als die Selbstverwaltung der Gemeinden reicht¹⁾. Sie ist das notwendige Korrelat zur Selbstverwaltung, widerspricht also nicht ihrem Wesen und ist keineswegs bloß als notwendiges Übel in Kauf zu nehmen²⁾. Recht zutreffend hat v. KÖNIG³⁾ darauf hingewiesen, daß man nicht — mathematisch ausgedrückt — davon ausgehen darf, daß die Summe der öffentlichen Rechte von Staat und Gemeinde eine bestimmte Größe haben, von der man jedem der Beteiligten einen Anteil abgeben könne; dann ständen Polizeistaat, wo alle Rechte dem Staate übertragen würden, und Selbstverwaltung im umgekehrten Verhältnis. In Wahrheit ergänzen sich Selbstverwaltung und Staatsaufsicht so, daß die Steigerung oder Abschwächung auf der einen Seite eine gleichlaufende Maßnahme auf der anderen bedingt.

Es mag vielleicht übertrieben sein zu sagen, daß dieses Mehr, das durch eine Verstärkung der Selbstverwaltung ausgelöst wird, gerade der Staatsaufsicht zugelegt werden muß. Richtig ist aber, daß das Verhältnis von Staat und Gemeinden sich stets in einer Gleichgewichtslage gegenseitiger Machtfülle befinden muß und daß eine Stärkung der Macht auf der einen Seite eine solche auf der anderen Seite notwendig macht. Dabei wird freilich in den meisten Fällen — wenn auch nicht unbedingt — das hinzuzufügende Mehr auf seiten des Staates dem Faktor Kommunalaufsicht zugelegt werden.

Die Richtigkeit dieses Prinzips haben wir in der Nachkriegszeit deutlich erfahren. Die Macht der Gemeinden gegenüber dem Staate hat sich insofern vermehrt, als die Gemeinden, wie im 10. Kapitel gezeigt wird, durch ihre Vereinigungen eine starke Einwirkung auf Staat

¹⁾ Daher fallen Polizei- und Schulaufsicht nicht unter die Kommunalaufsicht.

²⁾ Anderer Ansicht WEINREICH: Verw.Arch. Bd. 13, S. 497. — Als Komplement der Selbstverwaltung sieht mit Recht HATSCHER (Selbstverwaltung S. 138) die Kommunalaufsicht an. ³⁾ S. 107ff.

und Reich erlangt haben. Die Folge war, daß dafür auf der anderen Seite durch eingehende gesetzliche Regelungen das freie Betätigungsfeld der Gemeinden zugunsten von Staat und Reich eingeschränkt wurde.

Mag diese Entwicklung im Großen mehr unbewußt vor sich gehen, in kleinerem Maßstabe zeigt die Begründung des Entwurfs der neuen Städteordnung — zwar versteckt, aber dem Wissenden klar — den Gedanken¹⁾, daß der Erweiterung der Selbstverwaltung hinsichtlich der sachlichen Betätigung der Gemeinden eine schärfere Handhabung der Aufsicht nach der persönlichen Seite entsprechen müsse.

Es ist nicht zu bestreiten, daß durch das positive Recht zwar die eine Schale der Wage — sei es die der Selbstverwaltung oder die der Kommunalaufsicht — eine Gewichtszulage erfahren kann, ohne daß ein entsprechendes Gegengewicht auf der anderen Seite einen Ausgleich schafft; wird aber auf die Dauer in größerem Maße von dem aufgestellten Grundsatz abgewichen, so ist die allmählich eintretende Folge entweder ein Zerfall des Staates in kleine Stadtrepubliken, wie sie aus dem Mittelalter bekannt sind, oder die Rückkehr zum Polizeistaat. Denn es ist ein allgemeingültiges Naturgesetz der politischen Dynamik, daß eine Macht, die erst einmal ein nennenswertes Übergewicht erlangt hat, sich nicht mit dem Erreichten begnügt, sondern sich zu erweitern und zu stärken sucht. Findet sie bei ihrem Gegenspieler nicht mehr einen unüberwindlichen Widerstand, m. a. W. hat sie bereits eine ausreichende Übermacht gewonnen, so wird sie sich ganz aus seiner Unterordnung lösen bzw. ihn sich gänzlich unterwerfen. Außenpolitische Beobachtungen bestätigen dies Ergebnis.

Die Erkenntnis dieses Prinzips sollte allen denen eine Warnung sein, die bloß der einen Seite geben und der anderen nehmen wollen. Die deutsche Geschichte zeigt im Mittelalter und Polizeistaat Beispiele für die Folgen derartiger Einseitigkeit.

II. 1. Die große Bedeutung der Kommunalaufsicht für das Verhältnis von Staat und Gemeinden und die Fülle der Literatur, die sich generell mit der Aufsicht des Staates über die Gemeinden oder mit einzelnen Spezialfragen dieses Gebietes befaßt, läßt vermuten, daß über die Grundfragen volle Klarheit herrscht. Daß aber das Gegenteil der Fall ist, hat noch vor kurzem ein maßgebender Kommunalpolitiker²⁾ ausdrücklich feststellen müssen. Auch das, was die Entwürfe der neuen kommunalen Verfassungsgesetze bringen, kann nicht etwa als eine wirkliche Lösung des Problems gelten; es genügt lediglich den bescheidenen Anforderungen einer Kodifikation des geltenden Rechts und Beseitigung einer Reihe von Streitfragen in einer mehr oder weniger systematischen Form.

Es ist hier weder der Ort, die Einzelheiten des X. Abschnittes des Entwurfs der Städteordnung oder des III. Teils des Entwurfs der Landgemeindeordnung einer eingehenden Kritik zu unterwerfen noch auch

1) Begründung z. Entw. der neuen StO., Allgem. Teil, S. 3.

2) LUTHER: Zukunftsaufgaben, S. 49.

einen Gegenvorschlag aufzustellen. Aber es erscheint mir bei dem heutigen Stande der Wissenschaft doch schon möglich, die Kommunalaufsicht legislatorisch systematisch zu erfassen. So sehr die inneren Verschiedenheiten zwischen öffentlichem und privatem Rechte zu beachten sind, so sollte doch die scharfe Systematisierung des Zivilrechts im öffentlichen Rechte überall dort Nachahmung finden, wo der Stand von Wissenschaft und Rechtsprechung es zuläßt¹⁾.

2. a) Wo die Kommunalaufsicht definiert wird, dort pflegt man damit zu bezeichnen diejenige Verwaltungstätigkeit des Staates, welche zum Zwecke hat, den Selbstverwaltungskörper im öffentlichen Interesse zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten und die gesamte von ihm geführte Verwaltung in Einklang zu bringen mit der übrigen öffentlichen Verwaltung²⁾.

Daß die Kommunalaufsicht Verwaltungstätigkeit ist, ist freilich nicht ganz unbestritten. GENZMER³⁾ stellt Aufsicht und Verwaltung in einen Gegensatz. Andere⁴⁾ halten die Betätigung der Aufsicht auch in der Form der Rechtsprechung für möglich.

Beiden Ansichten ist nicht zu folgen. Natürlich besteht die Mög-

1) So müßte beispielsweise etwa geklärt werden:

I. Begriff der Staatsaufsicht nach Inhalt und Umfang (Grenzen),

II. Ziel der Staatsaufsicht (Programmsatz),

III. Aufsichtsmittel (Unterteilung nach Arten; ihre innere logische Verbindung. Wesen und Zweck jedes Aufsichtsmittels; seine Voraussetzungen und Anwendung. Verfahren. Einheitliche Gesichtspunkte gehören voran!). Vgl. aber S. 226.

An einer gänzlichen Neufassung der einzelnen Vorschriften wird man nicht vorbeikommen; die bloße Übernahme korrigierter alter Bestimmungen ist keine Reform; eine solche scheint aber doch der Landtag zu erstreben.

Werden die Entwürfe in ihrer jetzigen Form Gesetz, so werden die Reformwünsche sehr schnell wieder erstehen; denn der Landtag, der sich hier mangels besserer Vorschläge recht leicht zufrieden gibt, wird sehr bald merken, daß diese „Reform“ keine Reform ist.

Was an Vorzügen der neuen Entwürfe hervorgehoben zu werden pflegt, ist durchweg geringfügiger Art und rechtfertigt die „Reform“ nicht. Lediglich die Zusammenziehung der zahlreichen Sondergesetze für die einzelnen Provinzen ist ein nennenswerter Vorteil, der aber durch zahlreiche Sondervorschriften in den Schluß- und Übergangsbestimmungen erheblich eingeschränkt wird. Einer Kodifikation der Rechtsprechung der höchsten Gerichte bedarf es nicht, da die maßgebenden Entscheidungen zu allen wichtigen Fragen den Beteiligten schon jetzt ebenso bekannt sind wie die Gesetze selbst und in der Praxis ihrem Werte nach den letzteren gleichgestellt werden. Die Neuordnung der Rechtsmittel gehört in den Rahmen der staatlichen Verwaltungsreform. Andere Neuerungen sind entweder nebensächlicher Art oder gänzlich bedeutungslos. Jedenfalls bezeichnet das Wort „Reform“ mehr den Willen als die Tat! Grundlegende Änderungen bringen die Entwürfe nicht. Hier zeigen sich die nachteiligen Folgen des verloren gegangenen Zusammenhangs zwischen Wissenschaft und Praxis besonders deutlich.

²⁾ Im Anschluß an v. MANGOLT: S. 52, 64; ähnlich BLODIG: S. 47f.. TRIEPEL: S. 121, definiert: Staatsaufsicht ist „die Gesamtheit staatlicher Handlungen, die zum Zwecke haben, das Verhalten der dem Staate Unterstellten in Übereinstimmung mit einem festen Richtmaß zu setzen und zu erhalten“. Auch O. MAYER (Verwaltungsrecht, Bd. 2, S. 392) schließt sich im wesentlichen dieser Definition an.

³⁾ LGO. S. 222.

⁴⁾ TRIEPEL: S. 136; v. MOELLER: Preuß. Stadtrecht, S. 362.

lichkeit, daß auch Justizbehörden beaufsichtigen; sie üben dann aber eben materiell Verwaltungstätigkeit aus. Die Unterordnung der Kommunalaufsicht unter die materielle Rechtsprechung beruht meist darauf, daß der Unterschied zwischen den Begriffen der Justiz und Verwaltung nicht genügend klar erfaßt ist. Wenn man mit TRIEPEL unter Rechtsprechung die obrigkeitliche Feststellung dessen, was im Einzelfalle Rechtens sein soll, die autoritative Unterstellung eines Tatbestandes unter eine Rechtsnorm versteht und sogar so weit geht, jede Bejahung der Zuständigkeit einer Behörde durch eigenen Ausspruch als Rechtsprechung anzusehen, so wird man freilich keinen Gegensatz zwischen Justiz und Verwaltung erkennen können. Aber TRIEPELS Definition der Justiz ist unvollständig; mindestens hebt sie das Unterscheidungsmerkmal zwischen Justiz und Verwaltung nicht genügend hervor.

Ein von mir¹⁾ gelegentlich aufgestelltes Unterscheidungsmerkmal, das freie Ermessen, kennzeichnet dort, wo es vorkommt, zwar stets die Verwaltung gegenüber der Justiz, indem es bei Akten der Rechtsprechung grundsätzlich fehlt; doch ist zugegeben, daß es allein zur Unterscheidung nicht genügt, da es eine Reihe von Fällen gibt, in denen für Verwaltungshandlungen das freie Ermessen kraft Gesetzes ausgeschlossen ist. Dann bleibt aber noch als wesentliches Merkmal, daß bei der Rechtsprechung der Staat eine überparteiliche Stellung einnimmt, von seinen eigenen Interessen abstrahierend lediglich das geltende Recht auf den seiner Entscheidung unterliegenden Fall anwendet. Die verfassungsmäßig geschützte Sonderstellung der Richter beruht gerade auf dem Umstande, daß diese auch der Staatsverwaltung gegenüber selbständig dastehen sollen.

Anders ist es bei der Verwaltung. Auch wo die Verwaltung nur auf Nachprüfung von Rechtmäßigkeit beschränkt und die Ausübung freien Ermessens so gut wie ganz beseitigt ist, dort ist ihre Tätigkeit doch immer eine parteiliche insofern, als stets die Wahrung des Staatsinteresses, welches als das der Gesamtheit fingiert wird, einziger Zweck und Ziel der Verwaltung ist. Gegenüber den Fällen, in denen die Behörden freies Ermessen walten lassen dürfen, besteht hier lediglich der Unterschied, daß der Gesetzgeber alle vorkommenden Fälle bereits genügend übersehen zu können glaubt, um die Voraussetzungen und Formen des Tätigwerdens der Verwaltungsbehörden zur Wahrung der Staatsinteressen von vornherein bestimmt festzulegen. Dabei mag zwar ein Verwaltungsakt einem solchen der Rechtsprechung äußerlich ähneln, beide sind aber trotzdem begrifflich verschieden. Gerade hierin liegt auch der Grund, weshalb man Verwaltungsakte, bei denen es nur auf Rechtsanwendung ankommt, häufig noch einer mehrinstanzlichen gerichtlichen Kontrolle unterwirft und warum in der Volksmeinung die Unparteilichkeit der Verwaltungsbehörden niemals der der ordentlichen oder Verwaltungsgerichte gleichgeachtet wird²⁾.

¹⁾ Vgl. Verwaltungswidrigkeit, S. 102ff.

²⁾ Die Erfassung dieses Gesichtspunktes müßte für die heute vielfach systemlose Einführung verwaltungsgerichtlicher Kontrolle in unseren Gesetzen von ausschlaggebender Bedeutung sein.

Das Gesagte gilt insbesondere für die Kommunalaufsicht. Kaum irgendwo anders wie gerade hier zeigt sich die Interessiertheit des Staates gleichsam als Partei-Vertreter der Gesamtinteressen gegenüber dem Sonderinteresse des einzelnen Verbandes so deutlich. Dagegen ist es sehr wohl denkbar — und das Vorhandensein dieser Möglichkeit beweist die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht —, daß bei einem Streit zwischen der Aufsichtsbehörde und dem beaufsichtigten Verbands die Entscheidung eines unparteiischen, nun wirklich authentisch rechtsanwendenden Gerichts angerufen wird. Nur so erklärt sich, daß beispielsweise auf die Zwangsetatisierungsverfügung des Landrats hin die Gemeinde nach § 35 Abs. 2 des Zuständigkeitsgesetzes beim Bezirksausschuß Klage erheben kann. Würde die Verfügung des Landrats, welche an ganz bestimmte materielle und formelle Voraussetzungen gebunden ist und sich als Rechtsanwendung auf einen Einzelfall charakterisiert, einen Rechtsprechungsakt darstellen, der Bezirksausschuß also lediglich als eine Art zweiter Instanz angerufen werden, so könnte der Landrat nicht die Rolle des Beklagten einnehmen; denn es widerspricht unserer ganzen Auffassung von der Stellung der rechtsprechenden Behörden, daß bei der nächsthöheren Instanz die Klage gegen die Vorinstanz gerichtet wird. Auch der Einwand, daß sonst keine Gegenpartei für das Verwaltungsstreitverfahren vorhanden sei, wenn man nicht dem Landrat die Stelle des Beklagten zuschöbe, schlägt nicht durch, da gerade für solche Fälle § 74 Abs. 3 des Landesverwaltungsgesetzes die Ernennung eines Kommissars des öffentlichen Interesses vorsieht, dem die Beklagtenrolle zufällt¹⁾.

Wenn endlich die Gerichte gelegentlich irgendeine kommunale Maßnahme für ungültig erklären, so ist das ebensowenig Ausübung von Kommunalaufsicht wie etwa die Ungültigkeitserklärung einer Polizeiverordnung Polizeiaufsicht darstellt. Die Gerichte sind nun einmal als solche verpflichtet, das Recht, das sie anwenden, auf seine Gültigkeit nachzuprüfen²⁾.

Wo also in Kommunalaufsichtsangelegenheiten Gerichte rechtsprechend tätig werden, dort handelt es sich lediglich um Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Aufsichtsbehörde und beaufsichtigtem Verband, nicht aber um Aufsichtsführung. Letztere kann materiell nur Verwaltung sein³⁾.

Daß die Kommunalaufsicht nicht Rechtsetzung ist, ist unstrittig⁴⁾

¹⁾ Wird z. B. die Erteilung der Schankkonzession durch den Stadtausschuß abgelehnt, ohne daß weder die Gemeinde noch die Polizeibehörde der Genehmigung widersprochen haben und diese daher als Gegenpartei nicht in Frage kommen, so ist die Klage nicht etwa gegen den Stadtausschuß, sondern gegen den — noch zu ernennenden — Vertreter des öffentlichen Interesses zu richten.

²⁾ Vgl. OVG. Bd. 55, S. 135. — Die Frage nach der Nachprüfbarkeit der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen gehört nicht hierher; für sie gilt freilich dasselbe.

³⁾ So wie hier v. MANGOLT (S. 63) und SCHOENBORN (S. 28ff.), die besonders den verschiedenen Zweck von Verwaltung und Rechtsprechung in den Vordergrund rücken; ferner GIERKE (Genossenschaftsrecht Bd. 1, S. 649), HATSCHEK (Selbstverwaltung, S. 136f.), SCHOEN i. Verw.Arch Bd. 15, S. 283.

⁴⁾ Vgl. FRIEDRICHS: Verw.Arch. Bd. 30, S. 76, freilich mit unhaltbarer Begründung.

und ergibt sich schon daraus, daß sie grundsätzlich nur von Fall zu Fall nach außen hin tätig wird und daß ihre sich im gesetzlichen Rahmen bewegenden Eingriffe niemals generelle Anordnungen mit dem Charakter objektiven Rechts sind.

b) Daß jede Kommunalaufsicht nur im öffentlichen Interesse erfolgt und nicht private oder fiskalische Ziele hat¹⁾, hat das Oberverwaltungsgericht ausdrücklich ausgesprochen. Die Literatur hat sich dieser Auffassung mit Recht angeschlossen. Von aller sonstigen Verwaltungstätigkeit unterscheidet sich die Kommunalaufsicht lediglich durch ihren Zweck, wie er in obiger Begriffsbestimmung aufgeführt ist; auch hierüber herrscht ziemliche Übereinstimmung.

c) Bedeutsam ist der Unterschied von Kommunalaufsicht und Dienstaufsicht. Wie TRIEPEL²⁾ zutreffend hervorhebt, besteht letztere in der Beaufsichtigung eines untergeordneten Organs durch ein übergeordnetes. Da aber, wie im 5. Kapitel ausgeführt, die Organe der Selbstverwaltungskörper denen des Staats nicht untergeordnet sein können, also eine Subordination nicht möglich ist, so ist auch überall dort, wo die Gemeinde nicht als Organ des Staates tätig wird, die Dienstaufsicht ausgeschlossen; sie besteht nur im Rahmen der Auftragsangelegenheiten, weil nur dort die Gemeinde oder einzelne ihrer Beamten als staatliche Organe tätig werden³⁾.

Von jeder Art der Kontrolle⁴⁾ unterscheidet sich die Kommunalaufsicht dadurch, daß unter ersterer lediglich die beobachtende Tätigkeit verstanden wird, während jede Aufsicht die Möglichkeit eines Eingreifens mit umfaßt.

Eine Bevormundung⁵⁾, wie sie das Kennzeichen der Stellung von Staat und Gemeinden im Polizeistaat war, setzt voraus, daß der Vormund mit seiner Tätigkeit nicht seine, sondern des Mündels Interesse vertritt; die Kommunalaufsicht dient aber primär dem Staatsinteresse, also den Belangen des Beaufsichtigenden. Wenn sich auch scheinbar noch einzelne Überreste aus der Zeit der staatlichen Bevormundung erhalten haben — z. B. Genehmigung von Grundstücksverkäufen —, so ist der Sinn solcher Maßnahmen doch heute ein anderer geworden, indem hier in erster Linie das vom Staate vertretene Allgemeininteresse gegenüber den Sonderbelangen der Gemeinden gewahrt werden soll. Während die Bevormundung eine Schwäche des Mündels zur Voraussetzung hat, will die Aufsicht der zu großen Macht und Selbständigkeit des Beaufsichtigten Schranken setzen.

Im Kommunalrecht spielt noch der Begriff der „Oberaufsicht“ eine gewisse Rolle. Auf die eingehenden historischen und dogmatischen Erörterungen TRIEPELS⁶⁾ kann hier verwiesen werden. Der Begriff

¹⁾ OVG. Bd. 16, S. 221. ²⁾ S. 147.

³⁾ Daß bei Auftragsangelegenheiten Kommunalaufsicht ausgeschlossen ist, stellt auch O. MAYER (Verwaltungsrecht, Bd. 2, S. 394) fest. Vgl. die Ausführungen am Anfang dieses Kapitels. ⁴⁾ Vgl. SCHOENBORN: S. 33.

⁵⁾ Vgl. v. MANGOLT: S. 54 ff., GIERKE: Genossenschaftsrecht, Bd. I, S. 645 ff.; SCHOENBORN: S. 26 ff. ⁶⁾ S. 112 ff.

„Oberaufsicht“, wie ihn heute die kommunalrechtliche Praxis verwendet, bedeutet aber nicht diejenige Aufsicht, welche die Harmonie zwischen der Tätigkeit der Selbstverwaltungskörper und dem Recht und Interesse der Gesamtheit herzustellen hat. Dann wäre sie dasselbe wie die Kommunalaufsicht¹⁾. Im Gegensatz zu TRIEPEL²⁾ ist vielmehr von der Wortbedeutung auszugehen, d. h. Oberaufsicht ist die Aufsicht über jemanden, der selbst Aufsicht ausübt. Nach § 7 des Zuständigkeitsgesetzes wird die Kommunalaufsicht über Städte vom Regierungspräsidenten in erster Instanz und vom Oberpräsidenten in zweiter Instanz geführt. Trotzdem pflegt aber der Minister des Innern in Fällen, in denen beide Instanzen eine nach seiner Ansicht materiell grob unrichtige oder sehr unzweckmäßige Entscheidung getroffen haben, die Verfügungen der staatlichen Vorinstanzen aufzuheben und durch einen eigenen Erlaß zu ersetzen. In solchen Fällen spricht die Praxis von Oberaufsicht, meint also den Fall damit, in welchem eine Behörde, der an sich die Kommunalaufsicht gesetzlich nicht übertragen ist, kraft ihres Dienstaufsichtsrechts gegenüber der nachgeordneten Kommunalaufsichtsbehörde selbst kommunalaufsichtliche Funktionen ausübt. Aber man kann darüber hinaus unter Oberaufsicht die gesamte Leitung der Kommunalaufsicht verstehen, wie sie den eigentlichen Kommunalaufsichtsbehörden gegenüber angewandt wird. Jede aufsichtsrechtliche Maßnahme des Ministers des Innern gegenüber Landgemeinden, Ämtern, Landbürgermeistereien, Städten und Kreisen ist sonach Oberaufsicht, während die Aufsichtsführung des Ministers gegenüber den Provinzen nach § 114 der Provinzialordnung³⁾ einfache Kommunalaufsicht ist.

3. Subjekt der Kommunalaufsicht ist stets der Staat, welcher durch eine seiner Behörden tätig wird, Objekt ist die Gemeinde in ihrer Tätigkeit als Selbstverwaltungskörperschaft. Letzteres hindert aber nicht, daß der Staat, um seinen Willen der Gemeinde gegenüber durchzusetzen, bzw. die Erfüllung ihrer Aufgaben sicherzustellen, unmittelbar gegen die kommunalen Organe — freilich nur in ihrer Eigenschaft als solche — vorgeht⁴⁾. Die Disziplinar Mittel des Staats gegen Kommunalbeamte bilden ein Musterbeispiel hierfür.

4. a) Hinsichtlich des Inhalts der Kommunalaufsicht besteht Streit, ob sie nur soweit reicht, wie die Gesetze ausdrücklich Eingriffe des Staats den Gemeinden gegenüber zulassen, oder ob das Bestehen einer Kommunalaufsicht als solcher bereits dem Staate gewisse Befugnisse gegenüber den Gemeinden verleiht.

Die erste Ansicht wird vertreten von PREUSS⁵⁾ und SCHMIEDER⁶⁾.

¹⁾ FRIEDRICHS (Verw.Arch. Bd. 30, S. 75) unterscheidet unmittelbare Aufsicht, d. h. solche über Beamte und Behörden, und Oberaufsicht, d. h. Aufsicht über die Selbstverwaltungskörper als solche. Die Unterscheidung ist verwirrend und praktisch wertlos. ²⁾ S. 151, Anm. 1. ³⁾ § 87 hess.-nass. ProvO.

⁴⁾ Wie hier WESSELS (S. 98) und PREUSS (Amtsrecht, S. 318); a. M. SCHMIEDER i. Preuß.Verw.Bl. Bd. 25, S. 485f. und STENGEL (Organisation S. 17).

⁵⁾ Amtsrecht, S. 168, 264ff.

⁶⁾ Preuß.Verw.Bl. Bd. 25, S. 485.

Schmieder zieht aus der Entstehungsgeschichte der Städteordnung den Schluß, daß die Selbstverwaltung die Regel, die Kommunalaufsicht die Ausnahme sei und deshalb die auf die letztere bezüglichen Bestimmungen strikt zu interpretieren seien. Er begeht den Fehler, Selbstverwaltung und Kommunalaufsicht in einen sich ausschließenden Gegensatz zu stellen.

PREUSS sieht in dem völligen Mangel jeder Determinierung der Aufsicht einen Widerspruch mit den Prinzipien des Rechtsstaats. Eingriffe der Aufsichtsbehörden in die Sphäre der kommunalen Autonomie bedürfen stets eines gesetzlichen Spezialtitels. Ein solcher kann auch nur im geltenden Rechte liegen. Eine Anwendung des § 139b der revid. Städteordnung von 1831 ist daher ausgeschlossen. Überdies hat jene berühmte Generalklausel niemals die ihr heute beigelegte Bedeutung gehabt, da sie sonst gleichbedeutend mit einer Aufhebung der Selbstverwaltung gewesen wäre. Erst recht unanwendbar sei § 191 II 6 des Allgem. Landrechts¹⁾. Dieser könnte nur im Geltungsbereiche dieses Gesetzes Anwendung finden, stehe aber auch im Widerspruch mit den modernen Rechtsgedanken.

Demgegenüber folgt die herrschende Meinung der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts²⁾, welche aus dem Begriff der Kommunalaufsicht die Befugnis der Aufsichtsbehörden ableitet, alles zu tun, was erforderlich ist, um den geordneten Gang der Verwaltung der Kommunen zu erhalten. Dabei findet das Oberverwaltungsgericht eine Definition der Kommunalaufsicht im § 139 Ziff. b der revidierten Städteordnung von 1831, welcher die „gesetzliche Formulierung der aus dem Wesen und Ziele der Staatsaufsicht sich ergebenden Aufgaben der Aufsichtsbehörden darstellt“. Es wendet nicht etwa, wie PREUSS und WESSELS³⁾ annehmen, diesen Paragraphen als geltendes Recht an, sondern verzichtet nur auf die Aufstellung einer eigenen Angabe des begrifflichen Inhalts der Kommunalaufsicht, da es in § 139 Ziff. b eine ihm zusagende Begriffsumschreibung findet. Es hätte statt dessen ebensogut auf § 115 der geltenden Provinzialordnungen oder auf § 114 Ziff. b der rheinischen Gemeindeordnung, die ähnlich lautende Vorschriften enthalten, Bezug nehmen können, ohne damit etwa die Anwendbarkeit der Provinzialordnungen auf andere Gemeindearten oder der rheinischen Gemeindeordnung auf andere Provinzen zu behaupten. Wenn sich die Definition eines Begriffs in irgendeinem außerpreußischen Gesetz findet und nun mangels einer preußischen Begriffsbestimmung die preußischen Gerichte und Verwaltungsbehörden eine der außerpreußischen entsprechende Definition auf den gleichen Begriff ihren eigenen Maß-

¹⁾ Er lautet: „Wird durch Mißbräuche oder Mängel der inneren Verfassung die Erreichung des Zweckes gehindert oder Nachteil für das gemeine Wohl hervorgerufen, so ist der Staat befugt, zur Abschaffung der Mißbräuche und Wiederherstellung der guten Ordnung zweckmäßige Mittel vorzukehren.“ — A. M. offenbar die Begründung zu §§ 96 bis 107 des Entw. StO.

²⁾ Vgl. OVG. Bd. 25, S. 49, Bd. 28, S. 95, Bd. 35, S. 118; SCHOEN: Kommunalverbände, S. 337; MAYER, O.: Verwaltungsrecht, Bd. 2, S. 396 ff.; DREWS: S. 61 ff.

u. a. ³⁾ S. 64 ff.

nahmen zugrunde legen, so wenden sie damit nicht etwa außerpreußisches Recht in Preußen an. Es vertritt also auch in unserem Falle § 139 Ziff. b a. a. O. lediglich eine aus allgemeinen Erwägungen abgeleitete Umgrenzung des Begriffs der Kommunalaufsicht.

b) Irrig ist es daher, wenn ROBERTI-JESSEN¹⁾ § 139 Ziff. b a. a. O. unmittelbar anwenden will, indem er deduziert: § 7 des Zuständigkeitsgesetzes gebe dem Regierungspräsidenten die Aufsicht unbeschadet der in den Gesetzen geordneten Mitwirkung des Bezirksausschusses und Provinzialrats. Da nun in der Mehrzahl der Fälle der Regierungspräsident nach den Gesetzen nicht allein zuständig sei, bilde die alleinige Zuständigkeit des Regierungspräsidenten die Ausnahme; daher hätte § 7 a. a. O. umgekehrt formuliert werden müssen, wenn nicht über die einzelnen, die Zuständigkeit der Beschlußbehörden festlegenden Spezialtitel hinaus eine Aufsicht des Regierungspräsidenten gegeben sei. Dieser Generaltitel nun sei § 139 Ziff. b der revid. Städteordnung von 1831.

Läßt sich schon gegen die Beweisführung von ROBERTI-JESSEN einwenden, daß ihre Voraussetzungen nicht zutreffen, so zeigt sich ihre Unrichtigkeit am deutlichsten darin, daß dann für alle anderen Gemeinden als für Städte sowie für alle Gemeinden in denjenigen Provinzen, in denen die revidierte Städteordnung niemals galt, die gleiche Lücke entsteht, die es gerade zu schließen gilt. Lediglich die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts läßt die Zugrundelegung des § 139 Ziff. b a. a. O. in allen Provinzen und für alle Gemeindearten zu²⁾, eben weil das Oberverwaltungsgericht nicht den § 139 Ziff. b als geltendes Recht anwendet, sondern nur eine Begriffsbestimmung der Kommunalaufsicht gibt, deren Wortlaut zufällig mit jener Gesetzesvorschrift übereinstimmt.

Daß die Heranziehung gerade des § 139 Ziff. b der revid. Städteordnung gar nicht notwendig ist, um zu derselben Auffassung über den Inhalt der Kommunalaufsicht zu kommen, ergibt sich aus BLODIGS³⁾

¹⁾ S. 19f.

²⁾ Vgl. OVG. Bd. 78, S. 74f. — Diese Auffassung allein ermöglicht es, die Definition der Kommunalaufsicht auch in den Provinzen Hannover, Schleswig-Holstein und Hessen-Nassau zugrunde zu legen, wo die revid. Städteordnung nie gegolten hat. Wenn die Staatsregierung im Jahre 1924 in einer Anzahl hannoverscher Landgemeinden die Gemeindevertretungen aufgelöst hat, obwohl die hannoversche LGO. keine Auflösung der Gemeindevertretung in Hannover ausdrücklich erwähnt, so ist diese Maßnahme doch durch den Hinweis zu begründen, daß auf andere Weise der geordnete Gang der Verwaltung nicht zu erhalten war. Die Herbeiführung eines Gesetzes zur Auflösung einer kleinen Landgemeindevertretung ist, abgesehen von dem entstehenden, in vielen Fällen unerträglichen Zeitverlust, kein geeignetes Mittel. Man muß sich aber der Konsequenz bewußt sein, die sich aus dem betretenen Wege ergibt, daß, wenn man die Auflösung einer Gemeindevertretung als allgemeines Aufsichtsmittel aus dem Inhalte der Kommunalaufsicht ableiten will, alsdann jede Kommunalaufsichtsbehörde, also auch der Landrat nach § 24 Zust.-Ges., davon Gebrauch machen kann, solange die Auflösungsbefugnis nicht gesetzlich dem Staatsministerium vorbehalten ist. In Hannover kann also nach geltendem Rechte der Landrat eine Gemeindevertretung auflösen. ³⁾ S. 258.

Ausführungen, welcher als Zweck der Staatsaufsicht die Sorge bezeichnet, daß die Gemeinde ihre öffentlichen Zwecke wirklich erfülle, und zu diesem Behufe alle diejenigen Anordnungen zuläßt, welche zur Beseitigung der diesen Zwecken entgegenstehenden Hindernisse erforderlich sind. Ähnlich nimmt TRIEPEL¹⁾ ohne Bezugnahme auf die Kommunalaufsicht ganz generell an, daß, wenn eine Befugnis verliehen wird, auch alle Mittel zur Verfügung gestellt werden sollen, die bei Erwägung des Notwendigen und Nützlichen zur Ausübung der gewährten Zuständigkeit geeignet sind. Die die Aufsicht führende Stelle ist nicht auf die gesetzlich bestimmten Aufsichtsmittel angewiesen, sondern kann umgekehrt, sofern nicht das Gesetz für bestimmte Fälle eine Sonderregelung getroffen hat, jedes Aufsichtsmittel anwenden.

c) Beachtlicher ist der Einwand, daß eine derartige Auslegung des Begriffs der Kommunalaufsicht in Widerspruch mit dem Rechtsstaatsprinzip stehe. Die Gemeinde habe — wie jede natürliche Person — ein Recht darauf, von staatlichen Eingriffen verschont zu bleiben, wenn nicht das Vorgehen des Staates auf einen ausdrücklichen Spezialtitel gestützt werden kann. Ob man diesen Einwand für durchschlagend hält, hängt davon ab, was man unter Rechtsstaat versteht.

Der Rechtsstaat kommt nach heute herrschender Auffassung in zwei Prinzipien zum Ausdruck: in dem Grundsatz von der gesetzmäßigen Verwaltung und im Vorrang des Gesetzes. Daß das Gesetz allen anderen Rechtsquellen vorgeht, daß also auch durch die Behörden nichts contra legem geschehen darf, ist unbestritten.

Schwieriger ist es, den Inhalt des Satzes von der gesetzmäßigen Verwaltung richtig zu erfassen. Es werden hier zwei Ansichten vertreten, die BÜHLER²⁾ übersichtlich einander gegenüberstellt.

Nach der älteren Auffassung, der BÄHR³⁾, GNEIST⁴⁾, LOR. V. STEIN⁵⁾ und G. MEYER⁶⁾ folgen, ist die Verwaltung an die Gesetze nur insoweit gebunden, als sie sich innerhalb ihrer Schranken zu halten hat. Für diese Meinung folgt demnach der Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes unmittelbar aus dem Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung.

Die andere, herrschende Meinung⁷⁾ geht weiter, indem nach ihr die Verwaltung nicht nur keiner gesetzlichen Bestimmung zuwiderhandeln, sondern auch in die Freiheit der Bürger nur insoweit eingreifen darf, als das Gesetz ihr dies ausdrücklich gestattet.

Diese Auffassung hat aber nur in der Theorie Bestand, praktisch wird sie nicht nur nicht befolgt, sondern ihre Vertreter führen sie selbst nicht konsequent durch. Es gibt schon zu denken, wenn BÜHLER⁸⁾

1) S. 625.

2) Subjektive öffentliche Rechte, S. 77ff. An ihn schließen sich die folgenden Ausführungen an; im Ergebnis weiche ich freilich von BÜHLERS Ansicht ab.

3) Rechtsstaat, S. 34ff.

4) Rechtsstaat, S. 161ff. 1872.

5) Verwaltungslehre. 2. Aufl. Bd. I, Teil I, S. 297.

6) Hirths Annalen. 1878, S. 382f.

7) Vgl. LOENING: Verwaltungsrecht, S. 241ff. 1884; MEYER ANSCHÜTZ: S. 29; FLEINER: S. 121ff., BÜHLER: S. 80ff.; OVG. Bd. 12, S. 400. 8) S. 86.

dem Oberverwaltungsgericht vorwirft, daß es, um seine Ansicht vom Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung durchführen zu können, zuweilen etwas gewaltsam vorgehen muß, weil der Stand der Gesetzgebung eben diesem Prinzip nicht angepaßt ist. Freilich ist es richtig, daß auch die preußische Praxis für jeden Eingriff in die Rechtssphäre einer Person eine gesetzliche Grundlage fordert; aber man soll sich keinen Illusionen darüber hingeben, daß die Grundlagen, auf die man sich beruft, vielfach in Wirklichkeit nicht vorhanden sind. Einige Beispiele grundlegender Art mögen dies bestätigen.

In § 10 II 17 des Allgem. Landrechts hat man die Ermächtigung der Polizei für Eingriffe in die Freiheit des Bürgers gefunden, obwohl unzweifelhaft ist, daß jene Vorschrift im Zusammenhang des Allgemeinen Landrechts eine derartige Bedeutung nicht hat. Nach Art. 55 der preuß. Verfassung kann das Staatsministerium zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Beseitigung ungewöhnlicher Notstände in dringlichen Fällen Notverordnungen erlassen. Unangefochten hat daraufhin das Staatsministerium Verordnungen zustande gebracht, die selbst bei wohlwollendster Auslegung nicht unter die Voraussetzungen des Art. 55 fallen; es sei nur etwa an die grundlegenden Änderungen in der Volksschulunterhaltung durch Verordnung vom 24. November 1923 (GesS. S. 511), an die Änderung der Schiedsmannsordnung vom 12. März 1924 (GesS. S. 129), an die Änderung des Handelskammergesetzes vom 1. April 1924 (GesS. S. 194) erinnert, — Verordnungen, deren Rechtsgültigkeit kaum angezweifelt wird, nicht weil sie wirklich auf der Ermächtigung des Art. 55 beruhen, sondern weil unser wahres Rechtsempfinden eben gar kein rechtsstaatliches im Sinne jener theoretischen Auffassung der oben genannten Wissenschaftler und Praktiker ist. Bedenkt man nun gar, für was für Maßnahmen Art. 48 der Reichsverfassung Handhaben geboten hat, so wird man sich der Erkenntnis nicht verschließen können, daß zwar formell der Satz von der gesetzmäßigen Verwaltung im Sinne der herrschenden Meinung befolgt wird, daß aber in der Tat sehr vielen als rechtmäßig anerkannten behördlichen Maßnahmen jede wirkliche Stütze dieser Art fehlt.

Dieser Vorgang erklärt sich ganz natürlich damit, daß eine Durchführung des Prinzips der gesetzmäßigen Verwaltung eben nur möglich ist, wenn die Ermächtigungen so allgemein gehalten sind, daß sie ihren Wert im Sinne der Theoretiker der herrschenden Meinung verlieren. Das Leben, das an die Verwaltungsbehörden herantritt, ist so vielgestaltig, daß es sich nicht in „Spezialtiteln“ meistern läßt¹⁾. Gewährt man die weitgehenden Ermächtigungen nicht freiwillig, so werden sie eben gewaltsam aus allen möglichen Vorschriften herausgelesen, denen in Wahrheit ein ganz anderer Sinn zugrunde liegt. De lege ferenda mögen daher möglichst wenig Gesetze mit weitgehenden Ermäch-

¹⁾ Gänzlich abwegig ist daher die Meinung von v. GRUMBKOW (S. 59) und v. MANGOLT (S. 77), welche de lege ferenda die Aufzählung der Aufsichtsmittel in bestimmten Spezialtiteln fordern.

tigungen erstrebenswert und im modernen Staate infolge der Ministerverantwortlichkeit und der starken agitatorischen Überwachung der Verwaltung durch die Regierungsoption auch durchführbar sein¹⁾, aber für das heutige positive Recht wird man die Geltung des Satzes von der gesetzmäßigen Verwaltung im Sinne der herrschenden Meinung nicht anerkennen können, sondern dem oben erwähnten, aber nicht ausgewerteten Zitat BÜHLERS zustimmen, daß unser geltendes Recht jenem Rechtsstaatsprinzip noch nicht angepaßt sei.

Andererseits wird die Ansicht von BÄHR und seinen Anhängern, daß die Verwaltung innerhalb der gesetzlichen Schranken alles tun darf, was nicht verboten ist, eine starke Einschränkung zu erfahren haben. Der Satz gilt nur insoweit, als es sich um Eingriffe handelt, die sich infolge Übertragung eines Verwaltungsgebiets durch den Gesetzgeber zur Erfüllung der staatlichen Zwecke nach dem freien Ermessen der die Verwaltung führenden Behörden als notwendig erweisen. Sobald ein Gesetz die Erfüllung gewisser Aufgaben von den staatlichen Behörden verlangt, liegt darin gleichzeitig die Erlaubnis, alles Erforderliche, das nicht verboten ist, zur Erreichung des staatlichen Zieles zu tun. Dem entspricht, wenn man will, automatisch eine Einschränkung der Rechte der Individuen. Ebenso wie das Eigentum nach germanischer Auffassung kein unbeschränktes ist, sondern seine sich mit den Bedürfnissen der Allgemeinheit ändernden Grenzen in sich trägt, so ist es auch mit allen anderen Rechten der natürlichen und juristischen Personen.

Nur wenn man das Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung im Sinne einer solchen Mittelmeinung dahingehend auffaßt, daß auf allen Gebieten, auf denen den Verwaltungsbehörden die Erreichung bestimmter Ziele gesetzlich vorgeschrieben ist, sie alle zur Erfüllung ihrer Zwecke nötigen Handlungen in den Schranken der Gesetze vornehmen dürfen, daß sie aber außerhalb dieser Aufgaben nur insoweit in die Rechtssphäre des einzelnen eingreifen dürfen, als es die Gesetze ausdrücklich im Einzelfalle gestatten, nur dann wird man der tatsächlich befolgten Verwaltungspraxis im Polizei-²⁾ und Kommunalrecht gerecht. Dann erklärt sich einwandfrei, warum die Kommunalaufsichtsbehörden auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung alles tun dürfen, um den geordneten Gang der Verwaltung zu erhalten, sofern sich nicht aus dem Wortlaute oder dem Sinne der Gesetze etwas anderes ergibt. Nachdem der Gesetzgeber einmal die Kommunalaufsicht eingeführt hat, deren Wesen zu Anfang dieses

¹⁾ Die Erteilung einiger weniger allgemeiner gesetzlicher Ermächtigungen an die Verwaltungsbehörden deckt sich in weitem Umfange mit der oben (S. 99, Anm. 3) erörterten Möglichkeit der Beschränkung des Parlaments auf ein Einspruchsrecht bei Aufstellung der gesetzlichen Normen. Der hier erwähnte Weg der Ermächtigungen hat den Vorzug, daß er keine Verfassungsänderung erforderlich macht.

²⁾ O. MAYER (Verwaltungsrecht Bd. I, S. 208) weist auf die Unebenheit mit dem Rechtsstaatsprinzip hin, die vom Standpunkte der modernen Lehre die Anwendung des § 10 II 17 ALR. mit sich bringt.

Kapitels erörtert ist, kann man vernünftigerweise nicht annehmen, daß er nur einzelne unvollkommene, zur Erreichung der Ziele der Kommunalaufsicht unzureichende Handhaben hat geben wollen, er müßte denn — wie in den §§ 114 ff. der Provinzialordnung oder durch die genaue Aufzählung der Disziplinarstrafen — selbst klar zu erkennen gegeben haben, daß andere Maßnahmen der betreffenden Art als die ausdrücklich genannten nicht ergriffen werden dürfen. Grundsätzlich aber wird man mit TRIEBEL in der Übertragung der Kommunalaufsicht die Übertragung aller zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen und geeigneten Mittel annehmen und eine entsprechende Einschränkung der Selbständigkeit der Gemeinden als damit ipso iure verbunden anerkennen müssen.

Während also mit der herrschenden Rechtsstaatstheorie, welche für alle Eingriffe Spezialtitel verlangt¹⁾, die gleichfalls herrschende Meinung über den Inhalt der Kommunalaufsicht nicht in Einklang zu bringen ist, führt die Erkenntnis, daß der Rechtsstaat jener herrschenden Lehre ein Schlagwort²⁾ und Selbstbetrug ist und überhaupt auch künftig nur unter der Voraussetzung des Erlasses ganz allgemeiner gesetzlicher Ermächtigungen praktisch möglich sein wird, zu dem Ergebnis, daß diejenigen Behörden, denen die Handhabung der Kommunalaufsicht generell übertragen ist, zur Erfüllung ihrer Aufgaben alles das tun dürfen, was zur Erreichung dieses Zieles notwendig erscheint. Jenes Ziel ist — kurz gesagt —, eine den Gesetzen und Staatsnotwendigkeiten entsprechende Verwaltung zu erhalten. Der Absicht des Gesetzgebers entsprechend sind die Aufsichtsbehörden in den gesetzlich angeführten Sonderfällen auf die vorgeschriebenen Mittel und Wege angewiesen, im übrigen aber nur an allgemeine Rechtsgrundsätze gebunden. Im Ergebnis deckt sich diese Auffassung mit der herrschenden Lehre über den Inhalt der Kommunalaufsicht.

Lediglich im Bereiche der Provinzialordnungen ist unzweifelhaft, daß die Aufsicht nur in dem dort genau umgrenzten Umfange ausgeübt werden darf. Das ergibt sich aus dem Wortlaute des § 115 der Provinzialordnungen³⁾: „Die Aufsichtsbehörden haben mit den ihnen in diesem Gesetze zugewiesenen Mitteln darüber zu wachen, daß die Verwaltung den Bestimmungen der Gesetze gemäß geführt und in geordnetem Gange erhalten werde.“ Dagegen bedarf einer ausdrücklichen Erwähnung, daß die Einschränkung der Staatsaufsicht in § 119 der hann. Städteordnung sich nur auf die Vermögensverwaltung erstreckt. Das folgt aus der Stellung dieses Paragraphen im V. Abschnitt.

d) Daß Kollisionen zwischen dem Selbstverwaltungsrechte der Gemeinden und der Staatsaufsicht, welche ersteres vermeintlich un-

1) Schon STIER-SOMLO: Festgabe f. Laband, Bd. 2, S. 504 ff., bemerkt, daß der Rechtsstaat — nämlich im Sinne der herrschenden Meinung — in manchen Fällen (1) undurchführbar ist und warnt vor Übertreibung des Rechtsstaatsgedankens.

2) So MAYER, O.: Verwaltungsrecht, Bd. 2, S. 394.

3) § 88 hess. ProvO.

gerechtfertigt einzuschränken versucht, vorkommen können, ist unbestreitbar. Gewiß spricht die Vermutung im Zweifel für das Recht der Gemeinde¹⁾, und die Aufsichtsbehörde ist ihrerseits beweispflichtig, daß die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für ihr Eingreifen vorgelegen haben. Die Frage gewinnt praktische Bedeutung, wenn solche Fälle vor die Verwaltungsgerichte kommen. De lege ferenda ist erstrebenswert, daß für die Frage, ob die Kommunalaufsichtsbehörden unrechtmäßig in die Rechtssphäre der Gemeinden eingegriffen haben, der Verwaltungsrechtsweg ganz allgemein eingeführt wird²⁾, sofern die Aufsichtsbehörde zweiter Instanz zuungunsten des Selbstverwaltungskörpers entschieden hat.

e) Daß die Kommunalaufsicht sich nicht nur auf Rechtsverletzungen erstreckt, ergibt sich schon aus den bisherigen Ausführungen. Es ist zu eng, mit FLEINER³⁾ auch nur als Regelfall die Rechtmäßigkeit der Handlungen der Gemeinde als Grenze der Kommunalaufsicht anzunehmen. Einmal gibt es eine ganze Gruppe von Aufsichtsmitteln (Genehmigung, Bestätigung), bei denen Zweckmäßigkeitserwägungen im Vordergrunde stehen, dann aber folgt schon aus dem Zweck der Aufsicht — Sorge zu tragen, daß die Verwaltung in geordnetem Gange bleibt —, daß die Befugnis der Kommunalaufsichtsbehörden nach dieser Richtung in keiner Weise gebunden ist. Auch PREUSS⁴⁾ und bedeutende Praktiker⁵⁾ erkennen sehr wohl, daß es auch selbst rechtspolitisch unmöglich ist, die Kommunalaufsicht nur auf Rechtsverletzungen zu beschränken, weil die Gemeinden ein untrennbarer Teil des Staatsganzen sind und deshalb der Staat in den wichtigen Fragen allgemeiner Staatspolitik die Möglichkeit der Einflußnahme haben muß.

III. Sind im vorstehenden die Voraussetzungen für ein Eingreifen der Kommunalaufsichtsbehörden erörtert, so gilt es nun festzustellen, mit welchen Mitteln sie tätig zu werden pflegen. Dabei ergibt sich die Behördenzuständigkeit aus anliegender Tabelle C, welche zugleich eine vergleichsweise Übersicht über die Befugnisse der einzelnen Aufsichtsbehörden ermöglichen soll.

1. Man hat versucht, die Aufsichtsmittel in ein System zu bringen und hat sich dabei verschiedener Einteilungsprinzipien bedient. Von der herrschenden Meinung abgelehnt⁶⁾ wird heute die Einteilung in positive und negative Aufsichtsmittel. Positiv ist die Aufsicht insoweit, als sie dafür zu sorgen hat, daß ein gewünschter Erfolg herbei-

1) So im Ergebnis richtig, aber mit falscher Begründung SCHMIEDER i. Preuß. Verw. Bl. Bd. 25, S. 487f.

2) Es handelt sich dann nur um die Frage, ob die Grenzen der Kommunalaufsicht überschritten sind, nicht um den Inhalt der getroffenen Maßnahme.

3) Institutionen, S. 105. 4) Amtsrecht, S. 168.

5) LUTHER: Zukunftsaufgaben, S. 48.

6) Vgl. TRIEPEL: S. 481; v. MANGOLT: S. 70, in Widerspruch mit S. 86; NEUWIEM: S. 243f.; noch beibehalten wird diese Einteilung von PREUSS (Amtsrecht, S. 160); KIEFER: S. 11 ff.; WESSELS: S. 55 ff.; FRIEDRICHS: Verw. Arch. Bd. 30, S. 79 u. a.

Tabelle C.

Aufsichtsmaßnahmen gegenüber	Grundsätzlich zuständig 1. = 1. Instanz 2. = 2. Instanz	Zuständigkeit		
		Beanstandung von Beschlüssen der Vertretung durch	Zwangs-etatisierung durch	Auflösung der Vertretung durch
Provinz	1. Oberpräsident 2. Min. d. Innern § 114 PrO., § 87 hess. PrO.	Oberpräsident § 118 PrO., § 91 hess. PrO.	Oberpräsident § 121 PrO., § 94 hess. PrO.	Staatsmin. § 122 PrO., § 95 hess. PrO.
Kreis	1. Regierungspräsident 2. Oberpräsident §§ 177 östl., 104 hann., 105 hess., 92 westf., 92 rhein., 140 schlesw KrO.	Landrat § 178 östl., § 106 hann., § 107 hess., § 94 rhein., § 94 westf., § 142 schlesw. KrO.	Regierungspräsident § 180 östl., § 108 hann., § 109 hess., § 96 rhein., § 96 westf., § 144 schlesw. KrO.	Staatsmin. § 179 östl., § 107 hann., § 108 hess., § 95 rhein., § 95 westf., § 143 schlesw. KrO.
Stadt	1. Regierungspräsident 2. Oberpräsident § 7 ZustGes.	Bürgermeister ggf. auf Anweisung § 15 ZustG. Magistrat (ebendort)	Regierungspräsident § 19 Zust.-Ges.	Staatsmin. § 79 östl., § 90 hess., § 86 rhein., § 81 westf., § 65 schlesw. StO.
Landgemeinde	1. Landrat als Vorsitzender des Kreisausschusses 2. Regierungspräsident § 24 Zust. Ges.	Amtmann, Gemeindevorsteher ggf. auf Anweisung, § 29 Zust.Ges.	Landrat § 35 Zust.-Ges.	Staatsmin. § 142 östl., § 114 hess., § 82 westf., § 71 rhein., § 142 schlesw. LGO.
Amt, Landbürgermeisterei	1. Landrat als Vorsitzender des Kreisausschusses 2. Regierungspräsident § 24 ZustGes.	Wie bei Land-Gemeindevertretung § 76 westf., III rhein. LGO.		Staatsmin. § 82 westf., § 113 rhein. LGO.

Kommunalaufsicht.

in wichtigen Sonderfällen					
Bestätigung von Statuten durch	Bestätigung von Beamten durch	Genehmigung von Beschlüssen (Regelfälle) der willensbildenden Organe durch	Zwangsmittel hat	Disziplinar-mittel	Kommissarbestellung für die willensbildenden Organe durch
Staatsministerium. § 119 PrO., § 92 hess. PrO.	Staatsmin. § 87 ProvO., § 60 hess. PrO. (Landeshauptmann)	Min. d. Innern bzw. des Innern u. Finanzen, § 119 PrO., § 92 hess. PrO.	—	Vgl. oben S. 132ff.	Oberpräsident
Staatsmin. § 176 östl., § 103 hann., § 104 hess., § 91 rhein., § 91 westf., § 139 schlesw. KrO.	—	Bezirksausschuß § 176 östl., § 103 hann., § 104 hess., § 91 rhein., § 91 westf., § 139 schlesw. KrO.	Regierungspräsident § 132 LVG.	ebenso	Regierungspräsident
Bezirksausschuß § 16 Zust.-Ges. (vgl. auch oben S. 115, Anm. 1)	Regierungspräsident § 13 Zust.-Ges. sowie Tabelle B (oben S. 118)	Bezirksausschuß, Regierungspräsident § 16 Zust.-Ges.	Regierungspräsident § 132 LVG.	ebenso	Regierungspräsident
Kreisausschuß § 31 Zust.-Ges. (vgl. auch oben S. 115, Anm. 1)	Landrat § 84 östl., § 55 hess., § 38 westf., § 72 rhein., § 84 schlesw. LGO. § 31 hann. KrO.	Kreisausschuß § 31 Zust.-Ges. Regierungspräsident § 30 Zust.-Ges.	Landrat als Vorsitzender des Kr.-Ausschusses § 132 LVG.	ebenso	Landrat
Wie bei Landgemeinden, § 76 westf., § 111 rhein. LGO.	Oberpräsident ernennt § 27 westf., § 24 rhein. KrO.	Wie bei Landgemeinden § 76 westf., § 111 rhein. LGO.	Wie bei Landgemeinden § 132 LVG.	ebenso	Landrat

geführt wird, negativ, wenn die Änderung eines gewünschten Zustands verhindert werden soll. Die Unzweckmäßigkeit dieser Einteilung ergibt sich am besten daraus, daß ihre Verfechter gar nicht einig sind, was zu der einen und was zu der anderen Gruppe gehört. So wird z. B. die Zwangsetatisierung mit Recht von den meisten zu den positiven Aufsichtsmitteln gerechnet. LEIDIG¹⁾ aber zählt sie zu den negativen. WEINREICH²⁾ hält alle Aufsichtsmittel außer Beanstandung und Zwangsetatisierung für negative Aufsichtsmittel, v. MANGOLT³⁾ dagegen nimmt die Auflösung der Vertretungskörperschaft, die Kommissarbestellung und die Ordnungsstrafe noch unter die positiven auf.

TRIEPEL⁴⁾ unterscheidet ähnlich, aber klarer zwischen fördernder und erhaltender Aufsicht. Erstere ist darauf gerichtet, daß der Beaufsichtigte tut, was er soll — Beanstandung und Zwangsetatisierung sind die Hauptbeispiele für diese Art, — letztere darauf, daß er das unterläßt, was er nicht darf; Genehmigung und Bestätigung würden hierunter fallen.

Von der vorstehenden verschieden ist die Einteilung nach repressiven und präventiven Aufsichtsmitteln⁵⁾. Letztere sollen einem erst zukünftigen ungehörigen Verhalten vorbeugen — wie z. B. die Genehmigung —, durch erstere will der Staat den „abirrenden Willen“ der Gemeinde „rektifizieren“ und die bösen Folgen von Maßnahmen der Gemeinde unterdrücken. Die präventive Aufsicht äußert sich in Kenntnisnahme, Bestätigung usw., die repressive in Beanstandung, Zwangsetatisierung usw.

Eine andere Einteilungsmöglichkeit sieht TRIEPEL⁶⁾ darin, daß jede Aufsichtstätigkeit entweder beobachtend oder berichtend ist.

LUTHER⁷⁾ unterscheidet eine Aufsicht über solche bestimmten Verwaltungsakte, bei denen höhere Belange als die der einzelnen Gemeinde auf dem Spiele stehen, Fragen des Wettbewerbs der Gemeinden untereinander und mit dem Staate, von solchen, bei denen es sich darum handelt, die Gemeindetätigkeit in Einklang zu halten mit den Grundlinien der Staatspolitik. Die Aufsicht über erstere müsse de lege ferenda den Verwaltungsbeschlußbehörden übertragen werden, weil hier der Staat Partei sei. De lege lata aber ist LUTHERS Einteilung bedeutungslos.

O. MAYER⁸⁾ endlich unterscheidet vier Arten von Aufsicht: erstens das Recht der Kenntnisnahme, zweitens die Sorge dafür, daß sich der Verwaltungskörper in der Bahn des Rechts halte, die sog. Rechtsbewahrung, drittens die Mitwirkung des Staates bei Handlungen der Gemeinden, viertens Handeln an Stelle des Selbstverwaltungskörpers, die aufsichtliche Zwangsvollstreckung.

Wenn man eine Einteilung wählt, so muß man m. E. zunächst untersuchen, ob nach dem positiven Rechte die eine oder andere irgendeine

1) Stadtrecht, S. 500ff. 2) Verw.Arch. Bd. 13, S. 498. 3) S. 86.

4) S. 481ff.

5) Diese Unterscheidung machen z. B. NEUWIEM: S. 245ff., 256; FLEINER: S. 105; v. MANGOLT: S. 87; GIERKE: Genossenschaftsrecht, S. 659ff. 6) S. 479.

7) Zukunftsaufgaben, S. 51 ff. 8) Verwaltungsrecht, Bd. 2, S. 395ff.

Bedeutung hat¹⁾. Das ist hinsichtlich der sämtlichen erwähnten Unterscheidungen nicht der Fall. Damit entfällt ein Zwang, sich für eine bestimmte Einteilung zu entscheiden; sie alle haben nur den Zweck, den Überblick über die Aufsichtsmittel durch Systematisierung zu erleichtern. Unter diesen Umständen müssen von vornherein alle Einteilungsmöglichkeiten ausscheiden, welche bei verständiger Prüfung Zweifel übrig lassen, in welche Gruppe das einzelne Aufsichtsmittel gehört. Am ehesten verwendbar ist noch die Unterscheidung nach präventiver und repressiver Aufsicht. Aber m. E. ist auch diese Einteilung lediglich formal und bringt keinen nennenswerten praktischen oder theoretischen Vorteil. Über Art und Maß der Einwirkung des Staats auf die Gemeinden sagt sie nichts aus. In dieser Richtung bietet noch am meisten die Unterscheidung von O. MAYER, wemgleich sie sich in der oben wiedergegebenen Formulierung kaum halten läßt, da der zweite Punkt bei weiter Auslegung schon den dritten und vierten mit umfaßt.

Unter Verwertung des Gedankens von O. MAYER und in Anlehnung an die Übersicht, welche FRIEDRICHS²⁾ gibt, wird man m. E. am zweckmäßigsten je nach dem Grade der Stärke der staatlichen Einwirkung unterscheiden:

- A. Raterteilung;
- B. Beobachtung (Kenntnisnahme, Revision, Akteneinforderung, Auskunftseinholung);
- C. Staatliche Zustimmung als Vorbedingung der Gültigkeit kommunaler Handlungen (Genehmigung, Bestätigung);
- D. Vernichtung der Wirkungen kommunaler Handlungen (Beanstandung, Entscheidung auf Beschwerden);
- E. Erzwingung bestimmter Handlungen (Anordnung, Zwangsmittel, disziplinäre Maßnahmen);
- F. Handeln an Stelle der Gemeinde (Zwangsetatisierung, Zwangsvollstreckung, § 59 KAG., Kommissarbestellung);
- G. Auflösung der Gemeinde oder ihrer Organe.

Eine solche Einteilung bietet für die Zwecke der vorliegenden Arbeit den Vorteil, daß sie ohne weiteres erkennen läßt, wie verschieden stark bei den einzelnen Arten, auf welche die Kommunalaufsicht sich äußert, die Einflußnahme des Staats auf die kommunale Verwaltung ist. Gerade das ist es, worauf es praktisch bei allen Fragen der Kommunalaufsicht ankommt, während die Frage, ob die Aufsicht negativ oder positiv, fördernd oder erhaltend, präventiv oder repressiv ist, die Beteiligten kaum jemals interessiert. Sowohl *de lege lata* als auch *de lege ferenda* ist aber von Bedeutung, einen Vergleich zwischen der Stärke der einzelnen Aufsichtsmittel gegenüber den Gemeinden zu ermöglichen. Leider erfüllen die neuen Entwürfe auch in dieser Beziehung nicht, was man von ihnen erwarten sollte.

2. Über Inhalt und Voraussetzung der Anwendung der einzelnen

¹⁾ Wie z. B. für das Polizeirecht die Einteilung in Sicherheits- und Verwaltungspolizei positivrechtlich (§ 143 LVG.) bedeutsam ist.

²⁾ Verw.Arch. Bd. 30, S. 81.

Aufsichtsmittel besteht eine umfangreiche Judikatur und Literatur¹⁾; auf diese kann im folgenden größtenteils verwiesen werden. Im Rahmen dieser Arbeit ist nur zu einzelnen grundsätzlichen Fragen Stellung zu nehmen.

A. Der tiefere Sinn jeder Staatsaufsicht ist nicht, bloß Büttel zu spielen, sondern den beaufsichtigten Gemeinden beratend beizustehen²⁾. Durch seinen Gebietsumfang und die ihm zur Verfügung stehenden größeren Mittel ist der Staat in besonderer Weise dafür geeignet, Erfahrungen, die an einer Stelle gemacht werden, im Interesse anderer Gemeinden zu verwerten, sei es durch allgemeine Mitteilung an die Gemeinden, sei es durch besonderen Hinweis im Einzelfalle. Auch Anregungen würden regelmäßig von den Aufsichtsbehörden auszugehen haben, auch wenn kein unmittelbares staatliches Interesse an ihrer Befolgung bestände. Es wäre das Normale, daß die Gemeinden ihre Wünsche den Aufsichtsbehörden vorlegten und diese alsdann nach Kräften ihre Erfüllung erstrebten.

Leider ist es, wie schon die vorstehende Ausdrucksweise in Konjunktiven zeigen soll, in der Praxis vielfach anders. Es ist bedauerlich, daß die wichtige Funktion der Beratung der Beaufsichtigten heute so stark zurückgetreten ist. Auch in der Literatur wird sie kaum erwähnt. Welche schwerwiegenden Folgen dieser Mangel gezeitigt hat und was sich in Zukunft daraus für den Staat entwickeln kann, wird im 10. Kapitel gezeigt werden.

B. Das Aufsichtsmittel der Kenntnisnahme ist in den §§ 116 f. der Provinzialordnungen³⁾ in seine wichtigsten Bestandteile zerlegt: Auskunftseinforderung, Akten- und Rechnungseinsicht, Geschäfts- und Kassenrevisionen, Entsendung von Kommissaren zur Beobachtung des Ganges der Verhandlungen.

Die Kenntnisnahme ist ein notwendiger Bestandteil jeder Aufsicht; denn ohne sie kann letztere überhaupt nicht erfolgreich ausgeübt werden⁴⁾. Auch ohne gesetzlich ausdrücklich festgelegt zu sein⁵⁾, besteht daher ein Recht des Staats auf Kenntnisnahme im Rahmen der Staatsaufsicht ganz allgemein. Es setzt keineswegs bei der Gemeinde eine bloße Duldungspflicht voraus, sondern umfaßt auch Leistungen in Form von Auskunftserteilung und Berichterstattung⁶⁾. Wenn LUTHER⁷⁾ meint, eine Auskunftspflicht der Gemeinde bestehe nur, wenn ein ausreichender Grund zu der an sie gerichteten Frage vorhanden sei, so ist

1) Die übersichtlichste und klarste Zusammenstellung der neuen Grundsätze nebst Anführung von Rechtsprechung und Literatur gibt FRIEDRICHS i. Verw. Arch. Bd. 30, S. 74 ff., 179 ff.

2) Vgl. LEIDIG: S. 501. 3) §§ 89 f. hess. ProvO.

4) Vgl. TRIEPEL: S. 626; NEUWIEM: S. 262.

5) Außer in den ProvO. ist es teilweise — nicht aber „stets“, wie v. MANGOLT, S. 90, meint, — gesetzlich vorgesehen z. B. in den Kreisordnungen (§ 177 a. östl., 93 rhein., 93 westf., 141 schlesw., 105 hann., 106 hess.), hinsichtlich des Haushaltes in § 66 östl., westf. StO., § 60 rhein. StO., 118 hann. StO. usw.

6) MAYER, O.: Verwaltungsrecht, Bd. 2, S. 395 f.

7) Zukunftsaufgaben, S. 55 f.

das zwar theoretisch richtig, aber praktisch insofern bedeutungslos, als vernünftigerweise ohne einen Grund nicht gefragt zu werden pflegt, andererseits aber dem Beaufsichtigten unter keinen Umständen ein Prüfungsrecht über die Zweckmäßigkeit der Anfrage und die Stichhaltigkeit der Gründe zugestanden werden kann. Es hieße eine unnötige bürokratische Erschwerung der Staatsaufsicht herbeiführen, wenn entsprechend LUTHERS Vorschlag künftig jede Tätigkeit der Staatsaufsicht nicht mehr durch ein gewöhnliches Ersuchen, sondern nur durch einen förmlichen Beschluß mit Angabe von Gründen erfolgen könnte. Die Durchführung eines solchen Vorschlags würde dazu führen, daß die Aufsichtsbehörden alsbald ihre Auskunft „nach Formular“ einholen würden und die wirklich ausschlaggebenden Gründe dem Beaufsichtigten meist doch nicht mitgeteilt würden. Wer die Verwaltungspraxis beobachtet hat, wird wissen, daß schon heute in vielen Fällen, wo Verwaltungshandlungen einer Begründung bedürfen, oft rein formelle Gründe angegeben werden, welche die wirklichen politischen und sonstigen sehr wohl haltbaren, aber zur Veröffentlichung nicht geeigneten Motive verdecken.

Wohl aber hat LUTHER darin recht, daß Fragen nur an die verantwortliche Leitung, das will sagen: an die Gemeinde, vertreten durch die im Einzelfalle vertretungsberechtigten Gemeindeorgane, gerichtet werden dürfen. Wer nicht vertretungsberechtigt ist, kann gar keine maßgebliche Auskunft geben. Da also sein Bericht für die Aufsichtsbehörden rechtlich bedeutungslos wäre, ist eine Anfrage an ein nicht vertretungsberechtigtes Organ überhaupt nicht unter dem Gesichtspunkt der auf Gesetz beruhenden Aufsicht zu beurteilen.

C. Wo ein Beschluß kommunaler Körperschaften der Genehmigung oder Bestätigung bedarf, dort erhält er erst mit deren Erteilung seine rechtliche Wirkung¹⁾. Daraus, daß mit der erfolgten, aber noch nicht bestätigten Wahl keine Rechte und Pflichten entstehen, ergibt sich, daß die Wahlkörperschaft bis zum Augenblick der Erteilung der Bestätigung die Wahl zurücknehmen kann. Eine Schwierigkeit liegt jedoch darin, daß grundsätzlich der Widerruf unter gleichen Formen erfolgen muß wie der Akt, der zurückgenommen werden soll²⁾. Diese Voraussetzung wird nur erfüllt durch Vornahme einer neuen Wahl, in welcher der Widerruf der ersten Wahl eo ipso enthalten ist. Nimmt also eine Körperschaft vor Bestätigung der ersten eine zweite Wahl für die gleiche Stelle vor, so ist nur die in dieser zweiten Wahl gekürzte Person bestätigungsfähig, während die erste Wahl ex nunc jegliche Wirkung verliert³⁾. Entsprechendes gilt hinsichtlich des Widerrufs noch nicht bestätigter, genehmigungspflichtiger Beschlüsse⁴⁾, z. B. eines Orts-

¹⁾ Vgl. KORMANN: System, S. 171f. ²⁾ KORMANN: System, S. 329.

³⁾ Ein solcher Fall ist bei der Wahl eines Landeshauptmanns im Jahre 1924 praktisch geworden. Der Provinziallandtag widerrief die von ihm vorgenommene Wahl durch einfachen Beschluß. Das konnte rechtlich keine Wirkungen haben, war aber für die Bestätigungsbehörde bei der Versagung der Bestätigung sicherlich ausschlaggebend.

⁴⁾ Anders ist es mit Beschlüssen, welche von vornherein Rechtswirkungen erzeugen (vgl. OVG. Bd. 48, S. 33).

statuts, nur mit dem Unterschied, daß hier der Widerruf durch einen einfachen Beschluß, daß man den früheren Beschluß aufheben wolle, erfolgen kann.

Die wichtigsten Fälle, in denen die Beschlüsse der kommunalen Körperschaften der Genehmigung oder Bestätigung bedürfen, sind bereits in den früheren Kapiteln behandelt. Genannt seien hier nur Bestätigung von Statuten¹⁾, Bestätigung gewisser leitender Beamten²⁾, Genehmigung zur Veräußerung von Grundstücken, zur Aufnahme von Anleihen, vielfach zu Veränderungen in der Art der Gemeindeväldnutzungen³⁾, ferner zur Veräußerung oder wesentlichen Veränderung von Sachen mit besonderem wissenschaftlichen, historischen oder Kunstwert⁴⁾ und endlich eine Reihe von Beschlüssen auf dem Gebiete des Abgabenrechts⁵⁾ sowie eine Anzahl von Sonderfällen⁶⁾.

D. Wenn entsprechend dem DREWSSchen⁷⁾ und im obigen als zweckmäßig anerkannten Vorschläge an Stelle der Genehmigung das staatliche Einspruchsrecht eingeführt würde, so wäre damit zwar praktisch für die Gemeinden eine Verbesserung erreicht; theoretisch aber ist ein Eingreifen mittels Einspruchs schärfer, weil hier ein bereits rechtsgültiger, wenn auch auflösend bedingter Gemeindebeschluß seiner Wirkungen entkleidet wird.

Der wichtigste Fall im geltenden Rechte, in welchem eine Außerkraftsetzung von Beschlüssen kommunaler Körperschaften erfolgt, ist die Beanstandung auf Grund einer aufsichtsbehördlichen Anweisung⁸⁾.

Voraussetzung jeder Beanstandung ist, daß die betreffenden Beschlüsse ein Gesetz — und zwar im materiellen Sinne — verletzen⁹⁾ oder die Zuständigkeit der beschließenden Körperschaft überschreiten¹⁰⁾ sowie daß sie geeignet sind, auch für die Zukunft irgendwelche recht-

¹⁾ Vgl. oben S. 115 ff.

²⁾ Vgl. die Tabelle B zum 5. Kapitel.

³⁾ § 50 östl., 49 westf., 46 rhein., 119 hann., 71 schlesw., 56 hess. StO., § 114 östl., 53 westf., 95, 97 rhein., 42 hann., 78 hess., 114 schlesw. LGO., § 176 östl., 91 westf., 91 rhein., 103 hann., 104 hess., 139 schlesw. KrO., § 119 ProvO.

⁴⁾ §§ 16, 30 ZustGes.

⁵⁾ Vgl. die Ausführungen im 6. Kapitel.

⁶⁾ Vgl. z. B. § 88 Abs. 5 rhein. LGO.

⁷⁾ Verwaltungsreform, S. 64 f. — DREWS sieht die Genehmigung gegenüber Einspruch und Beanstandung als das schärfere Aufsichtsmittel an. Das ist zwar praktisch, nicht aber theoretisch richtig.

⁸⁾ Gesetzliche Grundlage vgl. aus anliegender Tabelle C (oben S. 230f.).

⁹⁾ Unrichtige Auslegung des Gesetzes ist gleichfalls Gesetzesverletzung; denn jedes Gesetz hat eine ganz bestimmte Bedeutung, selbst wenn darüber, welches die richtige Bedeutung ist, Zweifel möglich sind. Das Vorhandensein solcher Zweifel macht aber eine dem wirklichen Sinne des Gesetzes zuwiderlaufende Auslegung nicht zu einer rechtmäßigen Gesetzesanwendung. Richtig JEBENS: S. 13; OVG. Bd. 7, S. 115.

¹⁰⁾ Auch Kompetenzüberschreitung wird regelmäßig Gesetzesverletzung sein, da alle Zuständigkeiten, mindestens mittelbar, auf Gesetz beruhen; a. M. JEBENS: S. 14. Beispiele von Zuständigkeitsüberschreitungen, die in der Judikatur eine große Rolle spielen, vgl. bei FRIEDRICHS: Verw.Arch. Bd. 30, S. 83 f., auch OVG. i. Preuß.Verw.Bl. Bd. 5, S. 219.

liche Wirkungen zu äußern¹⁾, insbesondere daß sie überhaupt der Ausführung fähig sind²⁾. Die Angabe von Gründen ist gesetzlich zwingend vorgeschrieben; ihr Fehlen macht die Beanstandungsverfügung nichtig³⁾, ist jedoch insofern unschädlich, als jederzeit eine neue — nunmehr begründete — Beanstandungsverfügung erlassen werden kann, da die Beanstandung an keine Frist und Form⁴⁾ gebunden ist.

Aus Gründen der Abwehr von Gefahren des Gemeinwohls ist die Beanstandung nicht zulässig. Für diesen Fall sehen lediglich einige Gemeindeverfassungsgesetze⁵⁾ eine Beanstandung oder eine Versagung der erforderlichen Zustimmung durch ein anderes Organ der Gemeinde unter Ausschluß jeglicher Anweisungsmöglichkeit von seiten staatlicher Behörden vor. Es würde auch dem Sinne der durch § 15 Abs. 2, § 29 Abs. 2 des Zuständigkeitsgesetzes ausdrücklich abgeschafften Eingriffsbefugnis der Aufsichtsbehörden im Falle der Verletzung des Staatswohls widersprechen, wenn man mit ROBERTI-JESSEN⁶⁾ durch Androhung von Disziplinarstrafen in solchen Fällen schließlich doch seitens der Aufsichtsbehörden eine Beanstandung durch den kommunalen Behördenvorstand erzwingen wollte. Die Auslegung des Begriffs „Staatswohl“, eines Rechtsbegriffs, der ein freies Ermessen nicht ermöglicht⁷⁾, steht im gebundenen Ermessen der beanstandenden Stelle. Jedoch gehört diese Art der Beanstandung, weil sie auch mittelbar keine solche der Kommunalaufsichtsbehörden ist, nicht hierher.

Daß von der Beanstandung die Anfechtung von rechtskräftigen Beschlüssen der Verwaltungsbeschlußbehörden nach § 126 des Landesverwaltungsgesetzes scharf zu unterscheiden ist, braucht im Rahmen dieser Arbeit nur beiläufig erwähnt zu werden.

Die Entscheidung von Beschwerden nach § 7 des Zuständigkeitsgesetzes hat zwar rechtlich nicht die Wirkung einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung der kommunalen Dienststellen, wirkt aber in der Mehrzahl der Fälle wie eine Außerkraftsetzung, da die Gemeindebehörden meistens weiteren aufsichtsbehördlichen Eingriffen zuvorzukommen suchen und daher von einer Ausführung angekündigter Ein-

¹⁾ So mit Recht die ständige Rechtsprechung des OVG. seit Bd. 6, S. 52 ff. bis heute Bd. 76, S. 41, Bd. 78, S. 69; ebenso die Literatur, z. B. JEBENS: S. 11. Noch nicht genehmigte, aber genehmigungspflichtige Beschlüsse sind nicht beanstandungsfähig, da sie keine Rechtswirkungen erzeugen; richtig NEUWIEM: S. 246.

²⁾ Vgl. OVG. Bd. 74, S. 47.

³⁾ A. M. OVG. Bd. 74, S. 47; v. MANGOLT: S. 105; richtig JEBENS: S. 16. Wenn das Gericht die Beanstandungsverfügung durch andere als die angeführten Gründe rechtfertigt, so liegt darin keine Ausübung der Aufsicht; die Aufsichtshandlung ist nur die eigentliche Beanstandung.

⁴⁾ Vgl. JEBENS: S. 14.

⁵⁾ Vgl. z. B. § 57 Abs. 2 östl. StO. — Diese Vorschrift ist, auch soweit die Verletzung des Staatswohls in Betracht kommt, durch § 15 Abs. 2 ZustGes. nicht aufgehoben, weil in letzterem nur von der „Befugnis der Aufsichtsbehörden“ die Rede ist, in § 57 Abs. 2 es sich aber gar nicht um diese, sondern um den Bürgermeister handelt. Vgl. auch § 17 Ziff. 1 ZustGes. Ähnlich § 56 Ziff. 2 Abs. 2 östl. StO. ⁶⁾ S. 39.

⁷⁾ Vgl. BÜHLER: S. 27 ff.; JELLINEK, W.: Gesetz, S. 16 off.

griffe Abstand nehmen oder bereits durchgeführte Maßnahmen von sich aus nach Möglichkeit zurücknehmen werden.

E. Gewisse Handlungen kommunaler Behörden können unter Umständen durch unmittelbare Anordnung erzwungen werden. Der wichtige Fall der Änderung einer Steuerordnung nach § 78 des Kommunalabgabengesetzes ist bereits im 6. Kapitel erwähnt. Nach § 9 Abs. 2 des Besoldungssperrgesetzes in der Fassung des Art. 11 der Reichspersonalabbauverordnung vom 27. Oktober 1923 (RGBl. I, S. 999) können von der zuständigen Aufsichtsbehörde genehmigte kommunale Besoldungsordnungen von der Landeszentralbehörde — in Preußen von den Ministern des Innern und der Finanzen — durch einfache „Anordnung“ abgeändert werden. In Art. 6 § 1 Abs. 2 des Wohnungsgesetzes vom 28. März 1918 (GesS. S. 23) ist die aufsichtsbehördliche Anordnung der Errichtung eines Wohnungsamtes in Städten von 50000 bis 100000 Einwohnern vorgesehen.

Daneben stehen den Aufsichtsbehörden vom Regierungspräsidenten abwärts¹⁾ ganz allgemein die Zwangsmittel des § 132 des Landesverwaltungsgesetzes zu, da die dort genannten Behörden bei Ausübung der Kommunalaufsicht in Ausübung obrigkeitlicher Gewalt tätig werden und eine Beschränkung auf bestimmte Aufsichtsmittel nach den meisten Gemeindeverfassungsgesetzen entsprechend den obigen Ausführungen nicht existiert²⁾. Alle durch ihre gesetzlichen Befugnisse gerechtfertigt

¹⁾ Ob der Oberpräsident, wenn er für Berlin gemäß § 42 Abs. 1 des Landesverwaltungsgesetzes an die Stelle des Regierungspräsidenten tritt, auch dessen Zwangsmittel aus § 132 des Landesverwaltungsgesetzes hat, obwohl § 132 den Oberpräsidenten nicht miterwähnt, ist bestritten. Tatsächlich handelt es sich hier um eine Lücke im Gesetze. FRIEDRICHS (Verwaltungsrechtspflege, Bd. 1, S. 144, 1921) bezeichnet die Frage als noch ungeklärt und lehnt jedenfalls die Zwangsbefugnis des Oberpräsidenten in Berlin auf Grund des § 132 a. a. O. auch in Beschlüssen ab, freilich mit einer im vorliegenden Falle nicht verwertbaren Begründung. Aus dem Worte „auch“ ist zu schließen, daß er in anderen Fällen, insbesondere dem vorliegenden, dem Oberpräsidenten in Berlin die Zwangsmittel des § 132 nicht zugestehen will. Diese Auffassung deckt sich auch mit der in seinem Kommentar zum Landesverwaltungsgesetz, Anm. 3 zu § 132, erwähnten Ansicht, wonach nur die in § 132 „ausdrücklich genannten Behörden“ die Zwangsbefugnisse haben.

Demgegenüber führt ANSCHÜTZ (Verw.Arch. Bd. 1, S. 469) aus, daß die §§ 132 ff. auch für die Exekutivbefugnisse des Oberpräsidenten von Berlin maßgebend seien. Insbesondere gelte dies von der Kommunalaufsicht über Berlin, bezüglich deren § 42 ausdrücklich den Oberpräsidenten an die Stelle, d. h. mit den allgemeinen gesetzlichen Befugnissen, des Regierungspräsidenten setze. Wenn einer Behörde die sachliche Zuständigkeit einer anderen übertragen werde, so übernehme sie damit auch die zur Wahrnehmung derselben erforderlichen Befugnisse, mithin auch die Zwangsbefugnisse (ANSCHÜTZ: a. a. O, S. 464). Die Ansicht von ANSCHÜTZ erscheint zutreffend, weil die Übertragung der Zuständigkeit auf den Oberpräsidenten die Überlassung aller Befugnisse des Regierungspräsidenten auf dem betreffenden Gebiete logisch mitumfaßt. Entsprechend ein Erlaß des preuß. Min. d. Innern vom 7. Juni 1922 — IVa II 1171 —, welcher sich hauptsächlich auf die Verhandlungen zu § 42 LVG. im Abgeordnetenhaus stützt.

²⁾ So richtig die preußische Praxis und z. B. ROBERTI-JESSEN (S. 30); MAYER, O.: Verwaltungsrecht, Bd. 2, S. 401; LEIDIG (S. 100); A. M. PREUSS (Amtsrecht, S. 318 ff.); v. MANGOLT (S. 108); letzterer widerspricht sich freilich selbst, wenn er gegen den Stadtverordnetenvorsteher die Anwendung von Zwangsmitteln zuläßt,

tigten Anordnungen auf dem Gebiete der Kommunalaufsicht können daher Regierungspräsident und Landrat im Wege des § 132 erzwingen. Da sich aber die Gemeindeaufsicht gegen die Kommunen als solche richtet, dürfen die Zwangsmittel, wie PREUSS¹⁾ richtig hervorhebt, nur gegen die Gemeinde selbst und diejenigen Organe²⁾ gerichtet werden, deren Handlungen oder Unterlassungen gefordert werden müssen. Insbesondere muß man sich darüber im klaren sein, daß die Anwendung des Zwangsmittels der Ersatzvornahme auf Kosten der Gemeinde³⁾ vielfach sehr wirksam sein wird⁴⁾ und die Auflösung einer Vertretungskörperschaft oder die Bestellung eines Kommissars überall dort überflüssig macht, wo es sich um nur eine einmalige, einem bestimmten Zwecke dienende Weigerung handelt.

Daß diejenigen disziplinarischen Maßnahmen, welche von den Aufsichtsbehörden gegen einzelne Kommunalbeamte unmittelbar verhängt werden können, — aber auch nur diese, — rechtlich als Aufsichtsmittel zu werten sind, ist bereits im 5. Kapitel erörtert⁵⁾; hier ist nur zu erwähnen, daß sie ihrer Wirkung nach in die Reihe derjenigen Aufsichtsmittel gehören, durch welche ein bestimmtes Verhalten erzwungen werden soll. Die „Abschreckungstheorie“ spielt hinsichtlich der disziplinarischen Ordnungsstrafen eine ausschlaggebende Rolle⁶⁾.

F. Zu den Handlungen, welche an Stelle der Gemeinde von den Staatsbehörden vorgenommen werden, gehören die im Gesetze genau aufgezählten Fälle, in denen eine Verwaltungsbeschlußbehörde an Stelle eines Gemeindeorgans zu maßgeblicher Willenäußerung befugt und verpflichtet ist⁷⁾. Vielfach aber entsteht die Frage, wer zu beschließen hat, wenn bei Fehlen eines kommunalen Organs das Gesetz nichts

„weil die Möglichkeit bestehen muß, ihn zu nötigen, die Stadtverordnetenversammlung zu berufen“.

¹⁾ Amtsrecht, S. 320.

²⁾ Also regelmäßig nicht gegen einzelne Beamte, außer gegen den Bürgermeister in Städten mit Bürgermeisterverfassung oder wo er kraft Gesetzes allein zuständig ist. Zwangsgeldstrafen dürfen einem Kollegium wie dem Kreisausschuß oder Magistrat schon deshalb niemals angedroht werden, weil es kein Vermögen haben kann (vgl. HÜBENER: Preuß.Verw.Bl. Bd. 46, S. 235).

³⁾ Systematisch gehört das Zwangsmittel des § 132 Nr. 1 LVG. eigentlich zur Gruppe F; doch sei es wegen seines Zusammenhangs mit den übrigen Zwangsmitteln bereits an dieser Stelle erwähnt.

⁴⁾ Besonders gegenüber unauflösbaren Kollegien, wie Magistrat und Kreisausschuß, ist dieses Zwangsmittel von Bedeutung.

⁵⁾ Zutreffend rechnet v. MANGOLT (S. 130, Anm. 1) die disziplinarischen Befugnisse der kommunalen Behördenvorstände nicht zu den Aufsichtsmitteln, mit Unrecht aber zählt er hierher die den Disziplinargerichten zustehenden Befugnisse. Das Richtige meint offenbar WESSELS (S. 85). Unrichtig v. GRUMBKOW (S. 129 ff.).

Vgl. auch OVG. Bd. 75, S. 460.

Den Unterschied von Disziplinar- und Ordnungsstrafrecht betont NEUWIEM (S. 254); unrichtig OERTEL (S. 623).

⁶⁾ Ob die Aufsichtsbehörde im Einzelfalle durch disziplinarische Ordnungsstrafe (Androhung vor der Tat) oder durch Zwangsstrafe einschreiten will, steht in ihrem Ermessen (vgl. BRAND: Beamtenrecht, S. 678; a. M. HÜBENER: Preuß.Verw.Bl. Bd. 46, S. 234).

⁷⁾ Vgl. § 17 Ziff. 1 bis 3, § 33 Ziff. 1 bis 3 ZustGes.

bestimmt. Der wichtigste hier in Betracht kommende Fall ist, daß die Bevölkerung sich weigert, eine Gemeindevertretung zu wählen, „weil es ohne eine solche ebensogut geht“, oder wenn die Organe von neugebildeten Gemeinden noch nicht gewählt sind. Alsdann ist das einzige Mittel, wirksam Abhilfe zu schaffen, die Bestellung eines Kommissars, und zwar können sowohl für mehrere Organe eine Person als auch für ein Organ mehrere Personen gemeinsam von der Aufsichtsbehörde kommissarisch bestellt werden. So ist es z. B. üblich, bei Umwandlung einer Landgemeinde in eine Stadt bis zur Neuwahl der städtischen Organe die bisherigen Landgemeindevetreter kommissarisch mit der Vertretung der Stadtverordnetenversammlung zu betrauen.

Es liegt im Wesen der Kommissarbestellung, daß sie nur als vorübergehende Maßnahme gedacht ist; es sollte daher in jeder kommissarischen Bestellung der Zeitpunkt angegeben sein, an dem das Mandat des Kommissars erlischt (z. B. „bis zum Zusammentritte der neuwählenden Gemeindevertretung“).

Die rechtliche Grundlage für die Kommissarbestellung ergibt sich allein aus dem begrifflichen Inhalt der Aufsicht. Es ist daher unrichtig, wenn v. MANGOLT¹⁾ annimmt, es könne mangels ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung in Preußen bei dauernder Widerspenstigkeit der Organe einer Gemeinde nicht die gesamte Gemeindeverwaltung durch einen staatlichen Kommissar geführt werden. Wenn andere Mittel versagen, kann dieses unter Umständen die ultima ratio selbst dann sein, wenn an sich rite bestellte Organe vorhanden sind²⁾.

Eines der wichtigsten und gesetzlich am ausführlichsten geregelten³⁾ Aufsichtsmittel ist die sog. Zwangsetatisierung. Ihrer rechtlichen Natur nach bedeutet sie ein Handeln an Stelle der Gemeinde; sie ist nicht selbst schon eigentliche Zwangsvollstreckung, obwohl sie manchmal in ihrer Wirkung ähnliche Funktionen erfüllt, erfordert vielmehr unter Umständen erst die Ausübung eines weiteren Zwangs auf die Gemeinde, um die Ausführung des ersetzten Beschlusses zu erreichen⁴⁾, noch auch ist sie ein Disziplinar mittel⁵⁾. Ihre Anwendung setzt in sachlicher Beziehung eine gesetzliche Verpflichtung zu einer Leistung voraus, die für die Gemeinde eine bestimmte Geldausgabe verursacht⁶⁾. Das Gesetz, auf dem die Verpflichtung beruht, braucht kein solches im formellen Sinne zu sein. Es kann sich naturgemäß auch um die Erfüllung von Aufgaben handeln, die die Gemeinde zunächst freiwillig übernommen hat, die sie aber nunmehr, nachdem sie einmal übernommen sind, auch verpflichtet ist durchzuführen⁷⁾.

¹⁾ S. 114.

²⁾ A. M. anscheinend PREUSS (Amtsrecht, S. 212), der wohl das Fehlen des ordnungsmäßigen Organs zur Voraussetzung der Kommissarbestellung macht.

³⁾ Vgl. anliegende Tabelle C.

⁴⁾ Das nimmt irrigerweise WEINREICH: Verw.Arch. Bd. 13, S. 502 im Anschluß an einige mißverständliche OVG.-Entscheidungen an.

⁵⁾ Falsch daher PREUSS: Amtsrecht, S. 482.

⁶⁾ OVG. Bd. 46, S. 11 f.; JEBENS: S. 32; v. MANGOLT: S. 119.

⁷⁾ Vgl. WEINREICH: Verw.Arch. Bd. 13, S. 509.

In förmlicher Beziehung muß die Leistung von der zuständigen Behörde¹⁾ dem Grunde und Betrage nach festgestellt sein²⁾; es muß ferner eine Aufforderung zur Leistung an die Gemeinde ergangen sein und diese³⁾ die Erfüllung ausdrücklich oder durch konkludente Handlung verweigert haben. Das Vorhandensein dieser Voraussetzungen ist gegebenenfalls im Verwaltungsstreitverfahren zu prüfen; die materielle Rechtmäßigkeit der vorangegangenen Feststellungsverfügung, insbesondere die Frage, ob die Leistung der Gemeinde gesetzlich obliegt, ist vom Verwaltungsrichter jedoch nur insofern zu untersuchen, als nicht die Leistung in einem besonderen mit Rechtsmitteln ausgestatteten Verfahren festgestellt ist⁴⁾.

Es ist in der Praxis vielfach zweifelhaft, ob und inwieweit eine Zwangsetatisierung von Leistungen erfolgen kann, für die der ordentliche Rechtsweg offen steht. Das Oberverwaltungsgericht hat entschieden, daß Beamtengehälter und -Pensionen zwangsetatisiert werden können; „denn zu den Anforderungen, die an ein geordnetes Gemeinwesen zu stellen sind, gehört es, daß den Beamten ihre Gehälter regelmäßig gezahlt werden“; im übrigen vermeide die Zwangsetatisierung langwierige und kostspielige Zivilprozesse⁵⁾. Mit derselben Begründung könnte das Oberverwaltungsgericht auch die Zwangsetatisierung von Angestelltengehältern begründen, die aber ausdrücklich für unzulässig erklärt wird.

Den tieferen Grund der verschiedenen Behandlung von Beamten- und Angestelltengehältern gibt eine andere Entscheidung⁶⁾, nach welcher Voraussetzung der Zwangsetatisierung ist, daß die Verpflichtung auf öffentlichem Rechte, nicht auf privatrechtlichem Titel beruht. Aus diesem Grunde seien die Kosten der Schlachtvieh- und Fleischbeschau sowie alle übrigen Kosten der örtlichen Polizeiverwaltung Gegenstand der Zwangsetatisierung.

Dem widerspricht eine andere neuere Entscheidung⁷⁾, wonach grundsätzlich Ansprüche gegen eine Gemeinde, die im ordentlichen Rechtswege ausgetragen werden können, nicht von der Aufsichtsbehörde

¹⁾ Zweifelhaft kann z. B. sein, ob die Polizeiaufsichtsbehörde oder die Kommunalaufsichtsbehörde die Feststellung der in den Etat einzusetzenden Kosten der städtischen Straßenbeleuchtung vorzunehmen hat; man hat sich für erstere zu entscheiden, weil es sich um eine von der Polizei zu erhebende Forderung handelt. — Vgl. auch OVG. Bd. 18, S. 141; Bd. 26, S. 138 u. a.

²⁾ Eine solche Feststellung ist auch nötig, wenn die Leistung nach Grund und Betrag unstreitig ist und sich aus dem Gesetze entnehmen läßt; a. M. WEINREICH: Verw.Arch. Bd. 13, S. 512.

³⁾ Es genügt die Weigerung eines ihrer maßgebenden Organe, z. B. des Magistrats, nicht notwendig der Vertretungskörperschaft. Vgl. JEBENS: S. 46 ff.

⁴⁾ Vgl. OVG. Bd. 75, S. 77; Bd. 78, S. 51 ff. — Die Aufsichtsbeschwerde stellt ein solches Verfahren nicht dar (OVG. Bd. 69, S. 107).

⁵⁾ Vgl. OVG. Bd. 78, S. 58.

⁶⁾ OVG. Bd. 77, S. 121 f., sowie die älteren von JEBENS, S. 33, zitierten Entscheidungen, z. B. OVG. Bd. 28, S. 95. Ähnlich WEINREICH: Verw.Arch. Bd. 13, S. 524. Richtiger v. MANGOLT: S. 116 ff.

⁷⁾ OVG. Bd. 70, S. 57; ähnlich schon OVG. Bd. 45, S. 144.

festgestellt und zwangsetatisiert werden können. Es wird daher die Zwangsetatisierung von Haftpflichtansprüchen aus Amtspflichtverletzungen oder Polizeiverfügungen sowie des Anspruchs des Fiskus auf Schadloshaltung gegen die Gemeinde als Trägerin der Kosten der örtlichen Polizeiverwaltung oder des Erstattungsanspruchs des Provinzialverbands wegen der Beschulungskosten für blinde und taubstumme Kinder für unstatthaft erklärt.

Die Heranziehung älterer Entscheidungen, die von anderen Autoren¹⁾ bereits kritisch zusammengestellt sind, würde das gegebene Bild nicht verändern. Das Oberverwaltungsgericht hat bisher eine grundsätzliche einheitliche Stellungnahme noch nicht gefunden; doch wird man trotz seiner vielfach anderen Begründungen aus seinen Entscheidungen entnehmen können, daß Voraussetzung wie jeder Kommunalaufsicht so auch der Zwangsetatisierung ist das Vorliegen eines öffentlichen Interesses zur Anwendung gerade dieses Mittels. Es kommt daher gar nicht darauf an, ob etwa der Anspruch von einem Dritten im ordentlichen Rechtsweg durchzusetzen ist, erst recht nicht, ob der dann bevorstehende Zivilprozeß schwierig und langwierig oder einfach ist, und endlich auch nicht, ob die betreffende Leistung auf öffentlichem oder privatem Rechtstitel beruht. Gerade für die letzte Annahme fehlt jeder Anhalt im Gesetz. Sobald aber ein öffentliches Interesse für ein Eingreifen von Aufsichtswegen besteht, kann auch die Zwangsetatisierung solcher Leistungen vorgenommen werden, die ebenfalls im ordentlichen Rechtsweg durchgesetzt werden könnten²⁾. Eine Einschränkung ergibt sich nur insofern von selbst, als in vielen Fällen bei streitigen Ansprüchen die „zuständige Behörde“ für die Festsetzung der Leistung die ordentlichen Gerichte sind, freilich nur dann, wenn der aktiv Legitimierte sie anruft. Tut er das nicht, so wird ihre Zuständigkeit nicht begründet. Da die Aufsichtsbehörde zur Klageerhebung selbst nicht aktiv legitimiert ist, könnte sie dem öffentlichen Interesse nicht Genüge leisten, wenn man allein durch die Möglichkeit der Klageerhebung die Zuständigkeit der Gerichte für die Feststellungsverfügung begründet sein lassen wollte.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich umgekehrt die weitere Folgerung, daß die erfolgte gerichtliche Feststellung, die auch in einem Leistungsurteile mitenthalten ist, die Zwangsetatisierung nicht hindert. Vielmehr stehen dann die Möglichkeit einer Zwangsetatisierung und einer Zwangsvollstreckung gleichberechtigt nebeneinander. Die Aufsichtsbehörde kann die erstere wählen, wenn ihre Durchführung im öffentlichen Interesse liegt. Das wird insbesondere dann der Fall sein, wenn eine Zwangsvollstreckung tatsächlich oder rechtlich keinen Erfolg verspricht.

Gerade auf diesem Nebeneinander beider Möglichkeiten beruht die in verschiedenen Landesteilen bestehende Befugnis der Aufsichtsbehör-

¹⁾ Vgl. z. B. JEBENS: S. 31 ff.; WEINREICH: Verw.Arch Bd. 13, S. 497 ff.

²⁾ Z. B. Beamtengehälter. — Gegen eine solche Verallgemeinerung JEBENS: S. 34.

den, vor Vornahme von Zwangsvollstreckungen gegen Gemeinden beteiligt zu werden. Die Rechtslage in dieser Beziehung ist freilich noch rechtlich unklar, so daß zunächst die Frage der Zwangsvollstreckung gegen Gemeinden der Erörterung bedarf.

Es sind hierfür drei Rechtsgebiete in Preußen mit verschiedener gesetzlicher Regelung zu unterscheiden.

a) Im Gebiete des gemeinen Rechts fehlt es an besonderen Vorschriften für die Gemeinden¹⁾. § 15 Ziff. 3 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozeßordnung und § 17 Ziff. 4, § 33 Ziff. 4 des Zuständigkeitsgesetzes können keine Anwendung finden, weil eine Regelung, welche diese Vorschriften voraussetzt, im Gebiet des gemeinen Rechts nicht existiert.

b) Für das Gebiet des ehemaligen französischen Rechts gilt folgendes.

Nach § 17 Ziff. 4 des Zuständigkeitsgesetzes beschließt an Stelle der Aufsichtsbehörde der Bezirksausschuß über die Art der gerichtlichen Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gegen Stadtgemeinden. Das Gesetz verweist im übrigen auf § 15 Ziff. 3 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozeßordnung. Voraussetzung für Anwendung des § 17 des Zuständigkeitsgesetzes ist, daß vor Erlaß dieses Gesetzes die Aufsichtsbehörde über die Art der gerichtlichen Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gegen Stadtgemeinden zu beschließen hatte. Welcher Zustand bei Inkrafttreten des Zuständigkeitsgesetzes, d. h. für die Rheinprovinz gemäß § 104 der Kreisordnung für die Rheinprovinz vom 30. Mai 1887 am 1. Juli 1888 bestanden hat, muß daher vorweg festgestellt werden.

Das Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung hat gemäß § 15 Ziffer 3 die landesrechtlichen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung gegen Körperschaften des öffentlichen Rechts, soweit nicht dingliche Rechte verfolgt werden, unberührt gelassen. Ein Hinweis auf die Grundsätze über die Zwangsvollstreckung gegen Gemeinden im linksrheinischen Gebiet findet sich in dem Urteil des Reichsgerichts vom 15. Oktober 1880²⁾. Danach galt im Jahre 1880 der Grundsatz, daß eine Zwangsvollstreckung im gewöhnlichen Verfahren gegen Gemeinden nicht stattfinden dürfe, daß sich vielmehr der Gläubiger an die höhere Verwaltungsbehörde zu wenden hätte, welche dann Art und Zeit der Tilgung der Schulden je nach den vorhandenen Mitteln bestimmte. Dieser Grundsatz beruht zunächst auf § 25 des rheinischen Ressort-Reglements vom 20. Juli 1818, wonach, „soviel die Vollstreckung des wider eine Gemeinde ergangenen Urteils betrifft“, es bei den bisherigen Formen sein Bewenden haben soll. Welches diese bisherigen Formen sind, darüber geben Auskunft zunächst die Arrêté vom 12. Brumaire XI (3. XI. 1802)³⁾. Dort war angeordnet worden, daß zehn der begütert-

¹⁾ Die Allgem. Verg. des Justizministers vom 18. Juli 1881 (JustMinBl. S. 160) bezieht sich nicht auf Gemeinden. ²⁾ RGZ. Bd. 3, S. 337.

³⁾ Abgedruckt in DANIELS Handbuch der Gesetze, Verordnungen und Regierungsbeschlüsse aus der Zeit der Fremdherrschaft. Bd. 4, S. 421. Köln 1836.

sten Einwohner der Gemeinde N. gezwungen werden sollten, den Betrag, zu dem die Gemeinde verurteilt war, vorzustrecken unbeschadet ihres Rückgriffs gegen die anderen Einwohner der Gemeinde. Der Präfekt des Departements bestritt die Zuständigkeit des Gerichts, über die Art der Zwangsvollstreckung von Urteilen zu bestimmen. „In Erwägung, daß es nur der Verwaltungsbehörde zusteht, die Art und Weise zu regeln, wonach die Schulden von Gemeinden bezahlt werden sollen, daß ferner die Macht der Gerichte erschöpft ist, wenn sie das Urteil gegen die Gemeinden, welche einen Rechtsstreit zu führen ermächtigt sind, ausgesprochen haben, und daß kein Gesetz ihnen das Recht gibt, den Betrag der Urteilssumme auf die Einwohner zu verteilen und daß endlich das Gesetz vom 10. vendémiaire IV Tit. 5 Art. 8—9 ausdrücklich den Gemeindebehörden die Verteilung von Schäden, welche den Gemeinden durch Verurteilung entstehen, auf die Einwohner überläßt; in Erwägung aller dieser Umstände wird bestimmt:

1. Die Verfügung des Urteils des Gerichts erster Instanz, welches anordnet, daß 10 der begütertsten Einwohner der Gemeinde N. gezwungen werden sollten, die Urteilssumme vorzustrecken, wird aufgehoben.

2. Wenn zur Vollstreckung rechtskräftiger Urteile eine Verteilung der Schuldsumme auf die Einwohner stattfinden soll, so ist dafür durch die Verwaltungsbehörde zu sorgen.“

Das oben erwähnte Gesetz vom 10. vendémiaire IV hat im übrigen für unseren Fall keine Bedeutung; es behandelt nicht die Zwangsvollstreckung, sondern lediglich die Ermächtigung der Gemeindebehörden, die Ausgaben der Gemeinden auf die Einwohner unterzuverteilen. Wohl aber kommen noch zwei Staatsratsgutachten vom 12. VIII. 1807¹⁾ und vom 26. V. 1813²⁾ in Betracht. In dem ersten Staatsratsgutachten ist ausdrücklich unterschieden zwischen der Möglichkeit, gegen Gemeinden im Rechtswege ein Urteil zu erlangen, und den Handlungen, welche die Zwangsvollstreckung zum Ziele haben. Bezüglich der letzteren geht das Gutachten des conseil d'état dahin, daß den Gläubigern nur die Möglichkeit bleibt, sich an die Verwaltungsbehörden zu wenden, um ihre Forderungen durchzusetzen. Der in dem Gutachten erwähnte Beschluß vom 19. ventôse X³⁾, dessen Ziffer 8 an sich in Betracht käme, ist hier ohne Bedeutung.

Das zweite erwähnte Gutachten des conseil d'état spricht lediglich den gleichen Grundsatz aus.

Daraus ergibt sich, daß der damalige Rechtszustand der war, daß über die Art der Zwangsvollstreckung gegen Gemeinden die Verwaltungsbehörde, d. h. die Aufsichtsbehörde, nähere Anordnungen zu treffen hatte. An diesem Rechtszustand ist durch nachfolgende Gesetze nichts geändert worden. So weist insbesondere das Reichsgericht nach, daß das Gesetz wegen des Schuldenwesens der Gemeinden des linken Rhein-

1) DANIELS: Bd. 5, S. 276.

2) DANIELS: Bd. 5, S. 860.

3) DANIELS: Bd. 4, S. 289.

ufers vom 7. März 1822 (GesS. S. 49) sich lediglich auf Schulden bezieht, welche vor 1822 eingegangen worden sind. Auch die rheinische Städteordnung sagt nichts über die Zwangsvollstreckung gegen Gemeinden.

Daraus folgt, daß zur Zeit des Inkrafttretens des Zuständigkeitsgesetzes in den Städten des linksrheinischen Gebietes die Aufsichtsbehörde über die Art der gerichtlichen Zwangsvollstreckung zu beschließen hatte und daß daher gemäß § 17 des Zuständigkeitsgesetzes heute an ihre Stelle der Bezirksausschuß getreten ist¹⁾.

c) Im Gebiete des Allgemeinen Landrechts ist infolge der Vorschriften des § 15 Ziff. 3 EG. z. ZPO. und des § 17 Ziffer 4, § 33 Ziffer 4 des Zuständigkeitsgesetzes noch maßgebend § 153 Anhang zu § 45 I 24 der Allgemeinen Gerichtsordnung von 1795. Danach sind die Gerichte verpflichtet, „vor der Exekution gegen eine Stadt- oder Dorfgemeinde oder sonstige moralische Personen über die Art, wie solche ohne gänzlichen Ruin des Schuldners zu realisieren sei, mit der Regierung Rücksprache zu halten und, wenn sie sich mit dieser wegen der zu ergreifenden Maßregeln nicht einigen können, die Exekution auszusetzen und die Vorentscheidung des Justizministers einzuholen.“ Lediglich an die Stelle der Regierung sind Kreis- bzw. Bezirksausschuß getreten. Wesentlich aber ist, daß nicht unmittelbar der Gerichtsvollzieher tätig zu werden hat, sondern daß der Gläubiger seinen Antrag zunächst an das Vollstreckungsgericht richten muß, welches erst im Einvernehmen mit der Verwaltungsbeschlußbehörde, im Falle der Nichteinigung gemäß der Entscheidung des Justizministers, den Gerichtsvollzieher beauftragen kann²⁾. Der Antrag auf Herbeiführung eines Beschlusses über die Art der Zwangsvollstreckung kann nur vom Gläubiger ausgehen.

Bemerkenswert ist endlich noch, daß sich die vorstehende Regelung nur auf die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen bezieht und daß mangels Sonderbestimmungen für Kreise und Provinzen unter der „Regierung“ oder „Verwaltungsbehörde“ stets die Aufsichtsbehörden erster Instanz, niemals die Verwaltungsbeschlußbehörden zu verstehen sind.

Berücksichtigt man, daß die Zwangsvollstreckung gegen Gemeinden auf veralteten Bestimmungen beruht sowie daß durch sie eine Heranziehung der Hauptquelle kommunalen Vermögens, der Steuerkraft der

¹⁾ Dieses Ergebnis findet eine Bestätigung bei FRIEDRICHS: ZustGes., Anm. 4 zu § 17.

Wie der Bezirksausschuß die Zwangsvollstreckung durchführen will, ist seine Sache. Daß er nicht die öffentlichen und die für öffentliche Zwecke bestimmten Gebäude nebst dem Inventar angreifen lassen darf (§§ 155, 156 II 8 ALR.), muß als selbstverständlicher Grundsatz auch außerhalb des Geltungsbereichs des Allgemeinen Landrechts gelten; und auch der Grundsatz im Anhang § 153 zur allgemeinen Gerichtsordnung, die gleichfalls im linksrheinischen Gebiet nicht gilt, daß die Vollstreckung ohne gänzlichen Ruin des Schuldners zu bewirken sei, wird als selbstverständlicher Grundsatz zu beachten sein. Im übrigen ist der Bezirksausschuß an keine Vorschriften gebunden und kann auch bezüglich der Verteilung der zu leistenden Summe auf längere Zeit unter Abmessung der beiderseitigen Interessen nach freiem Ermessen Anordnungen treffen.

²⁾ Vgl. WALDECKER: S. 7.

Einwohner, ausgeschlossen ist, so wird man schon aus diesen Gründen die Ansicht¹⁾ ablehnen müssen, daß sie vor der Zwangsetatisierung rangiere, letztere also nur subsidiär sei. Diese Auffassung ist ferner auch deshalb abzulehnen, weil sie im Gesetze keine Stütze findet und weil sie der allein von Gesetz und öffentlichem Interesse regierten Kommunalaufsicht nicht gerecht wird. Unter Umständen erreicht der Gläubiger seine Befriedigung nur auf dem Wege über die Zwangsetatisierung. Die Zwangsvollstreckung hilft ihm oft nur wenig, ruiniert aber, wenn sie wie im Gebiete des gemeinen Rechts ohne sachverständige Mitwirkung einer das öffentliche Interesse vertretenden Stelle erfolgt, das Gemeindevermögen in einer dem Gemeinwohl zuwiderlaufenden Art.

Die Befriedigung der Gläubiger einer Gemeinde liegt aber im öffentlichen Interesse schon deshalb, weil das Bekanntwerden der Zahlungsunfähigkeit von Gemeinden und der Unmöglichkeit, Befriedigung von ihnen zu erhalten, den gesamten Kommunalkredit untergraben würde. Das Vorliegen des öffentlichen Interesses berechtigt nun die Aufsichtsbehörde, den gerichtlich festgestellten Betrag zu zwangsetatisieren. Dabei ist, was praktisch wichtig sein kann, eine Verteilung über mehrere Jahre zulässig²⁾.

Während die Zwangsetatisierung sich regelmäßig nur auf die Ausgabeseite des Etats erstreckt³⁾, kann die Einsetzung einer bestimmten

¹⁾ Die über das Verhältnis von Zwangsetatisierung und Zwangsvollstreckung vertretenen Ansichten hat VOGELER (S. 113ff.) übersichtlich gegenüber gestellt. Der im Text vertretenen Auffassung, die dahin geht, daß die Zwangsetatisierung jederzeit dort, wo im öffentlichen Interesse ihre Anwendung zweckmäßig ist, zulässig ist, folgen FRIEDRICH (Zuständigkeit-Ges. S. 28), ROSIN (Genossenschaftsrecht, S. 113, Anm. 43), HÜBENER (Preuß. Verw. Bl. Bd. 46, S. 236) und VOGELER (S. 117f.). Daß eine verwaltungsgerichtliche Nachprüfung eines im ordentlichen Rechtswege gefällten Urteils bei dieser Auffassung möglich sei, ist ein Irrtum, der schon durch die oben im Text wiedergegebene Behauptung widerlegt wird, wonach die Verwaltungsgerichte an die Feststellung gebunden sind, wenn diese in einem mit Rechtsmitteln ausgestatteten Verfahren erfolgt ist.

JEBENS (S. 36ff) und das OVG. (vgl. z. B. Bd. 18, S. 139ff.) — letzteres in seinen verschiedenen Entscheidungen nicht ganz ohne Widersprüche (vgl. Bd. 43, S. 135) — wollen die Zwangsetatisierung subsidiär zulassen, d. h. dort ausschließen, wo eine andere Form zur Durchführung der festgestellten Verpflichtung vorhanden ist. Grundsätzlich hält die Durchsetzung von gerichtlichen Urteilen im Wege der Zwangsetatisierung für ausgeschlossen WEINREICH (Verw. Arch. Bd. 13, S. 506).

Daß es sich in den Fällen des § 17 Ziff. 4 und § 33 Ziff. 4 ZustGes. nur um die Zwangsvollstreckung aus vollstreckbaren Titeln der Zivilprozeßordnung handelt, hat HÜBENER (Preuß. Verw. Bl. Bd. 46, S. 235) zutreffend dargetan.

²⁾ Vgl. OVG. Bd. 27, S. 135; Bd. 30, S. 142; JEBENS: S. 41.

³⁾ Etwas anderes besagt auch nicht OVG. Bd. 77, S. 123, wo lediglich die rechnerische Herabsetzung der einzusetzenden Summe behandelt ist. — Da aber mit Festsetzung und Eintragung einer Ausgabesumme der Etat aus dem Gleichgewicht gerät und die Gemeinden zu einer Deckung ihrer Ausgaben verpflichtet sind, kann im Weigerungsfalle nun die Aufsichtsbehörde verlangen, daß sich die Gemeinde eine Deckung für die eingesetzte Ausgabe verschafft. Während aber bei der Zwangsetatisierung das Recht der Aufsichtsbehörde nicht nur auf Festsetzung eines ganz bestimmten Betrags geht, sondern auch die Art der zu machenden Aus-

Einnahme in den Etat durch die Aufsichtsbehörde — und zwar mit Zustimmung der Beschlußbehörde — nur gemäß § 59 des Kommunalabgabengesetzes erfolgen, und zwar dann, wenn die Körperschaften einer Stadt- oder Landgemeinde innerhalb der ersten drei Monate des Rechnungsjahres für dieses noch keinen „Umlagebeschluß“ gefaßt haben¹⁾. Die genannte Vorschrift ist aber nicht anwendbar auf sogenannte Nachtragsumlagen, d. h. neue Steuerbeschlüsse, die im Laufe des Rechnungsjahres infolge größerer Ausgaben erforderlich werden²⁾.

Zu nennen wären an dieser Stelle noch die gleichfalls schon oben (S. 176f.) behandelten Aufsichtsbefugnisse aus § 78 des Kommunalabgabengesetzes und aus § 6 der Novelle zum Finanzausgleichsgesetz vom 10. August 1925.

G. Wenn eine Vertretungskörperschaft³⁾ ihre dauernde rechtliche oder tatsächliche Unfähigkeit zur Erfüllung der ihr obliegenden Aufgaben erweist, so kann sie vom Staatsministerium aufgelöst werden⁴⁾. Letzteres ist hier in keiner Weise rechtlich beschränkt, die Auflösung steht also in seinem freien Ermessen.

Lediglich für Hannover fehlt es an einer das Staatsministerium zur Auflösung ermächtigenden Vorschrift. Die neuere Praxis⁵⁾ leitet aber ein Auflösungsrecht für die dortigen Gemeindevertretungen aus dem Begriff der Kommunalaufsicht in der oben erörterten Form ab; sie muß es, da es Fälle gibt, in denen auf andere Weise der geordnete Gang der Verwaltung nicht zu erhalten ist⁶⁾. Freilich muß man sich darüber im klaren sein, daß die Konsequenz dieser Auffassung für Hannover die

gabe feststeht, muß die Aufsichtsbehörde bei Herbeiführung der Deckung der zwangsetatisierten Ausgabe es der Gemeinde überlassen, welche Einnahmen, insbesondere Steuern sie erhöhen oder ob sie andere gesetzlich nicht notwendige Ausgaben herabsetzen will. Fügt sich die Gemeinde nicht, d. h. beschließt sie keine Deckung, so bleiben je nach der Bedeutung der Angelegenheit nur die übrigen Aufsichtsmittel anzuwenden, niemals aber darf die Aufsichtsbehörde etwa von sich aus die Erhebung einer neuen oder erhöhten Steuer durch Zwangsetatisierung auf der Einnahmeseite fordern. Richtig OVG. i. Preuß. Verw.Bl. Bd. 46, S. 338.

1) Näheres vgl. oben S. 176.

2) Ein Mittel, in einem solchen Falle das erstrebte Ziel zu erreichen, ist, falls z. B. im Bereich der östl. Städteordnung der Magistrat eine bestimmte Umlage für erforderlich hält, die Stadtverordnetenversammlung sie aber ablehnt, der Weg des § 36 in Verbindung mit § 56 Ziffer 2 östl. StO. sowie der § 17 Nr. 1, § 33 Nr. 1 Zust.Ges. (a. M. WURMELING i. Preuß. Verw.Bl. Bd. 45, S. 387).

3) Nicht aufgelöst werden können die Verwaltungsorgane (Magistrat usw.).

4) Die in Betracht kommenden gesetzlichen Vorschriften ergeben sich aus anliegender Tabelle C (oben S. 230f.).

5) Vgl. Verordnung des Staatsministeriums vom 30. September 1924, wodurch 16 hannoversche Gemeindevertretungen aufgelöst wurden. — A. M. HATSCHKE: Verwaltungsrecht, S. 349. Vgl. auch oben S. 224 Anm. 2.

6) Ein Hauptfall dieser Art, der heute oft vorkommt: Infolge politischer Reibereien legt die Mehrheit der Gemeindevertreter mit sämtlichen Listennachfolgern ihr Mandat nieder. Es kann nun nach den Gemeindeverfassungsgesetzen (vgl. auch OVG. Bd. 18, S. 49, für die Provinz Hannover § 59 Satz 2 hann. LGO.) ein gültiger Beschluß in der Regel (die nach dem Kriegsges. zur Vereinfachung der Verwaltung vom 13. Mai 1918 mögliche Ausnahme interessiert hier nicht) nicht mehr zustandekommen. Wollte man die Auflösung für unmöglich erklären und trotzdem die Verwaltung im geordneten Gange erhalten, so bliebe nur Kommissar-

Befugnis der Kommunalaufsichtsbehörde erster Instanz ist, die Gemeindevertretung selbständig aufzulösen. Der Einwand, daß man auf Grund einer ähnlichen Deduktion auch Magistrate usw. würde auflösen können, ist nicht durchschlagend, da diesen gegenüber andere mildere Aufsichtsmittel existieren und im Verwaltungsrecht ganz allgemein der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt, d. h. es dürfen keine stärkeren Eingriffe vorgenommen werden, als im Einzelfalle nötig ist¹⁾.

Als Gegenbeweis kann auch nicht die Tatsache angeführt werden, daß die Städteordnung von 1808 die Auflösung als Aufsichtsmittel nicht kannte und man noch im Jahre 1850 auf dem Standpunkte stand, daß die Einsetzung von Kommissaren genüge. Diese Meinung ist irrig, weil man zwar durch einen Kommissar für einen Ersatz der Gemeindeorgane in der Beschlußfassung sorgen kann; man kann aber z. B. nicht eine noch bestehende, aber dauernd beschlußfähige Vertretung beseitigen und somit auch keine Neuwahlen vornehmen lassen. Die Kommissarbestellung würde daher zu einem mit den Grundgedanken unseres Rechts nicht zu vereinbarenden Zustand einer langdauernden Ausschaltung des Volkswillens führen.

Bis zum Zusammentritt der neu gewählten Körperschaft beschließt an Stelle der aufgelösten städtischen oder ländlichen Gemeindevertretung

bestellung übrig, deren Zulässigkeit für Hannover gleichfalls bestritten wird. Dann wäre die Gemeindevertretung bis zum Ablauf ihrer Wahlzeit gänzlich ausgeschaltet, was nicht im Sinne des Gesetzes liegen kann.

¹⁾ Es ist gar kein so seltener Fall, daß die Möglichkeit zur Anwendung mehrerer Aufsichtsmittel nebeneinander besteht. Ein Beispiel: In der hannoverschen Landgemeinde X. weigerte sich die Gemeinde, für die die gesamte Verwaltung bisher auf Grund eines nunmehr abgelaufenen Vertrages durch die Klosterkammer geführt wurde, welche insbesondere auch sämtliche Lasten getragen hatte, Organe zu bilden und irgendwelche Kosten für die Reinigung der Schule zu bewilligen. Die Schule mußte schließlich geschlossen werden. Ein Weg, von Aufsichts wegen etwas zu erreichen, besteht darin, daß eine Zwangsetatisierung des für die Schulreinigung erforderlichen Betrags von der Aufsichtsbehörde, d. i. dem Landrat als solchem — nicht als Vorsitzenden des Kreis Ausschusses — vorgenommen wird. Daß ein Etat überhaupt nicht vorhanden ist, wäre kein Hinderungsgrund. Wohl aber ist zu bedenken, daß die Zwangsetatisierung erst die Ausgabebewilligung ersetzt. Nun fehlt es noch an Einnahmen. Nach Ablauf der drei ersten Monate des Rechnungsjahres kann die Festsetzung einer Umlage nach § 59 Kom.-Abgaben-Ges. vorgenommen werden. Zur Veranlagung und Beitreibung sind aber Gemeindeorgane erforderlich, welche nun von der Aufsichtsbehörde kommissarisch zu bestellen sind. — Einfacher ist im gleichen Falle ein anderes Vorgehen. Die Aufsichtsbehörde ernannt sogleich eine Person zum kommissarischen Gemeindevorsteher und einige zur kommissarischen Gemeindevertretung, die nun die erforderlichen Beschlüsse zu fassen haben. Weigern auch sie sich, so können nunmehr auch diese Kommissare abgesetzt und ein Staatsbeamter, z. B. der Kreissekretär, gleichzeitig als Gemeindevorsteher und Gemeindevertretung kommissarisch bestellt werden. Diese Person, die den Staatsbehörden stets disziplinarisch erreichbar ist, hat nun die Befugnisse beider Organe bis zur Wahl der ordnungsmäßigen Gemeindevertretung. Da das Recht auf Kommissarbestellung sich allgemein aus dem Aufsichtsrecht ableiten läßt, besteht es auch in Hannover trotz Fehlens ausdrücklicher Vorschriften. Die Anwendung von § 191 II 6 ALR., das in Hannover nicht gilt, ist abzulehnen.

der Bezirks-, bzw. Kreisausschuß¹⁾. Sollte eine Beschlußfassung eines Provinzialland- oder Kreistages nach erfolgter Auflösung und vor der Neuwahl erforderlich werden, so muß mangels anderweitiger Vorschriften von der Aufsichtsbehörde ein Kommissar ernannt werden.

Die stärkste Einwirkung der Staatsaufsicht liegt aber dann vor, wenn das ganze Gemeinwesen als solches aufgelöst wird. Die Auflösung erfolgt in einzelnen Fällen, in denen die Gemeindeverfassungsgesetze dies ausdrücklich vorsehen²⁾, durch das Staatsministerium unter der gesetzlich bestimmt umschriebenen Voraussetzung, daß die Gemeinde nicht imstande ist, ihre öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen zu erfüllen, im übrigen durch Gesetz³⁾.

IV. Daß die Gemeinden neben der allgemeinen Kommunalaufsicht noch auf verschiedenen Sondergebieten einer oft abweichend geregelten Spezialaufsicht unterworfen sind, mag anhangsweise erwähnt werden. Als Beispiel einer vielfach verstärkten Aufsicht ist im 7. Kapitel die Verwaltung kommunaler Forsten genannt worden. Ein weiteres Musterbeispiel bietet das Arbeitsnachweiswesen, wo neben der allgemeinen von den Kommunalaufsichtsbehörden ausgeübten Aufsicht noch eine besondere Fachaufsicht von eigens zu diesem Zwecke errichteten Stellen nebenherläuft⁴⁾. Ein solches Doppel an Aufsicht ist schädlich, da es zahllose Reibereien zur Folge hat. Erklärlich wird es dadurch, daß das Reich, dem abgesehen von der Finanz- und Verkehrsverwaltung und dem Heeres- und Versorgungswesen lokale Organe fehlen, auf diesem Wege ein unmittelbares Aufsichtsrecht über die Gemeinden gewinnen möchte. Die Länder haben von ihrem eigenen Standpunkt, die Allgemeinheit aber insbesondere wegen der Kostspieligkeit jeder verdoppelten Aufsicht ein Interesse daran, einen derartigen Zustand möglichst bald zu beseitigen. Sieht man von solchen Spezialfällen und einzelnen früher erwähnten Übergriffen des Reichs ab, so besteht heute eine Kommunalaufsicht des Reichs über die Gemeinden im eigentlichen Sinne nicht.

Literatur. ANSCHÜTZ: Das Recht des Verwaltungszwanges. Verw.Arch., Bd. 1, S. 389ff. — BÄHR: Der Rechtsstaat. 1864. — BRESENTHAL: Die rechtliche Stellung des Landeshauptmanns. Greifswalder Dissertation. 1920. (Maschinenschrift). — BRAND: Beamtenrecht. 2. Aufl. 1914. — BÜHLER: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung. 1914. — DREWS: Grundzüge der Verwaltungsreform. 1917. — FLEINER: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 4. Aufl. 1914. — FRIEDRICH: Zuständigkeitsgesetz. 1904. — FRIEDRICH: Verwaltungsrechtspflege. 1921. — FRIEDRICH: Gemeindeaufsicht. Verw.Arch. Bd. 30, S. 74ff., 179ff. — GENZMER: Die Landgemeindeordnung f. d. 7 östl. Provinzen. 5. Aufl. 1914. — GIERKE: Genossen-

¹⁾ § 17 Ziff. 3, § 33 Ziff. 3 Zust. Ges.; desgleichen im Falle der § 17 Ziff. 2, § 33 Ziff. 2 Zust. Ges., jedoch nicht in anderen Fällen, in denen eine Gemeindevertretung nicht besteht, z. B. nach Neubildung einer Gemeinde bis zum Zusammentritt der ersten Gemeindevertretung.

²⁾ § 2 Ziff. 2 östl., schlesw., hess. LGO.

³⁾ Das ist der Regelfall bei Städten, Kreisen und Provinzen. Wegen Ämter und Landbürgermeistereien vgl. § 7 westf., § 9 rhein. LGO.; zuständig ist hier der Minister des Innern.

⁴⁾ Vgl. PETERS: Arbeit und Beruf. S. 250ff. 1923.

schaftsrecht, Bd. I. 1868. — GIERKE: Die Grundbegriffe des Staatsrechts. Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft. Bd. 30, S. 153ff. — v. GRUMBKOW: Die Geschichte der Kommunalaufsicht in Preußen. 1921. — HAENEL: Deutsches Staatsrecht. 1892. — HATSCHKE: Die Selbstverwaltung in politischer und rechtlicher Bedeutung. I. JELLINEK-MEYER: Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen. Bd. 2. 1901. — HATSCHKE: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 3./4. Aufl. 1924. — HELFRITZ: Grundriß des preußischen Kommunalrechts. 1922. — HÜBENER: Über Zwangsmaßnahmen gegen Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Verbände, Zwangsetatisierung und ihre Durchführung. Preuß.Verw.Bl. Bd. 46, S. 234ff. — JEBENS: Verwaltungsrechtliche Aufsätze. 1899. — JELLINEK, W.: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. 1913. — KIEFER: Das Aufsichtsrecht des Reiches über die Einzelstaaten. 1909. — FRHR. v. KÖNIG: Beurteilung des Drewsschen Entwurfs zur Städteordnung unter Heranziehung der Städteordnungen von 1808, 1831 und 1853. Königsberger Dissertation. 1922. (Maschinenschrift.) — KORMANN: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. 1910. — LEIDIG: Preußisches Stadtrecht. 1891. — LOENING: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. 1884. — LUTHER-MITZLAFF-STEIN: Die Zukunftsaufgaben der deutschen Städte. 1922. — v. MANGOLT: Das Aufsichtsrecht des Staats über die Kommunalverbände. Göttinger Dissertation. 1913. — MAYER, O.: Deutsches Verwaltungsrecht. 3. Aufl. 1924. — MEYER, G. i. Hirths Annalen. 1887, S. 369ff. — MEYER-ANSCHÜTZ, G.: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 7. Aufl. 1919. — v. MOELLER: Preußisches Stadtrecht. 1864. — NEUWIEM: Die kommunalen Zweckverbände in Preußen. 1919. — OERTEL: Städteordnung. 6. Aufl. 1914. — PETERS: Verwaltungswidrigkeit und Polizeiwidrigkeit und ihre Beziehungen zur Rechtswidrigkeit. Münsterische Dissertation. 1921. (Maschinenschrift.) — PETERS: Staatliche Anordnung und staatsaufsichtlicher Zwang bei der Errichtung und Überführung öffentlicher Arbeitsnachweise. Arbeit und Beruf. 1923, S. 250ff. — PREUSS: Städtisches Amtsrecht. 1902. — ROBERT-JESSEN: Das allgemeine staatliche Aufsichtsrecht gegenüber den Selbstverwaltungskörpern in Preußen. Greifswalder Dissertation. 1905. — ROSIN: Das Recht der öffentlichen Genossenschaft. 1886. — SARWEY: Allgemeines Verwaltungsrecht. 1884. — SCHMIEDER: Das Recht der Kommunalaufsicht. Preuß.Verw.Bl. Bd. 25, S. 483ff. — SCHOEN: Das Recht der Kommunalverbände in Preußen. 1897. — SCHOEN: Deutsches Verwaltungsrecht. Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 7. Aufl. Bd. 4, S. 193ff. 1914. — SCHOENBORN: Das Oberaufsichtsrecht des Staates im modernen Staatsrecht. Heidelberger Dissertation. 1906. — v. STEIN, L.: Handbuch der Verwaltungslehre. 3. Aufl. I. Teil. 1887. — STENGEL: Die Organisation der preußischen Verwaltung. 1884. — STIER-SOMLO: Städterecht. Handbuch des kommunalen Verfassungs- und Verwaltungsrechts in Preußen. Bd. I, S. 1ff. 1919. — STIER-SOMLO: Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung. Festgabe für Laband. 2. Bd., S. 443ff. 1908. — TRIEPEL: Die Reichsaufsicht. 1917. — VOGELER: Der Verwaltungszwang gegen Kommunalverbände nach preußischem Rechte. Würzburger Dissertation. 1914. — WALDECKER: Die Zwangsvollstreckung gegen Kommunalverbände in Preußen. 1918. — WEINREICH: Die Zwangsetatisierung. Verw.Arch. Bd. 13, S. 497ff. — WESSELS: Das generelle staatliche Oberaufsichtsrecht in Preußen über die Selbstverwaltung der Städte und Landgemeinden. Göttinger Dissertation. 1911. — WISSMANN: Das Pflichtausgabenrecht der Gemeindeverbände. Annalen des Deutschen Reichs. 1911, S. 358ff., 452ff. — WUERMELING: Kann die Kommunalaufsichtsbehörde unter Umständen Erhöhung von Umlagen erzwingen? Preuß.Verw.Bl. Bd. 45, S. 387.

Neuntes Kapitel.

Staatsrechtliche Beteiligung der Gemeinden an der Willensbildung von Staat und Reich.

Die Nachkriegszeit hat den Gemeinden einen Machtzuwachs gebracht, der in der Regel kaum die verdiente Würdigung erfährt und dessen Ausbaufähigkeit noch ziemlich unbeachtet geblieben ist. Nach geltendem Rechte kommt er freilich zur Zeit nur den Provinzen zugute. Wenn auch die Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung als solcher hierdurch unmittelbar keine Erweiterung erfahren haben, so ist doch die Beteiligung von Gemeinden an der Bildung des Staats- und Reichswillens für die Gestaltung jener Grenzen von großer Bedeutung und darf daher im Rahmen dieser Arbeit nicht unerwähnt bleiben.

1. Nach Artikel 31 der preußischen Verfassung besteht zur Vertretung der Provinzen bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Staates ein Staatsrat. Er setzt sich zusammen aus Vertretern der preußischen Provinzen, welche nach den Grundsätzen der Verhältniswahl von den einzelnen Provinziallandtagen gewählt werden¹⁾. Es ist ohne grundsätzliche Bedeutung, daß Berlin und Hohenzollern gleichfalls als Provinzen im Sinne dieser Verfassungsvorschrift gelten und dort die Wahlen durch die Stadtverordnetenversammlung und den Kommunallandtag vorgenommen werden²⁾.

Verfassungsrechtlich haben der Staatsrat und mittelbar durch ihn die Provinzen bei der Gesetzgebung zunächst ein eigenes Initiativrecht. Die von der Regierung ausgehenden Gesetzesvorlagen sind ihm vor Einbringung beim Landtag zur gutachtlichen Äußerung vorzulegen; seine abweichende Ansicht ist er dem Landtage schriftlich darzulegen berechtigt. Selbst gegen vom Landtage beschlossene Gesetze steht ihm ein Einspruchsrecht zu, das regelmäßig nur durch eine Zweidrittelmehrheit in einer neuen Beschlußfassung des Landtags außer Wirkung gesetzt werden kann, bei Ausgabenbewilligungen des Landtags gegen den Willen des Staatsministeriums sogar ein das Zustandekommen eines Gesetzes verhinderndes Veto bedeutet.

Die Exekutive wird vom Staatsrat ständig überwacht, indem er

¹⁾ Vgl. Ges. über die Wahlen zum Staatsrat vom 16. Dezember 1920 (GesS. 1921, S. 90) nebst Ausf.Anw. vom 20. Februar 1921 (MinBl.inn.Verw. S. 50); wegen Oberschlesien Ges. v. 7. April 1921 (GesS. S. 353).

²⁾ In Hessen-Nassau werden die Staatsratsmitglieder nicht von den Kommunallandtagen, sondern vom Provinziallandtag gewählt.

nach Artikel 40 der preußischen Verfassung über die Führung der Staatsgeschäfte auf dem Laufenden zu halten ist. Vor Erlaß von Ausführungsvorschriften zu Reichs- und Staatsgesetzen sowie vor Erlaß allgemeiner organisatorischer Anordnungen des Staatsministeriums ist der Staatsrat oder dessen zuständiger Ausschuß zu hören. Die wiederholten Konflikte zwischen Regierung und Staatsrat beweisen zur Genüge, daß der letztere von seinen Befugnissen einen weitgehenden Gebrauch gemacht hat.

Die Verfassung wollte den Staatsrat nicht zum Range einer Kammer erheben, sondern lediglich der Erweiterung der Rechte der Provinzen Rechnung tragen und eine regionale Vertretung der einzelnen Landes- teile entsprechend ihrer Bedeutung sicherstellen. Wie HATSCHER¹⁾ zu- treffend ausgeführt hat, haben aber gewisse Bestimmungen der Ver- fassung, insbesondere die Wahl der Vertreter durch die Provinzial- landtage und die — Kammermitgliedern angeglichenen — Stellung der einzelnen Staatsratsvertreter, zur Folge gehabt, daß auch die Staats- ratsmitglieder sich als Parteimänner und nicht so sehr als Vertreter einer bestimmten Provinz fühlen²⁾ und daß die tatsächliche Entwick- lung den Staatsrat mehr zu einer Art zweiter Kammer hat werden lassen, als es die Absicht der verfassunggebenden Landesversammlung gewesen ist. Trotzdem macht aber auch die Geschäftsordnung des Staatsrats, die gleichfalls der einer Kammer stark ähnelt, dieses Gre- mium noch nicht zu einem Oberhaus.

Andererseits ist nicht zu verkennen, daß der Staatsrat bisher nicht die Bedeutung erlangt hat, die ihm manche Politiker bei seiner Einsetzung prophezeiten. Gerade weil er sich zu sehr als zweite Kammer fühlte, hat er im Kleinen vielfach eine ausschlaggebende Bedeutung gewonnen, vermochte sich aber trotz seiner zahlreichen prominenten Mitglieder nicht von dem Allzuviel an Kleinkram freizuhalten³⁾ und die geistige Führung in den großen Problemen der Gesetzgebung und Verwaltung zu erlangen. Da aber die Entwicklung noch in den Kinderschuhen steckt, ist es ungewiß, welche Bedeutung der Staatsrat und die durch ihn repräsentierten Provinzen für die Willensbildung des Staates künftig erhalten werden. Maßgebenden Einfluß hat er jedenfalls recht- lich wie tatsächlich bereits schon heute.

Freilich beschränkt sich heute die Mitwirkung an der staatlichen

¹⁾ Staatsrecht, I. Bd., S. 710ff., 730ff.

²⁾ Dieser zur damaligen Zeit außerordentlich wichtigen und geschickten Rege- lung ist es mit zu verdanken, daß man eine gegen den Bestand des preußischen Staats gerichtete Zerschlagungspolitik der Provinzen verhindert hat. Der Zusam- menschluß der Staatsratsmitglieder nach politischen Parteien hat alle regionalen Regungen im Keime erstickt.

³⁾ Ein Beispiel hierfür bietet die Stellungnahme des Staatsrats zur Novelle zum Feld- und Forstpolizeigesetz (Drucks. d. Landtags 2. Wahlperiode 1925, Nr. 182), welches Abänderungen des Gesetzes zu 41 Paragraphen enthält. Der Staats- rat hatte hierzu lediglich den einen Wunsch, vom Rauchverbot im Walde das Rauchen „mittels Deckelpfeife“ auszunehmen. Natürlich darf man derartige Fälle nicht allzusehr verallgemeinern; aber charakteristisch bleiben sie doch.

Willensbildung auf die Provinzen. Der tiefere Gedanke aber, der der Bildung des Staatsrats zugrunde liegt, geht dahin, durch die Vertretung der Provinzen den übrigen dem Staate eingeordneten Gebietskörperschaften einen ausschlaggebenden Einfluß einzuräumen und dadurch die in der Selbstverwaltung tätigen Kräfte der Gesamtheit dienstbar zu machen. Das heutige Wahlrecht, das die Provinziallandtage aus direkter Wahl zwar nicht der Mitglieder der Provinzen, wohl aber der Bevölkerung hervorgehen läßt, steht der Durchführung dieses Gedankens hindernd im Wege.

Will man das erstrebte Ziel erreichen, so gibt es nur zwei Möglichkeiten. Einmal kann man den Staatsrat von den Vertretungskörperschaften der Selbstverwaltungskörper aller Art bilden lassen. Doch ist eine solche Lösung praktisch kaum durchführbar und drängt zu der heute getroffenen Regelung einer Vertretung nur der Provinzen als der Gruppe der größten Verbände, in denen man gleichzeitig die wichtigsten politischen Strömungen verkörpert sieht. Man entschied sich wohl seinerzeit für diese Lösung hauptsächlich deswegen, weil damit der wichtige politische Zweck erreicht wurde, die Selbstständigkeitsbestrebungen der Provinzen, insbesondere der Rheinprovinz, von Hannover und der damals noch zu schaffenden Provinz Oberschlesien, in geeigneter Weise einzudämmen. Die Entscheidung ist immerhin willkürlich und den übrigen Gemeindeverbänden gegenüber ungerecht; letztere sind heute an der staatlichen Willensbildung auch nicht mittelbar beteiligt.

Der andere Weg, der allein zu einer gerechten, die Interessen aller Gemeinden berücksichtigenden Lösung führt, geht dahin, daß die Staatsratsmitglieder zwar wie bisher von den Provinziallandtagen gewählt werden, daß aber letztere zu einer Vertretung der Mitglieder der Provinzialverbände (d. h. der Gemeinden, Kreise usw.) gemacht werden. Dieses Ziel ist dadurch zu erreichen, daß entsprechend dem im 3. Kapitel gemachten Vorschlage die Provinziallandtagsabgeordneten nicht von der an der Tätigkeit der Provinzen nur mittelbar interessierten Bevölkerung gewählt werden, sondern von den Vertretungskörperschaften der Stadt- und Landkreise. Werden auch die Kreistagsabgeordneten wenigstens teilweise von den Vertretungen der kreisangehörigen Gemeinden gewählt, so bildet alsdann der Staatsrat die Spitze, in der die Selbstverwaltungsgebietskörperschaften aller Art vertreten sind und nun das regionale Prinzip zuungunsten des parteipolitischen stärker in den Vordergrund treten wird, jedoch so stark gemäßigt, daß es dem Bestande des preußischen Staates kaum noch Gefahren bringt.

Mit Artikel 17 Abs. 1 der Reichsverfassung würde eine solche Lösung ebenso wie die heutige Zusammensetzung des Staatsrats in Einklang stehen, da der Staatsrat keine „Volksvertretung“ im Sinne der Reichsverfassung ist und es selbst dann nicht sein würde, wenn er sich zu einer ersten Kammer fortentwickeln würde.

II. Aber auch auf die Willensbildung des Reiches üben die Gemeinden ihren Einfluß aus. Die Hälfte der preußischen Reichsrats-

stimmen, d. h. ein Fünftel der Gesamtstimmen führen nach Artikel 63 der Reichsverfassung die preußischen Provinzen.

Der wahre Grund für diese Vorschrift liegt freilich nicht darin, daß man den Gemeinden, insonderheit den Provinzen, besonders hold war; wäre das der Fall gewesen, so hätte man die Bestimmung nicht auf Preußen beschränkt. Man suchte vielmehr nach Mitteln, um den Einfluß, der dem preußischen Staate nach seiner Größe und Bevölkerungszahl gebührte, auf irgendeine Weise zu beschränken, und dafür bot das Vorhandensein der Provinzen die erwünschte Gelegenheit.

Artikel 61 und 63 der Reichsverfassung können nur in Zusammenhang miteinander betrachtet werden. Ersterer bestimmt, daß kein Land — sprich: Preußen — mehr als zwei Fünftel aller Stimmen im Reichsrat haben darf, wenn ihm auch nach seiner Einwohnerzahl, welche sonst alleiniger Maßstab ist, eine größere Zahl von Vertretern zukäme. Nach Artikel 63 werden alle Länder durch Mitglieder ihrer Regierungen vertreten, außer Preußen, für das die Hälfte der Stimmen durch die preußischen Provinzialverwaltungen bestimmt wird.

Diese Vorschriften müssen als geltendes Recht hingenommen werden, lassen sich aber in das System der Reichsverfassung nicht einordnen. Ihre Beseitigung ist de lege ferenda aus theoretischen und politischen Gründen dringend geboten. Die Vorschriften sprechen jedem demokratischen Gedanken Hohn. Sie bilden ein Ausnahmegesetz allein dem Lande Preußen gegenüber. Es liegt im Wesen der Demokratie, daß die größere Zahl von Menschen über die geringere das Übergewicht erhält. Dieses Prinzip wird hier einseitig zuungunsten Preußens durchbrochen.

Freilich wird man zugeben müssen, daß die konsequente Durchführung des echten demokratischen Gedankens in der Zusammensetzung des Reichsrats für die übrigen Länder in der Tat untragbar ist und daß man sich daher nicht auf den Maßstab der Größe der Einwohnerzahl allein beschränken kann. Man muß dann aber einen Schlüssel wählen, der nicht in so grob sinnfälliger Weise allein Preußens Macht brechen soll, sondern der ein anderes Stimmenverhältnis zugrunde legt, bei welchem alle größeren Länder zugunsten der kleineren beschränkt werden, sei es nun, daß man dabei die Zahl der Reichsratsvertreter überhaupt erhöht oder einfach den übrigen größeren Staaten mit mehr als 3 Stimmen einige Stimmen nehmen und sie den größten der Länder mit nur 1 Stimme zulegen will.

Läßt sich aber Artikel 61 noch allenfalls verteidigen, so ist Artikel 63 gänzlich unhaltbar. Das beweist schon die Einmütigkeit der preußischen Landtagsparteien, die sich sämtlich gegen diese Ausnahmegesetzvorschrift erklärt haben¹⁾. Durch Artikel 63 sucht man sogar die geringe Stimmenzahl, die man Preußen läßt, noch dadurch zu entwerten, daß man die Hälfte der Stimmen der Staatsregierung nimmt

¹⁾ Vgl. Verhandl. d. Verfass.-Aussch. d. Landtags 1. Wahlper. 1924. Drucks. Nr. 8128.

und sie den Provinzen gibt. Diese haben hier eine giftige Waffe in der Hand, deren Gebrauch unter Umständen den preußischen Staat von innen heraus vernichten könnte. In der Praxis freilich haben die Preußengegner nicht das erreicht, was sie erhofften, da das Auftreten und Abstimmen der Provinzen gegen die preußische Staatsregierung immerhin verhältnismäßig selten ist¹⁾.

Nichtsdestoweniger muß es für einen Staat beschämend sein, wenn innere Gegensätze, die natürlich in anderen Ländern auch bestehen, vor unbeteiligten Dritten sich auswirken und von diesen dementsprechend ausgenutzt werden. Man ist daher auf den Gedanken gekommen, die Stimmen der Provinzen durch preußisches Landesgesetz gleichfalls zu binden und einen Zwang einzuführen, innere Gegensätze vor den Reichsratsverhandlungen im eigenen Lager auszutragen. Ein im Jahre 1924 im Landtag eingebrachter Antrag der Deutschen Volkspartei²⁾ geht dahin, das freie Stimmrecht der Provinzialvertreter durch Aufhebung des § 8 Abs. 2 des Gesetzes über die Bestellung von Mitgliedern des Reichsrats durch die Provinzialverwaltungen vom 3. Juni 1921 (GesS. S. 379) zu beseitigen. Nach den Ausschlußbeschlüssen³⁾ über diesen Antrag sollte statt dessen die Freiheit der Abstimmung nur noch gewährleistet bleiben, wenn bei der Vorberatung mehr als 10 Stimmen in der Minderheit geblieben wären.

Die Hauptfrage hierbei ist, ob eine solche Beschränkung der derzeitigen Rechte der Provinzen mit der Reichsverfassung vereinbar ist. Dieses Problem ist im Verfassungsausschuß⁴⁾ ausgiebig erörtert worden und hat schließlich zu einer Bejahung der Frage geführt. Das Merkwürdigste dabei ist, daß sowohl die Staatsregierung wie die meisten Parteien ihre Ansicht in den letzten Jahren gewechselt haben.

Unzweifelhaft ist, daß die Reichsverfassung weder über die Bindung noch über die Freiheit der Abstimmung der preußischen Provinzialvertreter irgendeine ausdrückliche Vorschrift enthält. Untersucht man die Materialien, so stößt man in den Verhandlungen des 8. Ausschusses der Nationalversammlung⁵⁾ und des Plenums der Nationalversammlung selbst⁶⁾ auf recht interessante Ausführungen, die aber einen endgültigen klaren Aufschluß nicht geben und auf die sich daher die Vertreter beider Ansichten berufen. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, daß zwar die Mehrzahl der Redner ein ungebundenes Stimmrecht der Provinzialvertreter wünschte, daß sie

1) Aus den Ausschlußverhandlungen des Landtags (Drucks. 1924, Nr. 8128) und den Ausführungen von SCHUMACHER (Deutsche Gemeinde-Zeitg. 1924, S. 339) ergibt sich, daß in den Jahren 1921—1923 in 49 Fällen preußische Provinzialstimmen gegen die Stimmen der preußischen Staatsregierung abgegeben worden sind, freilich gerade bei wichtigen Anlässen (z. B. Republikschutzgesetz, Wahl des Reichsbankpräsidenten, spanisches Handelsabkommen).

2) Landtagsdrucks. 1924, Nr. 7426; Beratung darüber Sten.-Ber. 1924, S. 2090ff. 3) Landtagsdrucks. 1924, Nr. 8128, S. 12.

4) Vgl. die beiden vorigen Anmerkungen.

5) Vgl. Drucks. Nr. 391, besonders S. 151ff., 445f.

6) Verhandl. Bd. 326, S. 290; Bd. 328, S. 2113ff.

aber angesichts der gegen Preußen begangenen Ungerechtigkeit sich scheute, eine entsprechende Vorschrift in die Verfassung aufzunehmen.

Es ist unter diesen Umständen ausgeschlossen, der Reichsverfassung ohne weiteres als Sinn den Wunsch der Mehrheit zugrunde zu legen, den sie bewußt und mit Willen nicht ausgesprochen hat. Es kann die Lösung daher lediglich aus den in der Verfassung selbst zum Ausdruck gekommenen Gedanken entnommen werden¹⁾: Die Reichsverfassung verfolgt das Ziel, daß die von der Stellungnahme der preußischen Regierung abweichende Auffassung der Provinzen in Beratung und Abstimmung zum Ausdruck kommt; denn wenn die Stimmenabgabe durch die Staatsregierung von vornherein gebunden werden könnte, so wäre Artikel 63 überhaupt sinnlos.

Es muß also zum mindesten in Beratung und Abstimmung in irgendeiner Weise der abweichende Standpunkt der Provinzen in die Erscheinung treten können. In welcher Art das geschieht, dafür steht die Wahl der preußischen Landesgesetzgebung frei. Es ist daher nicht nötig, daß gerade der Austrag der Streitigkeiten zwischen den verschiedenen Vertretern Preußens im Reichsrat selbst zulässig sein muß; andererseits ist jede Lösung als verfassungswidrig abzulehnen, welche die Wirkung der gegenteiligen Meinung eines Provinzialvertreters im Reichsrat auf das Ergebnis der Gesamtabstimmung verhindert, wie es jener erwähnte Antrag der Deutschen Volkspartei bezweckt.

Eine Möglichkeit, welche wenigstens ein öffentliches Aufeinanderstoßen von Staatsregierung und Provinzen vor anderen Ländern im Reichsrat verhindert und welche verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, besteht insofern, als durch Landesgesetz zwingend vorgeschrieben werden kann, daß jeder Provinzialvertreter, der im Reichsrat gegen die Auffassung der preußischen Staatsregierung auftreten und stimmen will, verpflichtet wird (nicht bloß „soll“), vorher der Staatsregierung seine Auffassung darzulegen. Kommt eine Einigung nicht zustande, so muß der Provinzialvertreter auf seine Stimme und die Staatsregierung auf ebenso viele Stimmen verzichten, wie Provinzialvertreter gegen ihre Auffassung sich aussprechen. In der Sitzung des Reichsrats hätte dann ein preußischer Vertreter zu erklären, daß die preußische Regierung infolge abweichender Meinung von z. B. 3 Provinzen, die nicht namentlich aufzuführen sind, statt 26 nur 20 Stimmen abgeben werde, also selbst gleichfalls auf 3 Stimmen verzichtet. Damit wäre die Angelegenheit für die widersprechenden Provinzen erledigt; sie dürfen ausdrücklich keine vom allgemeinen preußischen Standpunkt abweichende Auffassung im Reichsrat selbst nach außen hin vertreten.

Es ist zuzugeben, daß eine solche Lösung nur eine provisorische

¹⁾ In der Literatur sprechen sich gegen die Zulässigkeit einer Bindung aus ANSCHÜTZ (RV. S. 122), SCHUMACHER (Deutsche Gemeinde-Zeitg. 1924, S. 346 ff.), MEYER-LÜRSSEN (S. 11), POETZSCH (RV. S. 117), LAMMERS (Preuß. Verw. Bl. Bd. 44, S. 2 ff.). A. M. vielfach die Praxis (vgl. Landtagsdrucks. 1924, Nr. 8128).

ist und daß das Ziel in Theorie und Praxis die Beseitigung des Artikels 63 der Reichsverfassung bleiben muß. Solange aber dieser noch besteht, wird man kaum einen weitergehenden, mit der Reichsverfassung zu vereinbarenden Vorschlag, der die derzeitigen groben Mißstände beseitigt, durchführen können.

Bei der augenblicklichen Rechtslage können also die Provinzen ihrem eigenen Willen selbst gegen den der preußischen Staatsregierung bei der Willensbildung eines wichtigen Reichsorgans Geltung verschaffen. Die Bedeutung, welche die 13 Provinzialvertreter unter den 66 Reichsratsstimmen für das Reich als solches haben, beruht in der Hauptsache auf der Stellung, welche der Reichsrat selbst im Organismus des Reiches einnimmt. Es ist hier nicht der Ort, die Aufgaben und Befugnisse des Reichsrats im einzelnen darzustellen¹⁾. Es mag der Hinweis genügen, daß durch ihn die Provinzen an der Reichsgesetzgebung wie an der Reichsverwaltung einen hervorragenden Anteil nehmen, ja daß sie auf die dem Reichsrat in Einzelfällen²⁾ obliegende schiedsrichterliche Tätigkeit einen Einfluß besitzen.

Literatur. ANSCHÜTZ: Die Verfassung des Deutschen Reichs. 1921. — GIESE: Reichsverfassung. 6. Aufl. 1925. — GIESE-VOLKMANN: Die preußische Verfassung. 1921. — HATSCHKE: Lehrbuch des deutschen und preußischen Staatsrechts. Bd. 1. 1922. — LAMMERS: Die Rechtsstellung der von den preußischen Provinzialverwaltungen bestellten Mitglieder des Reichsrats. Preuß.Verw.Bl. Bd. 44, S. 1 ff. — MEYER-LÜERSSSEN: Die rechtliche Stellung der Bevollmächtigten zum Reichsrat. 1924. — POETZSCH: Reichsverfassung 1921. — SCHUHMACHER: Die preußischen Provinzen im Reichsrat. Deutsche Gemeinde-Zeitung. 1924, S. 238 ff., 346 ff. — STIER-SOMLO: Reichs- und Landesstaatsrecht. Bd. 1. 1924. — VOGELS: Die preußische Verfassung. 1921. — WALDECKER: Die preußische Verfassung. 1921. — WITTMAYER: Die Weimarer Reichsverfassung. 1922.

¹⁾ Vgl. hierüber STIER-SOMLO: S. 640 ff.; HATSCHKE: Staatsrecht, Bd. 1, S. 713 ff.; WITTMAYER: S. 374; GIESE: S. 188 ff.

²⁾ Vgl. § 6 Abs. 2 des Finanzausgleichsgesetzes, wonach über die Streitfrage, ob eine Landes- oder Gemeindesteuer geeignet ist, die Steuereinnahmen des Reiches zu schädigen oder überwiegende Reichsinteressen entgegenstehen, der Reichsrat entscheidet. Um eigentliche Rechtsprechung handelt es sich hier nicht.

Zehntes Kapitel.

Das Verhältnis freiwilliger Gemeinde- vereinigungen zu Reich und Staat.

Wie alle natürlichen und juristischen Personen Gesellschaften, Vereinen und sonstigen Personenvereinigungen beitreten können, können und dürfen sich auch die Gemeinden als Ausfluß ihres Selbstverwaltungsrechts ihrerseits zur Erfüllung bestimmter Zwecke zusammenschließen. Denkbar sind hier die verschiedensten Vereinigungen. So finden wir Gemeinden, die zum Betriebe einer Kleinbahn eine Aktiengesellschaft gründen oder die gemeinsam die Elektrizitätsversorgung innerhalb ihres Gebiets als Gesellschaft mit beschränkter Haftung betreiben oder die sich auf Gegenseitigkeit zu Haftpflichtversicherungsverbänden vereinigen, und viele andere Möglichkeiten. Es ist nicht richtig¹⁾, daß, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich zwischen einer privat- oder öffentlich-rechtlichen Form der Verbindung die Wahl gelassen hat, die Möglichkeit privatrechtlicher Verbindung überall da ausgeschlossen ist, wo es sich um die Erfüllung bestimmter einzelner Angelegenheiten handelt. Im Gegenteil, das Zweckverbandsgesetz enthält in dieser Richtung keinen Zwang, sondern eröffnet den Gemeinden lediglich eine bevorzugte Behandlung, wenn sie die öffentlich-rechtliche Form mit ihren allerdings auch stärkeren Bindungen wählen.

In diesem Zusammenhang interessieren nur zwei Gruppen, welche zum Staate in ein besonderes Verhältnis treten, und zwar erstens die Zweckverbände im Sinne des Zweckverbandsgesetzes, deren Beziehungen zum Staate ausdrücklich gesetzlich geregelt sind, und zweitens die Interessenvereinigungen der Gemeinden, deren Bedeutung auf politischem Gebiete liegt. Bei ersteren zeigt sich die Begrenzung der Selbstverwaltung in einer Einengung, letztere erstreben die Ausdehnung der kommunalen Selbstverwaltung.

I. 1. Zweckverbände sind öffentlich-rechtliche, körperschaftlich organisierte Verbände von Kommunalkörpern mit dem Rechte der Selbstverwaltung zur Erfüllung einzelner bestimmter kommunaler Zwecke²⁾. Wie schon im 2. Kapitel ausgeführt, gehören sie nicht zu

¹⁾ A. M. NEUWIEM: S. 19ff.; FLEINER: S. 135.

²⁾ WIRKAU: S. 103; MAYER, O.: Verwaltungsrecht, Bd. 2, S. 382; FRIEDRICH i. Stier-Somlos Handb. Bd. 1, S. 582; MATTHIAS: Bd. 3, S. 1030.

den Gemeinden, weil sie keine Gebietskörperschaften sind und weil ihnen die Totalität des Wirkungskreises fehlt¹⁾. Ihre Rechtsverhältnisse sind geregelt durch das Zweckverbandsgesetz vom 19. Juli 1911 (GesS. S. 115). Provinzialverbände jedoch können den unter dieses Gesetz fallenden Zweckverbänden nicht beitreten. Besteht ein Zweckverband nur aus rechtsfähigen Personen, insbesondere nur aus Gemeinden (nicht auch aus Gutsbezirken), so ist er selbst ohne weiteres auch eine juristische Person; in anderen Fällen nimmt er privatrechtlich nur die Stellung eines nicht rechtsfähigen Vereins ein²⁾, es sei denn, daß ihm gemäß § 6 Abs. 3 des Zweckverbandsgesetzes durch das Staatsministerium die Rechte einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft verliehen werden.

Der rechtlichen Regelung des Verhältnisses der Zweckverbände zum Staate liegen die Gedanken zugrunde, einmal daß die Gemeinden sich nicht durch Zusammenschluß zu einem Zweckverbände der staatlichen Einwirkung, der sie sonst unterworfen wären, sollen entziehen können, und dann, daß der Staat selbst in vielen Fällen ein Interesse an der Bildung von Zweckverbänden hat. Darauf ist es zurückzuführen, daß die Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Zweckverbänden, denen zwischen Staat und Gemeinden insoweit angeglichen sind, als es die Natur der Sache ermöglicht. Es bedarf daher im folgenden nur kurzer Hinweise, während hinsichtlich aller Einzelheiten auf die Ausführungen der früheren Kapitel verwiesen werden kann.

Ein Zweckverband entsteht stets durch staatlichen Akt, und zwar durch Beschluß des Kreis-, bzw. Bezirksausschusses. Regelmäßig geht eine freiwillige Vereinbarung der Beteiligten über den Zusammenschluß und die näheren Einzelheiten voraus. Handelt es sich aber um Erfüllung solcher kommunaler Aufgaben, welche allen Beteiligten gesetzlich obliegen und erweist sich die Bildung eines Zweckverbandes im öffentlichen Interesse als notwendig, so kann der Oberpräsident auf Antrag von mindestens einem Drittel der Beteiligten oder der Kommunalaufsichtsbehörde anordnen, daß der Kreis-, bzw. Bezirksausschuß über die Ergänzung der mangelnden Zustimmung der übrigen Beteiligten Beschluß faßt. Es ist also auch die Möglichkeit geboten, einen Zweckverband gegen den Willen der Beteiligten zwangsweise zu bilden³⁾.

Ebenso wie über die Entstehung hat der Kreis-, bzw. Bezirksausschuß über die infolge einer solchen Verbindung oder infolge einer Änderung der Zusammensetzung oder einer Auflösung des Zweckverbandes notwendig werdende Regelung der Verhältnisse zwischen den Beteiligten zu beschließen⁴⁾. Irgendwelche Gebietsveränderungen der Verbandsmitglieder sind für den Zweckverband bedeutungslos, da er keine Gebietskörperschaft ist, sondern sich auf das persönliche Substrat der Mitgliedschaft einzelner Verbände als solcher stützt. Aus diesem

1) A. M. NEUWIEM: S. 40; richtig die herrschende Meinung, z. B. WIRKAU: S. 98. 2) Vgl. NEUWIEM: S. 32.

3) §§ 1, 2 ZweckverbGes.

4) § 7 ZweckverbGes.

Grunde treten auch die Einwohner der einzelnen Mitgliedsgemeinden in keine rechtlichen Beziehungen zum Zweckverbände¹⁾).

Ebenso wie bei den Gemeinden sind auch über die Organisation der Zweckverbände durch Staatsgesetz ganz bestimmte, im Zweifel zwingende Vorschriften erlassen. Freilich läßt die Verschiedenheit der Aufgaben der einzelnen Zweckverbände keine allzu weitgehenden einheitlichen Bestimmungen zu, so daß die Verfassung des Zweckverbandes nicht allein in dem Zweckverbandsgesetz erschöpfend geregelt werden konnte; es bedarf vielmehr daneben stets einer besonderen Satzung über die inneren Rechtsverhältnisse des Zweckverbandes. Ist diese auch durch Vereinbarung zwischen den Beteiligten festzustellen, so unterliegt sie doch der Bestätigung durch den Kreis-, bzw. Bezirksausschuß, der auch über diejenigen Punkte, über die keine Einigung zu erzielen ist, Beschluß faßt²⁾).

Die Organe des Zweckverbandes sind der Verbandsausschuß³⁾ und der Verbandsvorsteher. Ersterer ist nicht mit einer Gemeindevertretung, sondern eher mit einem Gemeindevorstand oder Kreisausschuß zu vergleichen⁴⁾. Trotzdem muß man sich darüber klar sein, daß man bei der Verschiedenheit der den einzelnen Organen der Gemeinde und des Zweckverbandes obliegenden Aufgaben nicht ohne weiteres die Zuständigkeit eines bestimmten Gemeindeorgans analog für ein entsprechendes Zweckverbandsorgan in Anspruch nehmen kann. Es ist hier von Fall zu Fall zu prüfen, ob und inwieweit eine analoge Anwendung überhaupt möglich ist.

Der Verbandsvorsteher bedarf staatlicher Bestätigung, wenn er nicht schon in anderer Eigenschaft — z. B. als Landrat — staatlich ernannt oder — z. B. als Bürgermeister — bestätigt ist und dieses Amt noch bekleidet⁵⁾. Die Beamten des Zweckverbandes gelten als Beamte von Landgemeinden, bei Beteiligung von Städten oder Landkreisen als solche von Städten. Schon daraus ergibt sich, daß sie hinsichtlich ihrer Besoldung, Amtsbezeichnungen usw. den für Kommunalbeamte geltenden Vorschriften unterworfen sind.

Die Finanzierung des Zweckverbandes erfolgt durch eigene Einnahmen, durch Erhebung von Gebühren und Beiträgen und durch Umlagen auf die Verbandsmitglieder. Für die staatliche Einwirkung auf die Gebühren und Beiträge finden die im 6. Kapitel erörterten Grundsätze des Kommunalabgabengesetzes Anwendung⁶⁾; über die Verteilung der Umlagen hat bereits die staatlich genehmigte Satzung Bestimmungen zu enthalten⁷⁾. Außerdem bedarf die Überschreitung des in § 24 Ziffer 2 des Zweckverbandsgesetzes bestimmten Höchstsatzes der Umlagen der Genehmigung des Kreis-, bzw. Bezirksausschusses.

1) So richtig OVG. Bd. 64, S. 201; a. M. NEUWIEM: S. 34, mit Rücksicht auf § 20 ZweckverbGes., welcher aber für diese Frage gar nichts besagt.

2) §§ 9 ff. ZweckverbGes. 3) § 11 ff. ZweckverbGes.

4) Vgl. FRIEDRICH i. Stier-Somlos Handb. Bd. I, S. 586; FRIEDRICHS: Zweckverb.Ges., S. 47. 5) § 15 ZweckverbGes.

6) § 17 ZweckverbGes. 7) § 10 Ziff. 7 ZweckverbGes.

Die Aufgaben des Zweckverbands sind als kommunale durchweg Selbstverwaltungsangelegenheiten, doch ist an sich auch eine Übertragung von Auftragsangelegenheiten auf einzelne Zweckverbände und ihre Organe möglich. Regelmäßig können nur solche kommunalen Aufgaben nicht von Zweckverbänden übernommen werden, für die ein besonderer Zusammenschluß durch Gesetz vorgesehen ist (z. B. Armenwesen). Nur nach der Sondervorschrift des § 2 Abs. 4 des preußischen Ausführungsgesetzes zum Jugendwohlfahrtsgesetz vom 29. März 1924 (GesS. S. 180) kann trotz besonderer gesetzlicher Organisation des Jugendwohlfahrtswesens die Angliederung anderer Gemeinden an ein Jugendamt auf Grund des Zweckverbandsgesetzes erfolgen.

Wenn das Zweckverbandsgesetz in § 22 feststellt, daß hinsichtlich der staatlichen Zuständigkeit der Zweckverband einer Landgemeinde, bei Beteiligung von Städten oder Landkreisen einer Stadtgemeinde gleichgeachtet wird, so kann fraglich sein, ob nur die staatliche Zuständigkeit in formeller Hinsicht gemeint ist, nämlich hinsichtlich der Frage, welche staatliche Behörde dem Zweckverband gegenüber überhaupt zuständig ist, oder ob auch die materielle Zuständigkeit mit umfaßt wird, d. h. ob auch die materiellen Befugnisse, die diese staatlichen Behörden einer Gemeinde gegenüber auszuüben berechtigt sind, dem Zweckverband gegenüber möglich sind.

Der Wortlaut des Gesetzes läßt beide Möglichkeiten zu. Jedenfalls besteht kein Grund zu der Annahme, daß nicht auch eine Zuständigkeit in materieller Beziehung gemeint sein soll. Weder die Begründung des Gesetzentwurfs¹⁾, die zu diesem Paragraphen — dort § 17 — überhaupt nichts sagt, noch der Kommissionsbericht²⁾ noch die Beratungen im Abgeordnetenhaus³⁾ oder im Herrenhaus⁴⁾ lassen irgendeinen sicheren Schluß zu. Man wird jedoch FRIEDRICHS⁵⁾ und NEUWIEM⁶⁾ zustimmen müssen. Nach beiden muß man den Begriff der staatlichen Zuständigkeit im weitesten Sinne auffassen, „um durch Analogie die Lücken ausfüllen zu können, die dadurch entstanden sind, daß die Vorschriften über Zweckverbände nicht mehr Teil einer umfassenden Gemeindeordnung sind, sondern ein selbständiges Gesetz bilden . . . Überall, wo eine Aufsichtsbehörde zuständig ist, eine Anordnung zu treffen, muß angenommen werden, daß der Zweckverband auch die materielle Rechtspflicht hat, dieser Anordnung zu genügen“.

Das gilt z. B. für die Zuständigkeit des Staates gegenüber einem Zweckverbände hinsichtlich der Beanstandung gemäß § 15 des Zuständigkeitsgesetzes. Es gilt aber darüber hinaus nicht in denjenigen Fällen, in denen es sich um Genehmigungen von Beschlüssen und Be-

¹⁾ Drucks. d. Abg.-Hauses. 1911, Nr. 55.

²⁾ Drucks. 1911, Nr. 745.

³⁾ Vgl. Sten.Ber. 1911, S. 1446 ff. und S. 7959 ff.

⁴⁾ Sten.Ber. 1911, S. 250 ff.

⁵⁾ ZweckverbGes. S. 74 f.

⁶⁾ S. 239.

stätigungen handelt, die in den Gemeindeverfassungsgesetzen außerhalb des Abschnitts „Staatsaufsicht“ geregelt sind¹⁾. Die Richtigkeit dieser Auffassung folgt daraus, daß in § 24 des Zweckverbandsgesetzes die genehmigungspflichtigen Beschlüsse ausdrücklich aufgeführt sind²⁾ und auch für die Bestätigung der Statuten und Beamten besondere Vorschriften erlassen sind. Mit dieser Einschränkung können die im 8. Kapitel gemachten Ausführungen auch für Zweckverbände Geltung beanspruchen.

2. Von den Zweckverbänden, die auf Grund eines besonderen Gesetzes gebildet worden sind, spielt heute die Hauptrolle der Siedlungsverband Ruhrkohlenbezirk, in dessen Satzung vom 5. Mai 1920 (GS. S. 286) die Beziehungen zum Staate eine besondere Regelung gefunden haben. Seine nähere Behandlung würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten.

II. Von größerer Bedeutung als die Zweckverbände sind die freien Vereinigungen der Gemeinden gleicher Art zur Vertretung ihrer Interessen. Zuerst schlossen sich im Jahre 1905 die größeren Städte Deutschlands zum „Deutschen Städtetag“ zusammen. Neben diesem stehen heute der Reichsstädtebund für die kleineren Städte, der 1916 gegründete Preußische Landkreistag, welcher sich 1921 zum Deutschen Landkreistag erweiterte, ferner die Geschäftsstelle der vereinigten Provinzen, der Verband der Landgemeinden und endlich der die rheinisch-westfälischen Landgemeinden, Ämter und Landbürgermeistereien umfassende Landgemeindeverband West.

Alle diese Verbände sind an sich bloße privatrechtliche — regelmäßig eingetragene — Vereine³⁾. Sie verfolgen den Zweck, die Stellung der von ihnen vertretenen Gemeindeart „in Reich und Land zu wahren, ihre Wohlfahrt zu pflegen und alle kommunalen Interessen sowie die Kenntnis ihrer Einrichtungen zu fördern, Gutachten und Anregungen auf dem Gebiete der kommunalen Gesetzgebung und Verwaltung an die zuständigen Stellen zu richten und Aufgaben der Gesamtheit“ der von ihnen vertretenen Gemeindeart zu übernehmen⁴⁾. An sich stehen sie vollkommen frei von Bindungen gegenüber Reich

¹⁾ A. M. NEUWIEM: S. 239.

²⁾ A. M. NEUWIEM: S. 259f.; FRIEDRICHS: S. 79ff. Der Hinweis auf die nach dem Kommunalabgabengesetz erforderlichen Genehmigungen paßt nicht, weil auf die Gebühren und Beiträge ganz allgemein, also soweit staatliche Genehmigungen in Frage kommen, nach § 17 Abs. 1 des Zweckverbandsgesetzes das Kommunalabgabengesetz Anwendung findet. Stellt man sich aber schon einmal auf FRIEDRICHS' Standpunkt, so ist es inkonsequent, die Genehmigungen der §§ 115, 116 östl. LGO. nicht auch für Zweckverbände zu fordern.

³⁾ NEUWIEM (S. 27) hat recht, wenn er sich gegen die Auffassung wendet, daß alle Vereinigungen von Gemeinden wegen der Eigenschaft der letzteren als öffentlichrechtliche Verbände ihrer Natur nach selbst öffentlich-rechtliche Verbände sein müßten.

⁴⁾ So die neueste Satzung (§ 2) des Preußischen Landkreistags (Fassung v. 22. Juni 1924 — Zeitschrift f. Selbstverwaltung. 1924, Heft 10, S. 220—). Dem Sinne nach ebenso der Deutsche Städtetag; vgl. MITZLAFF: Deutsche Gem.-Ztg. 1924, S. 313f.

und Ländern da. Lediglich der Landkreistag muß insofern eine etwas engere Verbindung mit dem Ministerium des Innern aufrechterhalten, als die ausschlaggebenden Persönlichkeiten bei ihm, die Landräte, unmittelbare preußische Staatsbeamte sind. Daher wurde vor seiner Gründung die Zustimmung des Ministers des Innern eingeholt und der Anordnung dieses Ministers entsprechend ein Vertreter des Ministeriums regelmäßig zu den Generalversammlungen des Verbandes eingeladen.

Diese Vereinigungen der Gemeinden haben in den letzten Jahren eine große Bedeutung für Staat und Reich gewonnen. Obwohl ihre Mitwirkung in Gesetzen nirgends festgelegt ist, werden sie bereits heute mit Selbstverständlichkeit vor Durchführung aller die Kommunen berührenden Maßnahmen, insbesondere auch vor Erlaß von Gesetzen, um ihren Rat gefragt und gewinnen vielfach ausschlaggebenden Einfluß auf das, was nach dieser Richtung hin geschieht. Daß sie dabei auch in geheime Angelegenheiten eingeweiht werden, ergibt sich aus der Natur der Sache. Vielfach entsteht vor Einbringung von Gesetzentwürfen durch die Staatsregierung ein regelrechtes Abhandeln zwischen Regierung und diesen Verbänden, in welchem es schließlich zu einem Vergleich in den auseinandergelassenen Meinungen zu kommen pflegt. Man kann es oft genug beobachten, wie der Staat, d. h. seine leitenden Beamten, vor diesem Machtfaktor kapitulieren und jeden Anschein einer Unfreundlichkeit diesen Verbänden gegenüber zu vermeiden suchen. Vergleichbar ist ihre Stellung in mancher Beziehung der der wirtschaftlichen Organisationen, wie sie in den Unternehmerverbänden, Gewerkschaften usw., auf anderen Gebieten vielfach eine ähnliche Rolle spielen.

Andererseits bilden sie für den Staat eine erhebliche Erleichterung der Verwaltung und werden von den Ministerien als sachverständigen Auskunftsstellen herangezogen. Wo sich in früherer Zeit der Staat zur Erlangung gewisser Angaben oder zur Mitteilung des Ergebnisses bestimmter Erfahrungen seiner eigenen Verwaltungsorganisation bediente, dort treten ihm heute mehr und mehr jene Vereinigungen als die berufenen Vertreter der Gemeinden gegenüber. Diese Stellung der Verbände führte dazu, daß die Frage der Zuteilung von Reichsbesoldungszuschüssen, wie sie die Gemeinden während der Inflation für ihre durch eigene Einnahmen nicht zu deckenden Personalausgaben erhielten, auch an diese Verbände ernstlich erwogen wurde, so daß, wenn diese Regelung zustande gekommen wäre, Reich und Staat sogar einen Teil der Gehälter jener Verbände übernommen hätten.

Diese allgemeinen Bemerkungen, die sich durch eine große Anzahl von Beispielen aus der Praxis belegen ließen, mögen genügen, um die große Bedeutung jener Verbände im modernen Staate zu kennzeichnen; aber sie zeigen auch schon, daß sich hier eine Entwicklung anbahnt, die bisher eine viel zu geringe Beachtung erfahren hat und über deren Konsequenzen man sich an maßgebender Stelle in Theorie und Praxis noch nicht klar geworden ist. Der augenblickliche Zustand kann m. E. nur ein Durchgangsstadium sein.

Die Existenz dieser Verbände in ihrer jetzigen Form bedeutet für den Staat eine große Gefahr. Ihr Vorhandensein müßte eigentlich überflüssig sein. Satzungsmäßig wollen diese Verbände die Interessen der betreffenden Gemeindeart vertreten. Aber wozu bedarf es einer solchen Interessenvertretung, die praktisch in den weitaus meisten Fällen auf eine solche bei Reich und Staat hinausläuft? Auch hier wird ein ursprünglich nicht vorhandener Gegensatz von Staat und Gemeinden konstruiert. Der Staat allein ist derjenige, welcher die Interessen der Gemeinden wahrzunehmen hat, und zwar in höchster Instanz durch die dafür eigens bestehende Kommunalabteilung des Ministeriums des Innern. Bei dieser insbesondere liegt der Schutz der kommunalen Interessen bei der Gesetzgebung. Dort ist auch gegenüber den verschiedenartigen Interessen der einzelnen Gemeinden der nötige Ausgleich zu schaffen. Wenn die Staatsbeamten in den Zentralbehörden selbst nicht in der Lage sind, im Einzelfalle die Verhältnisse der Gemeinden zu beurteilen, so genügen die staatlichen Befugnisse, um sich von den Gemeinden die erforderlichen Unterlagen zu beschaffen. Sie brauchen nur dasselbe zu tun, was die letzten Endes gleichfalls bürokratischen Verbände oft genug machen, nämlich sich einige derjenigen auf dem in Betracht kommenden Gebiete führenden leitenden Kommunalbeamten herbeizuholen und mit diesen die einzelnen Fragen zu besprechen. Vermögen aber die mit kommunalen Dingen befaßten Staatsbeamten generell die kommunalen Verhältnisse nicht selbständig zu beurteilen, — eine Annahme, die man nicht ohne Begründung machen darf — so wären sie ihrer Hauptaufgabe nicht gewachsen; man sollte dann ruhig an ihre Stelle die Leiter jener Verbände als Staatsbeamte setzen. Es ist ein m. E. unhaltbarer Zustand, wenn irgendein für die Kreise oder Städte wichtiges Gesetz ausgearbeitet werden soll und nun die Verbände um Stellungnahme zum Regierungsentwurf ersucht und dabei gebeten werden, ihrerseits zwei bis drei Landräte oder Oberbürgermeister zur Beratung mitzubringen. Wozu gibt es dann noch eine besondere staatliche Organisation? Das Natürliche ist doch wohl, die Unterbehörden um Stellungnahme zu ersuchen und einige auf dem betreffenden Gebiete als erfahren bekannte Praktiker selbst auszuwählen und zur Zentralbehörde zu bestellen. Wendet man dagegen etwa ein, daß das nicht möglich sei — sei es, weil die Unterbehörden die Lage nicht beurteilen könnten, sei es, weil ein solches Verfahren zuviel Zeit in Anspruch nehme —, so bewiese das ein Versagen der staatlichen Verwaltung, welches eine Reform nach dieser Richtung unumgänglich erforderlich machte. Wozu dann die Steuerzahler mit der Bezahlung eines solchen Apparates belasten, wenn er solch einfachen Ansprüchen nicht gerecht wird? Dasselbe, was Landkreistag und Städtetag erreichen können, müßte eigentlich beim Staate auch möglich sein.

Freilich — und hierauf beruht nicht in letzter Linie das Geheimnis dieser Verbände — sie treiben eine vernünftige Personalpolitik, haben an leitenden Stellen tüchtige Beamte und sind durch innere Widerstände

nicht so sehr gehemmt. Daß eine erfahrene und kluge Leitung, der der Staat vielfach nichts Entsprechendes entgegengesetzte, den Hauptanteil an dem Wachsen der Verbände hat, ergibt sich auch daraus, daß der Landgemeindevorband West mit seiner weniger geschickten Leitung bisher am wenigsten erreicht hat. Mehr auf schnelles, rein sachliches Handeln eingestellt, freilich auch nicht so sehr zum Ausgleich zahlreicher widerstrebender Interessen gezwungen, haben diese Verbände es bisher verstanden, sich von einer Übertreibung bürokratischer Erwägungen freizuhalten, wie sie in manchen Teilen der Staatsverwaltung heute vielfach das Interesse der Beamtschaft und das Vertrauen des Publikums zu einer sachlich sicheren und rasch arbeitenden Tätigkeit der Behörden vernichtet hat.

Aber nicht nur dem Staate, auch ihren Mitgliedern gegenüber erfüllen die erwähnten Verbände lediglich Aufgaben, die eigentlich Sache des Staates sind. Wenn die einzelne Kommune in irgendeiner Rechtsfrage sich selbst nicht mehr zu helfen weiß oder wenn sie vor Einführung irgendeiner Einrichtung wissen will, ob und gegebenenfalls welche Erfahrungen bisher an anderen Stellen damit gemacht worden sind, wendet sie sich an ihren Verband und — erhält die Auskunft. Das Gegebene wäre m. E. eine Anfrage bei der Aufsichtsbehörde, zu deren ureigenen Aufgaben ja, wie ausgeführt, die Raterteilung gehört. Warum dieser Weg meist nicht beschritten wird, darf wohl als bekannt vorausgesetzt werden; aber niemand wird es als einen erwünschten Zustand ansehen, wenn die Staatsbehörden so ihren wichtigsten Aufgaben entfremdet werden.

Ebenso wie etwa der Städtetag Rechtsauskünfte erteilt, ebenso wie er Erfahrungen sammelt, Statistiken erhebt und seinen Mitgliedern weitergibt, ebenso könnten und sollten es die staatlichen Aufsichtsbehörden machen.

Man muß sich immer vergegenwärtigen, daß Gründungen, wie der Deutsche Städtetag, der Landkreistag usw. nur dann entstehen und sich erhalten können, wenn ein Bedürfnis dafür besteht. Daß ein solches vorhanden ist, kann daher durch Bestreiten der vorstehend erwähnten Tatsachen nicht verneint werden. Es wird aber wohl auch zuzugeben sein, daß das meiste von dem, was jene Verbände an sich gezogen haben, früher und noch jetzt seiner Natur nach Aufgabe des Staates als der auf breiterer Grundlage stehenden, mit größeren Mitteln ausgestatteten Gebietskörperschaft ist.

Wenn also die freien Gemeindevereinigungen entstanden sind, so liegt das zum größten Teil daran, daß die Staatsbehörden ihren Pflichten gegenüber den Gemeinden nicht gerecht geworden sind und sich vielfach nur als der Büttel gefühlt haben, der die Gemeinden zur Erfüllung ihrer Aufgaben anzuhalten hat. Die Raterteilung sowie jegliche Förderung der kommunalen Interessen von höherer Warte aus, ist, wie schon im 8. Kapitel erörtert wurde, von Ausnahmen abgesehen, allzu stark zurückgetreten.

Nun könnte man einwenden, daß es schließlich nur darauf ankommt,

daß die Verwaltungen von Staat und Gemeinden glatt laufen und daß es gleichgültig ist, ob sich die Zentralbehörden ihrer eigenen Unterorgane oder der Verbände bedienen. Das ist unrichtig. Der Staat des Mittelalters ist an der Macht der Stände und Städte zugrunde gegangen, und dem Staate unserer Zeit droht mit Naturnotwendigkeit das gleiche Schicksal. Wir können schon heute nach erst mehrjährigem Bestehen dieser Verbände bemerken, zu welcher Macht die staatlichen Organe sie haben gelangen lassen. Von den Staatsbehörden werden sie nicht als die freilich unbewußten Gegner der Fortentwicklung des Staatsgedankens erkannt — und gerade hierin liegt m. E. die Gefahr. Andererseits ist ihre Macht bereits so groß, daß ein aggressives Vorgehen des Staates gegen sie, etwa durch Ablehnung einer Zusammenarbeit mit ihnen, eine Unmöglichkeit wäre und eine solche Kraftprobe dem Staate gar nicht zu empfehlen ist.

Neben dem Einfluß, den diese Verbände erlangt haben, haben sie, wie ausgeführt, durch ihre Raterteilung usw. einen wichtigen Teil der Kommunalaufsicht an sich gezogen, der sich die Gemeinden durch Erstattung von Berichten freiwillig anstandslos unterwerfen, wissen sie doch, daß sie durch diese Verbände dem Staate gegenüber eine Macht besitzen, die um ein Vielfaches alles ihnen durch Gesetz Zugebilligte übersteigt. Es ist typisch für die kommunale Verwaltungsreform, daß sie diese Verbände trotz ihrer tatsächlichen Bedeutung und trotz der ständigen Zusammenarbeit aller maßgebenden Stellen mit ihnen gänzlich unbeachtet läßt und weder die Tatsachen rechtlich zu meistern noch gar die künftige Entwicklung in bestimmte Bahnen zu lenken sucht. Es ist eine alte Wahrheit, daß das Neue, das am nächsten liegt, erst am spätesten in seiner Tragweite erkannt wird, eben weil der nötige Abstand fehlt. Wiederholt hat man den Gedanken der Einführung von „Gemeindekammern“ im preußischen Landtag erwogen, einer Einrichtung, wie sie in Sachsen, Thüringen und Braunschweig¹⁾ — teilweise vorübergehend — getroffen wurde und hat damit gezeigt, daß man mit der heutigen Organisation der Kommunalaufsicht doch nicht so zufrieden ist, wie es nach den Entwürfen der Kommunalverfassungsgesetze den Anschein hat. Daß die formelle Regelung der Kommunalaufsicht in der heutigen Form tatsächlich unhaltbar ist, ist eine Erkenntnis, die mehr und mehr um sich greift. Die größten Großstädte, wie Köln, Dortmund und zahlreiche andere stehen heute dem Regierungspräsidenten, ihrer Aufsichtsbehörde, und dessen Hilfsarbeitern mit einer solchen Überlegenheit in sachlicher und persönlicher Beziehung gegenüber, daß die für eine Aufsichtsbehörde erforderliche Autorität in den meisten Fällen fehlt.

Daß die Gemeindekammern mancher außerpreußischen Staaten nichts absolut Neues sind, lehrt ihre nähere Betrachtung, die einen Vergleich mit dem preußischen Bezirksausschuß — trotz gewisser Verschiedenheiten — geradezu herausfordert. Für einen Staat von der

¹⁾ Vgl. Kommunale Rundschau. 1924. S. 261.

Größe Preußens sind sie m. E. unzweckmäßig, geht doch die Entwicklung der letzten Jahre eher auf eine Zurückdrängung als auf ein Fortschreiten des Bezirksausschusses auf dem Gebiete der Kommunalaufsicht. Wohl aber scheint mir ein Ausbau der freiwilligen Verbände der Gemeinden, die gerade alles das besitzen, was dem Staate für die Ausübung der Kommunalaufsicht zur Zeit fehlt, erstrebenswert, wenn auch unter starken Umgestaltungen.

Daß die Gemeindevereinigungen in ihrer heutigen Form für den künftigen Bestand des Staates sehr gefährlich werden können, ist oben nachzuweisen versucht worden. Daß man sie nicht mehr beseitigen kann, wird heute nicht mehr bezweifelt werden. Sie müssen also für den Staat in einer Weise nutzbar gemacht werden, daß ihre Vorzüge erhalten bleiben, die von ihnen drohende Gefahr aber beseitigt wird.

Dabei ist ein Doppeltes zu beachten: Kräftigt man die Verbände als Vertreter der Gemeinden durch eine gesetzliche Regelung, eine Anerkennung, die ihnen heute noch fehlt, und stellt man sie so den staatlichen Behörden als eine besondere Interessenvertretung kraft Gesetzes gegenüber, dann erreicht man gerade das, was man vermeiden will: die Stärkung auf Kosten des Staates, der dann möglicherweise unterliegen wird. Andererseits wird bei dem derzeitigen tatsächlichen Zustande eine doppelte Arbeit geleistet, indem die Verbände die beratende Stelle für die Gemeinden und die Auskunftsstelle für die staatlichen Zentralbehörden sind, wohingegen die staatlichen Aufsichtsbehörden nur noch sozusagen die polizeiliche Aufsicht führen und bürokratische Formalien erledigen; die entscheidenden Vorarbeiten erledigt die Gemeinde mit ihrem Verbands. Ein Vertrauensverhältnis wird dabei, jedenfalls soweit größere Städte in Betracht kommen, nur noch selten Bestand haben.

Die einzige Möglichkeit, die, wie ich mir wohl bewußt bin, zunächst auf schroffe Ablehnung stoßen wird, weil man die Konsequenzen, die man selbst heraufbeschworen hat, nicht ziehen mag, ist, daß man dem in der Natur der Sache liegenden Gegensatz von vornherein die Spitze abbricht und den Entscheidungskampf vermeidet, der voraussichtlich mit der Niederlage des Staates enden würde: die Spitzenverbände müssen durch ihre ständigen Geschäftsstellen an der Kommunalaufsicht beteiligt, dafür aber staatlicher Einwirkung unterworfen werden.

M. E. muß Aufsicht und Beratung als zusammengehörend wieder in eine Hand; es muß das Vertrauen zu einer beides in sich vereinigenden Behörde wiederhergestellt werden. Wer nur der Büttel ist, wird sich niemals Vertrauen erwerben können. Daß überhaupt noch der Konnex zwischen Staat und Gemeinden in dem heutigen Umfange besteht und sich die Gemeinden noch so willig der Staatsaufsicht unterwerfen, beruht zwar einerseits auf dem Pflichtgefühl ihrer Beamten, dann aber auf der sehr materiellen Tatsache, daß Reich und Staat über das Geldsäckel verfügen. Man soll sich keinen Illusionen hingeben; in den Zeiten der größten Not Deutschlands ist das Reich am festesten

durch die Notenpresse zusammengehalten worden. Das kommunale Notgeld konnte sich bei der damals bekannten finanziellen Abhängigkeit der Kommunen vom Reich kein Vertrauen erwerben; so waren Länder und Gemeinden auf das Reich angewiesen, das durch dieses sein Monopol — es mag hier einmal ausgesprochen werden — fester geschmiedet war, als durch alle Erwägungen idealer Art, die in der Inflationszeit bei vielen nicht sehr hoch im Kurse standen.

Will man die Kräfte, die sich in den Verbänden zur Zeit zum Nutzen der Gemeinden segensreich betätigen, dem Staate dienstbar machen, so ist der jetzige Zeitpunkt hierfür deshalb besonders günstig, weil ja eine staatliche Verwaltungsreform sowieso eine Revision der Stellungen von Ober- und Regierungspräsidenten und nach der neuesten durch die Presse verbreiteten Regierungsdenschrift sogar eine Beseitigung der Bezirksausschüsse als Beschlußbehörden und der Provinzialräte vornehmen wird.

Die Geschäftsstellen der Verbände sind unter möglichster Beibehaltung ihrer jetzigen Organisation als Staatsbehörden in den jetzigen Staat einzugliedern und dem Ministerium des Innern als der höchsten Kommunalaufsichtsbehörde zu unterstellen. Dieses muß die Dienstaufsicht nebst Anweisungsrecht erhalten. Dagegen muß auf jegliches Bestätigungs- oder Ernennungsrecht der leitenden Beamten der Verbände — künftig Behörden — verzichtet werden, um diese Einrichtung nicht von vornherein in Mißkredit zu bringen. Das Anweisungsrecht sichert genügend die Wahrung staatlicher Interessen. Die Bestellung aller „Beamten“ erfolgt in der bisherigen Form. Die Kommunalaufsicht über Städte und Landkreise ist alsdann in erster Instanz von den provinziellen Verwaltungsstellen dieser Verbände, in zweiter Instanz von der Berliner Zentralstelle zu führen. Über die Provinzen übt die Aufsicht in erster Instanz die Geschäftsstelle der Provinzen in Berlin. Der Minister des Innern behält nach wie vor die Oberaufsicht. Wo heute die Tätigkeit von sonstigen Verwaltungsbehörden auf dem Gebiete der Kommunalaufsicht über Städte, Kreise und Provinzen vorgesehen ist, dort müssen künftig die Verbandsorgane zuständig werden. Lediglich die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte bleibt unberührt.

Da die Zahl der Landgemeinden und Landbürgermeistereien zu groß ist, um unmittelbar einer Verbandsstelle unterstellt zu werden, werden diese Gemeinden in erster Instanz wie bisher vom Vorsitzenden des Kreis Ausschusses, in 2. Instanz in Westfalen und Rheinland vom Landgemeindeverband West, in den anderen Provinzen vom Verband der Landgemeinden beaufsichtigt. Die Aufsicht des Landrats kann auch deswegen bestehen bleiben, weil zwischen Landgemeinden und Landräten regelmäßig noch ein Vertrauensverhältnis besteht, das erst kürzlich hinsichtlich der Landbürgermeistereien teilweise etwas getrübt worden zu sein scheint.

Sämtliche in der Kommunalaufsicht tätigen gewählten Mitglieder, d. h. die bisherigen ständigen Geschäftsführer jener Verbände mit ihrem Stabe, werden unmittelbare Staatsbeamte und vom Staate be-

soldet. Es ist unbedingtes Erfordernis, daß durch ihre derartige Stellung im Verein mit dem staatlichen Anweisungsrecht, das ebenso möglich ist wie heute zwischen den höheren und niederen Kommunalaufsichtsbehörden ein enger Zusammenhang zwischen Staat und Kommunalaufsichtsbehörde erhalten bleibt.

Für die Gemeinden und die Allgemeinheit erwächst aus einer solchen Regelung der Vorteil, daß sie von Personen ihres Vertrauens beaufsichtigt werden und die Kosten an Verbandsbeiträgen sparen, für die Verbände, daß sie durch ihre Behördenstellung die Interessen der von ihnen vertretenen Gemeinden nunmehr bei Reich und Staat mit amtlicher Autorität vertreten können, und für den Staat, daß er die Kommunalaufsicht in ihrem ganzen Umfange wieder in einer Hand vereinigt und daß er die Gefahr einer ihm gegensätzlichen Sonderaufsicht aufgesogen und für seine und damit der größeren Allgemeinheit Zwecke dienstbar gemacht hat. Die scheinbaren Mehrkosten werden durch die Ersparnis an den sonst in der Kommunalaufsicht tätigen Beamten im ganzen wieder aufgewogen. Eine neue Behörde wird nur scheinbar errichtet, da die Geschäftsstellen jener Verbände tatsächlich heute bereits öffentlich-rechtliche Funktionen ausüben, so daß das Bestehende nur seine gesetzliche Sanktion erhält. Außerdem erleichtert eine solche Regelung die von den neuesten Verwaltungsreformplänen erstrebte Beseitigung der Regierungspräsidenten, dient also insofern mittelbar auch der Vereinfachung der Verwaltung.

Es ist klar, daß hier noch eine Fülle von Einzelfragen auftaucht, die aber sämtlich lösbar sein werden, wenn das Prinzip nur anerkannt wird. So wird beispielsweise ein Weg zu finden sein, um einen Ausgleich mit der Reichsorganisation jener Verbände zu schaffen. Es wird ferner zu erwägen sein, ob etwa zweckmäßigerweise die gesamte Finanzierung der neuen Behörde wie bisher die der Verbände ebenso wie der Ausbau ihrer inneren Organisation den beaufsichtigten Gemeinden selbst überlassen bleiben soll. Auch das hat seine Vorzüge und Nachteile. Freilich überwiegen nach meiner Ansicht die Nachteile, wenn eine Besoldung der die Aufsicht führenden Beamten durch eine andere Stelle als den Staat erfolgen würde, da die neuen Beamten alsdann allzu leicht wieder in eine unerwünschte Abhängigkeit von einer außerhalb des Staats liegenden Stelle geraten würden.

Wenn auch die Erörterung aller hier entstehenden Einzelfragen den Rahmen dieser Arbeit weit überschreiten würde, so gehört doch in eine Darstellung der Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung die Aufzeigung jener Entwicklung, die für den Fortbestand der Selbstverwaltung und ihrer Ergänzung, der Kommunalaufsicht, m. E. von großer Bedeutung ist. Dann aber ist es Aufgabe der Rechtswissenschaft in ihrem rechtspolitischen Zweige, dort, wo die Entwicklung zu neuen rechtlichen Lösungen drängt, den Schleier über den Dingen zu lüften, die die Praxis im alltäglichen Gang der Geschäfte nicht zu erkennen vermag, und ihr Ideen zu unterbreiten, über deren Annahme oder Ablehnung sie selbst schon jetzt oder die Zukunft entscheiden mag.

Das Seiende darzustellen, das werdende zu erkennen und Entwicklungsmöglichkeiten zu zeigen, das sind die Aufgaben der Rechtswissenschaft, mit deren Erfüllung die Verwaltungsrechtswissenschaft sich auch in der Praxis die ihr gebührende Führung erobern muß. Der Erreichung dieses Zieles sei die vorliegende Arbeit gewidmet.

Literatur. FRIEDRICH: Die Samtgemeinden und Zweckverbände. Stier-Somlos Handbuch des kommunalen Verfassungs- und Verwaltungsrechts. Bd. 1, S. 577ff. 1919. — FRIEDRICH: Das Zweckverbandsgesetz. 1912. — HOLLE: Kommunale Zweckverbände in Preußen. 1912. — MATTHIAS: Artikel „Zweckverbände“ in Stengel-Fleischmann, Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts. 2. Aufl. Bd. 3, S. 1030ff. 1914. — MITZLAFF: Der deutsche Städtetag. Deutsche Gem.-Zeitg. 1924, S. 313ff. — NEUWIEM: Die kommunalen Zweckverbände in Preußen. 1919. — WIRCKAU: Das preußische Zweckverbandsgesetz. Arbeiten aus dem juristisch-staatswissenschaftlichen Seminar der Universität Marburg. 1913.

Sachverzeichnis.

(Die Zahlen bedeuten die Seitenzahlen).

Abwicklungsstelle Posen-Westpreußen 70	Bauerschaften 65f.	Dauerangestellte 138ff.
Aktiv öffentlich-rechtliche Verbände 10 f., 21	Baurat 160	Deichgenossenschaften 85
Amt 64f., 84, 120, 174, 268	Baupolizei 203, 208, 212	Demokratie 41, 43
— Bildung 68, 76	Beamte auf Kündigung 141	Deutscher Städtetag 5, 112, 262ff.
— Umgemeindung 105f	— städtische 133	Dienstaufsicht 221
Amtmann 134	— von Landgemeinden 134	Disziplinalgewalt 135ff., 231, 233, 239
Amtsbezeichnung 159f., 260	— s. a. Besoldung, Disziplinarverfahren, Ernennung	— -strafen 132ff., 136f.
Amtsvorsteher 120	Beanstandung 230, 236f., 261	— -vorschriften 132ff.
Änderung des Status einer Gemeinde 61f.	Beherbergungssteuer 174	Doppelbesteuerung 168
Anleihen 179ff.	Beiträge 176	Dorfschaften 65f.
Ansiedlung 208	Berufsgenossenschaften 86	Dotationen 166
Anstellungsgrundsätze 144	Berufsschulen 129f.	Eidesleistung 138
Anweisungsrecht 35	Berlin 22, 70, 100	Eigener Wirkungskreis 186ff.
Arbeitsnachweis 77, 193	Besoldung 144ff., 260	Eingemeindung, Begriff 103,
Armenpolizei 202, 208	Besoldungssperregesetz 145ff.	— Folgen 104ff.
Armenwesen 77	Besoldungszuschüsse 72, 145, 263	— Recht 89ff.
Aufgabenverteilung 191ff.	Bestätigung von Beamten 117ff., 231, 233	— Vertrag 101f.
Auflösung v. Gemeindevertretungen 224, 230, 233, 247f., von Gemeinden 249	— von Statuten 115ff., 231, 233, 235	Einkommensteuer 165ff., 184
Aufsicht 39, s. a. Kommunalaufsicht	Betriebsgemeinde 81f.	— Zuschläge 167, 184
Auftragsangelegenheiten 27, 186ff.	Bevormundung 221	Einspruch 236
Autonomie 36ff., 113ff.	Brennstoffsteuer 174	Ernennung v. Beamten 118, 120f.
	Bürgerschaftsbegehren, -entscheid 98	Feld- und Forstpolizei 204, 208
		Feuerpolizei 202f., 208

- Feuerstellenerrichtung 204
 Finanzausgleich 78, 165 ff., 181 ff.
 Finanzreform 181 ff.
 Finanzwirtschaft 163
 Fischereipolizei 204, 208
 Flagge von Gemeinden 113
 Flecken 68
 Fleischbeschau 205, 208
 Fluchtlinien 203, 208
 Forsten 177, 179
 Fortbildungsschulen 129 f.
 Fremdenpolizei 201, 208
 Fürsorgewesen 77, 195
 Fürstliche Gemeinden 69

 Gebietskörperschaften 55
 Gebühren 174 f.
 Gemeinde-Begriff 47 ff., 54 ff.
 — als natürliche Körperschaft 12 ff., 21 ff.
 — Unterschied von Staat und Reich 56 ff.
 — Vorsteher, besoldete 79 f.
 — Wahlen 110
 Genehmigung 231, 233, 235
 Gerichtsbarkeit 151, 155
 Gesundheitspolizei 206, 208
 Gewerbesteuern 206, 208
 Gewerbesteuer 168 ff.
 Wohnheitsrecht 37
 Grunderwerbsteuer 166 f.
 Grundrechte 14 f., 23 ff.
 Grundsatzgesetzgebung 146 ff.
 Grundsteuer 168 ff.
 Gutsbezirke 20, 41, 88 f.

 Hadeln 67
 Handelskammern 85 f.
 Haushaltsplan 48, 170
 Hauszinssteuer 168 ff., 172
 Hebamme 77
 Höhere Schulen 127, 129, 163
 Hundesteuer 173 f.
 Husum 66 f.

 Inhaberanleihen 180
 Indirekte Steuern 81, 173 ff.
 Innungen 85
 Interessenkollision 81

 Jagdgenossenschaften 85
 Jagdnutzungssteuer 81
 Jagdpolizei 204, 208
 Jugendwohlfahrt 77, 193, 195, 261

 Kenntnisnahme 233 f.
 Kirchengemeinde 85
 Kirchspiele (Hadeln) 67
 Kirchspielslandgemeinden 64 ff., 68, 174
 Köge, Kogsgemeinde 66 f.
 Kogsvorsteher 66
 Kommissarbestellung 231, 233, 239
 Kommunalaufsicht 216 ff., 232 ff., 266, 267 ff.
 Kommunalbanken 177 f.
 Kommunalständische Verbände 70 f.
 Kompetenzkompetenz 80
 Kontrolle 221
 Koordinierung 76
 Körperschaftssteuer s. Einkommensteuer
 Kraftfahrzeugsteuer 167
 Krankenkassen 86
 Kredite 179
 Kreis, Begriff 62
 — Grenzen 95 ff.
 — -kommunalbeamte 133
 — -tagswahlen 82 f.
 — -umlagen 172
 Kriminalpolizei 201

 Landbürgermeister 144
 Landbürgermeisterei 83, s. a. Amt
 Landesarbeitsämter 77.
 Landeshauptmann 76
 Landeskommunalverbände 70.
 Landesschulkasse 165
 Landesversicherungsanstalt 86
 Landgemeinde, Begriff 61 ff., 64 f., 68, 76, 84, 105 f., 120, 174
 Landgemeindeverband West 84, 265 ff.
 Landkreistag 98, 262 ff.
 Landschaften, hannov. 72 f.
 Landwirtschaftliche Berufsgenossenschaften 86
 Landwirtschaftskammern 85
 Langerfeld 22

 Lastenausgleich 81
 Lehrer 126 ff., 213 f.
 Leistungsfähigkeit 78 ff.
 Lohnsummensteuer 170

 Magistratsbaurat 159
 Mängelrüge 149 f.
 Matrikularsystem 182
 Mißbilligung 137
 Mittelbare Staatsbeamte 121 ff.
 Mittelschule 128
 Mustersteuerordnungen 168

 Nahrungsmittelpolizei 205, 208
 Namensänderung v. Gemeinden 113
 Nebenbeschäftigung 131

 Oberaufsicht 221 f.
 Organtheorie 117 ff., 142 f.
 Ortsgesetze, Ortsstatute 113 ff., 231, 233, 235
 Ortspolizei 190 f., 196 ff.
 Ortsrecht und Umgemeindung 106 ff.

 Passiv öffentlich-rechtliche Verbände 10 f., 21
 Personalabbau 160
 Polizei als Auftragsangelegenheit 124 f., 195 ff.
 Polizeibeamte 124 ff., 143
 Polizeiverordnungen und Umgemeindung 107 f.
 Polizeiverwalter 123 ff.
 Praxis, Verhältnis zur Wissenschaft 1 f.
 Preßpolizei 201, 208
 Provinz, Begriff 63
 Provinzialbeamte 132
 Provinziallandtagswahlen 82 f.
 Provinzialvertreter im Staatsrat 251 ff., i.
 Reichsrat 253 ff.

 Quotisierung 158.

 Raterteilung 230 f., 265, 267
 Realsteuern 168 ff.
 Recht 23 f.
 Rechtspolitik 29
 Rechtsetzung 36, 220
 Rechtsprechung 38, 219 f.
 Rechtswissenschaft 1 f., 17, 27 ff., 270

- Reichsaufsicht 148 ff.
 Reichseisenbahn 172
 Reichsrat 254 f.
 Reichsschiedsgericht
 148 ff.
 Reichsstädtebund 5, 262 ff.
 Reichsstädteordnung 112
 Restkreise (Oberschle-
 sien) 69
 Rüge 137
- Samtgemeinde 63 ff.
 Schankerlaubnissteuer 81
 Schlachtviehbeschau 205,
 208
 Schulverbände 85
 Schulwesen 127 ff., 213 f.
 Selbständige Städte in
 Hannover 79
 Selbstverwaltung, politi-
 scher Begriff 6 ff., 18 f.
 — juristischer Begriff 8 ff.,
 19 ff., 36 ff.
 — in Württemberg 209 f.
 — sangelegenheiten 186 ff.
 Sicherheitspolizei 197 ff.,
 201, 213
 Siedlungsverband Ruhr-
 kohlenbezirk 70, 75,
 262
 Siedlungswesen 192 f.
 Sittenpolizei 207
 Sommerköge 66
 Souveränität 57
 Sparkassen 177 f.
 Staatsaufsicht 135 ff., 143
 s.a. Kommunalaufsicht
- Staatsrat 251 ff.
 Stadt, Begriff 61 ff.
 Städtetag, Deutscher 5,
 112, 262 ff.
 Stadtkreise 63, 97
 Standesbeamte 124 ff.
 Stein-Hardenberg'sche
 Reform 41
 Steuerbeschlüsse 176
 Steuergarantie 166, 182
 Steuern 164 ff., 214
 Steuerordnungen 169
- Titel 159 f.
 Titularstädte 61
 Totalität des Wirkungs-
 kreises 55 ff., 76 f., 259
- Übertragener Wirkungs-
 kreis 186 ff.
 Umlagebeschlüsse 176 f.,
 247
 Umsatzsteuer 165 ff.
 Unitarismus 160 f.
- Vereinbarung 100 ff.
 Vereinspolizei 201, 208
 Vergnügungssteuer 173 f.
 Verkehrspolizei 207
 Versorgungsanwärter 144
 Verunstaltungswesen 198,
 208
 Verwaltung 36
 Verwaltungsgebühren 175
 Verwaltungspolizei 199 ff.,
 208, 212
- Viehseuchenpolizei 205,
 208
 Volksschulen 127, 130
 Vorauszahlungen von
 Steuern 171
- Wahlen 82 f., Widerruf
 235
 Wanderlagersteuer 171
 Wappen von Gemeinden
 113
 Wassergenossenschaften
 36, 85
 Wasserpolizei 204, 208
 Wegebaupolizei 207, 209 f.
 Wertzuwachssteuer 173
 Wohlerworbene Rechte
 156
 Wohlfahrtspolizei 197 f.,
 212
 Wohngemeinde 81 f.
 Wohnsitz 111 f.
 Wohnungsluxussteuer 173
 Wohnungswesen 77
 Worringen 99
 Wucherpolizei 206, 208
 Württemberg 209
- Zwangsetatisierung 230,
 233, 240 ff.
 Zwangsmittel 231, 233,
 238 f.
 Zwangsvollstreckung ge-
 gen Gemeinden 233,
 242 ff.
 Zweckverband 36, 64, 85,
 258 ff.