

7. Ist wegen Unterfagung eines Gewerbebetriebes gemäß § 35 Gew.D. gegenüber einer nach § 40 Abs. 2 daselbst ergangenen Rekursentscheidung der ordentliche Rechtsweg zulässig?

VI. Zivilsenat. Urk. v. 17. Februar 1908 i. S. G. (Kl.) w. Hamburg.
Polizeibehörde (Bekl.). Rep. VI. 193/07.

I. Landgericht Hamburg.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Dem Kläger war durch Verfügung der Polizeibehörde in Hamburg auf Grund von § 35 Gew.D. das Geschäft eines gewerbmäßigen Vermittlungsagenten für Immobilierverträge unterfagt, und sein Rekurs hiergegen durch Bescheid der Senatssektion für Geweberkursachen verworfen worden. Er erhob gegen die Polizeibehörde im Rechtswege Klage mit dem Antrage, die beiden Bescheide für nicht rechtsgültig und nicht rechtskräftig zu erklären. Die Klage wurde vom Landgerichte wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abgewiesen, die Berufung zurückgewiesen. Auch die Revision des Klägers ist zurückgewiesen worden, aus folgenden

Gründen:

„Die Klage ist darauf gestützt, daß in der Rekursinstanz die gesetzlichen Vorschriften bezüglich der Öffentlichkeit des Verfahrens, der Besetzung des Gerichtes und der Eröffnung des Rekursbescheides

verlezt worden seien, und für die Zulässigkeit des Rechtsweges beruft sich der Kläger auf § 24 des hamburgischen Gesetzes, betr. das Verhältnis der Verwaltung zur Rechtspflege, vom 23. April 1879 (G. S. S. 110 flg.). Das Berufungsgericht hält es schon für zweifelhaft, ob es sich im vorliegenden Falle überhaupt um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit im Sinne von § 13 G. V. G. handle. Wollte man dies aber auch annehmen, so könne dennoch der Rechtsweg nicht für zulässig erachtet werden. Die Bestimmungen in §§ 24 flg. des erwähnten hamburgischen Gesetzes fänden nur Anwendung, soweit Reichsgesetze nicht im Wege ständen. Dies sei hier der Fall. Die Reichsgewerbeordnung, die in § 35 die Unterjagung gewisser Betriebe, darunter auch des Geschäftes gewerbemäßiger Vermittlungsagenten für Immobilienverträge, wegen Unzuverlässigkeit der Gewerbetreibenden für zulässig erkläre, habe im § 40 in Verbindung mit §§ 20 und 21 Normen darüber gesetzt, in welcher Weise gegen die Unterjagung ein Rechtsbehelf gegeben sei. Dieser Rechtsbehelf sei der Rekurs an die höhere Verwaltungsbehörde; das sei nach dem hamburgischen Ausführungsgesetze zur Gewerbeordnung vom 3. September 1869 die Senatssektion für Gewerberekursachen. Daß daneben noch der Rechtsweg zulässig sein solle, sei zwar im Gesetze nicht ausdrücklich ausgeschlossen; diese Annahme verbiete sich aber aus dem Umstande, daß eben das Rechtsmittel selbst, der Gang des Verfahrens und die damit befaßten Behörden fest bestimmt und geordnet seien.

Die Revision rügt Verletzung des § 13 G. V. G. und der §§ 35, 40, 20, 21 Gew. O. Nach der Fassung der Gründe des Berufungsurteiles müsse angenommen werden, daß die Klage an und für sich gemäß §§ 24 flg. des hamburgischen Gesetzes vom 23. April 1879 zulässig wäre und lediglich wegen des nach Ansicht des Berufungsgerichtes entgegenstehenden Reichsgesetzes der Rechtsweg für unstatthaft erachtet werde. Nun habe aber die Gewerbeordnung den Rechtsweg nicht ausdrücklich ausgeschlossen, und es stehe deshalb nichts im Wege, daß dieser landesgesetzlich zugelassen werde.

Der Auffassung der Revision kann nicht beigetreten werden.

Der vom Berufungsgerichte zunächst aufgeworfene Zweifel, ob es sich hier überhaupt um eine „bürgerliche Rechtsstreitigkeit“ — um das Rechtsgut und die individuelle Rechtssphäre einer Einzelperson als Gegenstand des erhobenen Klagenanspruches (vgl. Entsch. des R. G.'s

in Zivils. Bd. 57 S. 352) — handle, mag allerdings begründet erscheinen. Der Klagantrag geht dahin, die angegriffenen Bescheide für nicht rechtsgültig zu erklären, und wird darauf gegründet, daß das Verfahren bei der (zweitinstanzlichen) Verwaltungsbehörde nicht formell ordnungsmäßig vor sich gegangen sei. Darüber soll nun das ordentliche Gericht, gewissermaßen als Kassationsinstanz, entscheiden. In dieser Richtung würde auch die am Schlusse des Berufungsurteiles angestellte Erwägung, daß es nicht Sache der Gerichte sei, etwaige Verstöße der Verwaltungsbehörden ihrer Beurteilung und Abhilfe zu unterziehen, im allgemeinen wohl zutreffen. Indes aus der begrifflichen Abgrenzung der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist die Entscheidung des gegenwärtigen Falles noch nicht zu gewinnen. Denn der § 13 G.B.G. besagt nur, daß alle als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten anzusehenden Sachen vor die ordentlichen Gerichte gehören, soweit nicht die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten — reichs- oder landesgesetzlich — begründet ist. Diese Vorschrift schließt nicht aus, daß durch Reichs- oder Landesgesetze den ordentlichen Gerichten ausnahmsweise auch eine Verwaltungsgerichtsbarkeit übertragen, daß diesen, etwa um des besonderen Rechtsschutzes willen, die Entscheidung auch über einen öffentlichrechtlichen Anspruch zugewiesen wird.

Vgl. Motive zu § 13 (§ 2) G.B.G. S. 33; Hahn, Materialien Bd. 1 S. 47; Wach, Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts Bd. 1 § 8 S. 79; Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung Vorbem. vor § 1 S. 3, 5; Strudmann u. Koch, J.P.D. zu § 13 G.B.G. Bem. 2, 3.

Als ein Landesgesetz, das in solcher Weise den ordentlichen Gerichten Streitigkeiten, die an sich keine bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten sind, zur Entscheidung überwiesen hat, kommen eben die Bestimmungen in §§ 24 flg. des hamburgischen sog. Verhältnißgesetzes in Frage, sofern hiernach wegen Verletzung von Privatrechten durch Verfügungen oder Maßregeln von Verwaltungsbehörden gegen die betreffende Verwaltungsbehörde Klage vor den Gerichten — und zwar nach § 29 das. „auf Abhilfe oder auf Entschädigung oder auf beides“ — erhoben werden kann. Das Berufungsgericht würde denn auch, wie es scheint, in dem unterstellten Falle, daß der Kläger einen Eingriff der Verwaltungsbehörde in ein „Privatrecht“, den freien Gewerbe-

betrieb, behauptete und mit seinem Antrage nur die Feststellung des daraus sich ergebenden Rechtsverhältnisses bezweckte, die Voraussetzung des § 24 a. a. D. an sich als gegeben ansehen.

Eine Schranke ist jedoch der Landesgesetzgebung jedenfalls gezogen: sie kann den Rechtsweg an die ordentlichen Gerichte da nicht gestatten, wo durch ein Reichsgesetz die ausschließliche Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden statuiert ist. Daß die Reichsgesetzgebung hierzu bei den ihr verfassungsmäßig zugewiesenen Materien befugt ist, unterliegt keinem Zweifel, und sie hat von einer derartigen Anordnung auch auf weiten Gebieten Gebrauch gemacht; vgl. *Gaupp-Stein*, a. a. D. S. 5, 6 (Bem. III, B). Die Ausschließung des Rechtsweges muß in dem betreffenden Reichsgesetze nicht, wie die Revision annimmt, ausdrücklich festgesetzt sein; sie kann sich auch aus dem Inhalte und dem Zusammenhange der darin über die Organisation und Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden oder -gerichte, sowie über das Verfahren getroffenen positiven Bestimmungen ergeben.

Es kommt hiernach für den gegenwärtigen Fall allerdings auf die Frage an, ob durch die Vorschriften in §§ 40 Abs. 2, 20, 21 *Gew.O.* die Entscheidung für die davon betroffenen Angelegenheiten ausschließlich den Verwaltungsbehörden übertragen sei. Das ist aber, mit dem Berufungsgerichte, zu bejahen. In diesem Sinne ist die Frage schon früher vom Reichsgerichte entschieden worden, nämlich durch das auch im Berufungsurteile angezogene Urteil des V. Zivilsenates vom 21. April 1886, *Entsch. in Zivilf.* Bd. 15 S. 138 ff. Die Revision meint zwar, diese Entscheidung könne, da sie einen Fall aus dem preussischen Rechtsgebiete betreffe und auf ganz abweichenden Grundsätzen des preussischen Rechtes beruhe, für hamburgische Verhältnisse nicht maßgebend sein, und sie beruft sich hierfür auf *Röhlcke*, *Hamburgisches Landesprivatrecht* (Ergänzungsband 6 zu *Dernburg*, *Das bürgerliche Recht*) § 56 S. 297 Anm. 18. Allein dem ist nicht beizupflichten. Das erwähnte Urteil beruht nicht bloß auf den dort angeführten preussisch-rechtlichen Vorschriften, sondern wesentlich auf der Auslegung der *Gewerbeordnung*. So ist S. 141 ausgeführt: „Wenn nun auch in der *Gewerbeordnung* für das Deutsche Reich sich nicht, wie es im § 25 der preussischen *Gewerbeordnung* vom 17. Januar 1845 (*G.S.* S. 41) der Fall war, eine ausdrückliche Vorschrift findet, durch welche der Rechtsweg ausgeschlossen wird, so folgt

doch von selbst, daß in und neben einem Verfahren, welches durch Festsetzung der zuständigen Behörden, durch Bestimmung der Rechtsmittel und durch Vorschriften über den Gang des Verfahrens fest geordnet ist, nicht ein anderes Verfahren vor anderen Behörden zugelassen werden soll; denn daraus, daß nur das eine Verfahren vorgeschrieben ist, ergibt sich notwendig der Ausschluß jedes anderen Verfahrens.“ Auch von dem jetzt erkennenden Senate ist in früheren Fällen hamburgischen Rechtes die Auffassung des Hanseatischen Oberlandesgerichtes, daß durch § 40 Abs. 2 Gew.O. der Rechtsweg für die hierunter fallenden Streitigkeiten ausgeschlossen werde, nicht beanstandet worden. In dem Urteile vom 23. Mai 1900, Entsch. in Zivilf. Bd. 46 S. 104 fg., wird nur die Annahme des Berufungsgerichtes, daß die Entziehung des Fahrscheines unter den Begriff der Unterlagung des Gewerbebetriebes im Sinne von § 40 Abs. 2 Gew.O. falle, mißbilligt. Im Falle R. w. Deputation für das Feuerlöschwesen (Rep. VI 424/06, Ur. v. 29. April 1907) handelte es sich um eine Verfügung der Verwaltungsbehörde gemäß § 39 Gew.O., gegen die eine Anfechtung nach § 40 Abs. 2 Gew.O. gerade nicht gegeben ist.

Es ist auch bei Prüfung der im gegenwärtigen Falle vom Kläger für die Zulässigkeit des Rechtsweges vorgebrachten Momente daran festzuhalten, daß neben der reichsgesetzlich in den §§ 40, 20, 21 Gew.O. getroffenen Regelung für einen Rechtsweg der Art, wie er sonst durch § 24 des hamburgischen Gesetzes vom 23. April 1879 eröffnet sein würde, kein Raum bleibt. Wenn in § 21 Satz 1 „die näheren Bestimmungen über die Behörden und das Verfahren sowohl in der ersten als in der Rekursinstanz“ den Landesgesetzen vorbehalten sind, so ist darunter eben offenbar nur das Verfahren über den in § 20 zugelassenen Rekurs, also das Verwaltungstreitverfahren, verstanden. Auf diesem Gebiete bewegt sich auch allein die Kontroverse, ob durch die Vorschrift des § 20, daß gegen den Bescheid der unteren Verwaltungsbehörde Rekurs „an die nächstvorgesetzte Behörde“ zulässig ist, die landesgesetzliche Zulassung eines weiteren Rechtsmittels gegen die Rekursentscheidung ausgeschlossen sei. Das wird vorwiegend verneint, mit der Erwägung, die §§ 20, 21 Gew.O. hätten lediglich ein Mindestmaß von Garantien reichsgesetzlich schaffen wollen, das von den Einzelstaaten bei der Verhandlung in erster und zweiter Instanz unter allen Umständen gewährt werden müsse; sie wollten

aber im übrigen der weiteren Ausbildung der Materie durch die Landesgesetzgebung keine Schranken entgegenzusetzen, und eine Erhöhung dieser Garantien, wie namentlich durch Zulassung der Berufung an einen Verwaltungsgerichtshof als dritte Instanz, widerstreite daher der Absicht der Gewerbeordnung nicht. Auf diesen Standpunkt haben sich insbesondere das preussische Oberverwaltungsgericht (seit einer Entscheidung vom 30. Mai 1876) und der bayerische Verwaltungsgerichtshof gestellt, während der württembergische Verwaltungsgerichtshof eine abweichende Ansicht vertritt.

Vgl. v. Kohrscheidt, Gew.O. zu § 20 Bem. 3 S. 76; v. Landmann, Gew.O. Bd. 1 § 20 Bem. 5, 5. Aufl. S. 184; Schicker, Gew.O. zu § 20 Bem. 1, 4. Aufl. S. 70; Jahrbücher der Württemb. Rechtspflege Bd. 15 S. 99 flg.

Diese Streitfrage ist hier nicht zu entscheiden. Es handelt sich bei ihr nicht um die Frage des ordentlichen Rechtsweges, und anderseits könnte auch nicht angenommen werden, daß den hamburgischen Gerichten mit einer Rechtsprechung gemäß § 24 flg. des Verhältnißgesetzes die Funktion eines oberinstanzlichen Verwaltungsgerichtes übertragen wäre. Die Gewerbeordnung hat das „Rekursverfahren“ seinen wesentlichen Grundzügen nach als Verwaltungsstreitverfahren geregelt und nur in diesem Rahmen der Landesgesetzgebung einen Spielraum für die Ausgestaltung im einzelnen gestattet. Für eine insoweit erschöpfende und abschließende Regelung der Zuständigkeit und des Instanzenzuges fehlte auch keineswegs ein reichsrechtliches Interesse, das vielmehr daran zweifellos besteht, daß die Behandlung solcher gewerbepolizeilichen Angelegenheiten, ihrer verwaltungsrechtlichen Natur entsprechend, nach Möglichkeit einheitlich geordnet ist und sich in dem dafür geeignetsten, auch eine raschere Erledigung gewährleistenden Verfahren vollzieht.

Mit Recht hat sodann das Berufungsgericht darauf Gewicht gelegt, daß und wie die Gewerbeordnung in verschiedenen Fällen (§§ 19, 19a, 51, 52) die Zuständigkeit für Streitigkeiten, je nachdem Fragen des öffentlichen Rechtes oder des bürgerlichen Rechtes zu entscheiden sind, den Verwaltungsbehörden oder den Gerichten zugewiesen hat. Wenn hier in scharf betonter Unterscheidung dem in einem Falle zugelassenen Rekurse die richterliche Entscheidung, der Rechtsweg, worauf im anderen Falle verwiesen wird, gegenübergestellt

ist, so kann auch daraus gefolgert werden, daß das Gesetz neben dem in den §§ 40, 20, 21 geordneten Rekursverfahren nicht den Rechtsweg zulassen will, da anderenfalls ohne Zweifel die Zulassung im Gesetze zum Ausdruck gebracht worden wäre.

Ist der Rechtsweg gegenüber den Rekursentscheidungen auf diesem Gebiete grundsätzlich verschlossen, so kann er auch nicht mittels der dem hamburgischen Rechte eigentümlichen Klage „auf Abhilfe“ (vgl. Mölbecke a. a. O. Nr. 300 Ziff. 3g) beschritten werden.“ . . .